

ALONSO RAÚL
PEÑA CABRERA
FREYRE

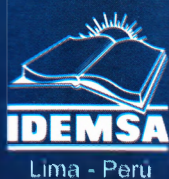
ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

DERECHO
PENAL
PARTE GENERAL

TOMO II

TOMO II





ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

Fiscal Adjunto Superior (P).

Profesor de la Maestría de Ciencias Penales de la UNMSM.

Egresado y titulado con mención especial por la Universidad Particular San Martín de Porres.

Título en Postgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), al haber alcanzado el tema de investigación (tesis): "La Posición Investigadora del Ministerio Público en las Reformas del Proceso Penal en Latinoamérica y Europa Continental: Un Estudio Comparativo (Ventajas y Desventajas)": la calificación de "Sobresaliente", fuera becado por el INABEC.

Ex Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación.

Ex Representante Alternativo del Ministerio Público de la Comisión Especial Revisora del Código Penal.

Fue Miembro de la Comisión Especial para la Designación de Fiscales ante la Jurisdicción Militar en representación del Ministerio Público.

Profesor Principal de la Academia de la Magistratura en el Programa de Ascenso de la Magistratura en el módulo de Derecho Penal y Profesor Asociado en el PROFA (Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura), en los módulos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) - Grupo Peruano.

Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Colaborador Permanente de la Revista "Actualidad Jurídica" en temas sobre Derecho Procesal Penal y Derecho Penal de la Editorial Gaceta Jurídica.

Participó como Conferencista en el Primer Congreso Internacional de Seguridad Pública organizado por el Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas "Justicia Penal y Seguridad Pública", realizado en la ciudad de Toluca los días 26, 27 y 28 de abril del 2007.

Participó como conferencista en el Congreso Internacional de "Derecho y Justicia" organizado por el Tribunal Supremo Popular de Cuba, desarrollado en La Habana. Mayo 2008.

Conferencista en temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Secretario de la Comisión para proponer las Directivas y Normas Complementarias para la aplicación de la Ley N° 28494 "Ley de Conciliación Fiscal en Asuntos de Derecho de Familia".

Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad.

OBRAS PUBLICADAS:

Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual.

Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario.

Comentario a la Legislación Anti-Corrupción.

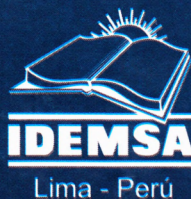
Derecho Penal Peruano. Parte General (2 Tomos) - Teoría de la Imputación del Delito y Teoría de la Pena.

Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal.

Terminación Anticipada del Proceso: Principio de Oportunidad, Colaboración Eficaz y Arrepentimiento Terrorista.

En Coordinación: Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera (2 Tomos).

Temas de Derecho Penal y Procesal Penal en coautoría con el profesor español Manuel Miranda Estrampes.



ALONSO R
PEÑA CAB
FREYRE

DERECHO PENAL

TOMO



1^{ra} Edición: 2004 - Editorial Rodhas SAC

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
TOMO II

Para la tercera edición: Lima - enero de 2011
Derechos reservados conforme a ley

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com
Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760
Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366
Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575



Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-16456
ISBN: 978-612-4037-28-3
Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

DERECHO PENAL
Parte General

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

DERECHO PENAL

Parte General

TOMO II



Lima - Perú

*A mi madre, por su permanente sacrificio
y desprendimiento invaluable,
hacia sus seres más queridos.*

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- | | |
|--------------|--|
| - Art./Arts. | - Artículo/artículos |
| - NCPPP | - Nuevo Código Procesal Penal peruano |
| - BCR | - Banco Central de Reserva |
| - CPP | - Código Procesal Penal de 1991 |
| - C de PP | - Código de Procedimientos Penales |
| - C.P. | - Código Penal de 1991 |
| - CPA | - Código Penal de Argentina |
| - CPPN | - Código Procesal Penal de Argentina |
| - CNA | - Constitución Nacional Argentina |
| - CPE | - Constitución Política del Estado de 1993 |
| - CEP | - Código de Ejecución Penal |
| - CPC | - Código Procesal Civil de 1993 |
| - CPC | - Código Procesal Constitucional |
| - C.C | - Código Civil de 1984 |
| - C de C | - Código de Comercio |
| - CNA | - Código de los Niños y los Adolescentes |
| - CNM | - Consejo Nacional de la Magistratura |
| - CE | - Constitución Española |
| - CM | - Consejo de Ministros |
| - CGR | - Contraloría General de la República |
| - CJM | - Código de Justicia Militar |
| - CPCH | - Código Penal Chileno |
| - CPPCH | - Código Procesal Penal de Chile |
| - CPOCH | - Constitución Política de Chile |
| - CPAR | - Código Penal Argentino |
| - CPE | - Código Penal Español |
| - CNA | - Constitución Nacional Argentina |

- CE	- Constitución española
- GC	- Garantías Constitucionales
- DU	- Decreto de Urgencia
- LO	- Ley Orgánica
- LOMP	- Ley Orgánica del Ministerio Público
- LOPJ	- Ley Orgánica del Poder Judicial
- LOCMPCH	- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público chileno
- L	- Ley
- LGS	- Ley General de Sociedad
- LMV	- Ley de Mercado de Valores
- LRE	- Ley de Reestructuración Empresarial
- LTV	- Ley de Titulos Valores
- Dec. Leg.	- Decreto Legislativo
- DL	- Decreto Ley
- DS	- Decreto Supremo
- SBS	- Superintendencia de Banca y Seguros
- STC	- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano
- CIDH	- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- EJEC.	- Ejecutoria suprema o superior
- PG	- Parte General
- PE	- Parte Especial
- PV	- Precedente vinculante
- CPE	- Constitución Política del Estado
- LECrim	- Ley de Ejecución Criminal española
- TEDH	- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- CPPCH	- Código Procesal Penal Chileno
- MP	- Ministerio Público
- MF	- Ministerio Fiscal
- RL	- Resolución Legislativa
- RM	- Resolución Ministerial
- SP	- Sala Plena
- STCE	- Sentencia del Tribunal Constitucional español
- STSE	- Sentencia del Tribunal Supremo español
- StPO	- Strafprozessordnung

INTROITO

A LA TERCERA EDICIÓN DEL LIBRO DE ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE "DERECHO PENAL PARTE GENERAL"

Manuel Lorenzo de Vidaurre, José Viterbo Arias, Ángel Gustavo Cornejo, Julio Altmann Smythe y Domingo García Rada, cinco de los más sobresalientes penalistas peruanos que vivieron y/o murieron en el interregno que ocupan los 221 años que se extienden de 1773 a 1994, fechas del nacimiento y óbito del primero y último de los nombrados, escribieron sus más logradas obras en plena madurez; no ocurrió lo mismo, en cambio, con Javier Prado y Ugarteche¹ que, como caso excepcional y asombroso, dio a publicidad su "Método Positivo en Derecho Penal" antes de cumplir los 19 años de edad.

El detalle descrito puede parecer insignificante, pero da ocasión, para establecer un parangón entre los políedricos Vidaurre y Alonso Peña Cabrera Freyre, y entre éste y Ángel Gustavo Cornejo. En efecto, sabido es que nuestro Vidaurre, amén de escritor prolífico, colmó su vida con actividades de variado talante: así las cosas, no resulta extraño verlo reconcentrado en su labor de magistrado en la Real Audiencia del Cusco, cuando no, empeñado en ejercer funciones nomotéticas o de proyección de leyes; cuán vívida nos parece la imagen del magnífico pensador y antiguo funcionario español en su faceta de sabio penalista, poligloto soberbio y desmedido aficionado a la lectura al que le sobró tiempo para encaramarse, aunque con prudente disimulo, contra la monarquía peninsular en la gesta cuzqueña de 1814, e, incluso, para aventurarse en la ex-

1 Entre éste y aquéllos o, si se quiere, entre la precocidad del último y la algo retardada actitud de los primeros, encuentran cabida los preclaros Mariano Ignacio Prado, Ricardo Elías y Aparicio, Mariano Felipe Paz Soldán, Santos Eugenio Urtecho Benites, Alonso Peña Cabrera Freyre, José Silva Santisteban y Emiliano A. Carvallo, todos publicistas de viso que con 30, 31, 32, 34, 35, 38 y 39 años de edad, hicieron lo propio en su momento.

traña práctica de enfeudar su alma a seres ultraterrenales, a los cuales, a cambio, tendría derecho a reclamar le sea concedida una vida repleta de placeres.

Ahora bien, las condiciones de magistrado, comisionado en la elaboración de leyes, cultor de diversos idiomas, clarísimo y profundo penalista, voraz lector y hombre de vida inquieta, que distinguen a Vidaurre, habrían de repetirse en la hasta hoy breve pero no menos rica existencia del autor de la obra cuyo introito suscribimos. En efecto, Alonso Peña Cabrera Freyre, no únicamente se desempeña como uno de los más acreditados magistrados del Ministerio Público sino que, precisamente en tal condición, fue designado como miembro alterno para integrar la comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Código Penal que se publicó el año 2002 y que contiene, según lectura de la llamada Parte general, importantes sugerencias y propuestas de reforma que interesa tener presentes al país; además de lo dicho, cultiva con singular prestancia una diversidad de idiomas (italiano, inglés y alemán), ocupando, entre los que se dedican al estudio del Derecho Penal, un lugar prominente; no obstante ello, ha impartido la docencia en la Academia de la Magistratura, siendo, por añadidura, aviador, técnico en microcomputación y, sin duda, verdadero hombre de su época y circunstancias.

Con Ángel Gustavo Cornejo, por otro lado, comparte Peña Cabrera algunos rasgos que conviene dejarse anotados: ambos descienden y tienen como progenitores a dos provincianos y notables hombres de ciencia (los señores A. Benigno Cornejo y Raúl Peña Cabrera) a los que seguramente deben la excelente formación profesional y humanista que los caracteriza; lleva el primero el signo del trabajo fecundo y sostenido que también se ve reflejado en el segundo; uno y otro, además, suscribieron obras de Derecho penal sustantivo y de Derecho procesal penal, y son, por coincidencia, hombres de talle elegante y refinados modales.

Nada hacía presagiar, en lo que respecta al nacimiento de Alonso R. Peña Cabrera Freyre, que el año de 1969 estuviese lleno de vicisitudes que, quiérase o no, interesa recordar: por una parte, se producen dos lamentabilísimas desapariciones físicas: una vinculada al nombre de D. Alfredo F. Solf y Muro (autor de *Penalidad de la Reincidencia*, en *Anales de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*, tomo XXV, Imprenta Liberal, Lima, 1898, pp. 51 a 74) y, la otra, a D. Honorio Delgado (a quien debemos, entre otras, las tres obras siguientes: *Estudio Psico-Antropológico de un delincuente*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año I, núm. 1, Lima, 1927, pp. 69 a 83; *Personalidad y Delincuencia*, *Revista Policial del Perú*, año XXIII, núm. 231, Lima, 1954, pp. 33 a 41, y el famoso *Curso de Psiquiatría*, segunda edición, Imprenta Santa María, Lima, 1955, un volumen de 526 pp. + el Colofón). Preciso es tener presente, de otro lado, que el año en que abrió sus ojos el profesor Alonso Peña Cabrera, vieron también la luz las obras de nuestros connacionales Luis del Valle Ran-

dich (*Comentarios al Código de procedimiento penal soviético*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969, un volumen de 109 pp.), Francisco J. Blanco (*Para combatir la delincuencia juvenil*), Nicolás Dulanto Pinillos (*Delitos que afectan la disciplina de los institutos armados*), Eugenio A. Gutiérrez Flores (*Investigación y prevención de accidentes de tránsito*), Simeón Lázaro Vásquez (*Evasión de presos. Problemas que afronta el que custodia*), Rubén Valdivia Chalco (*Tests psicométricos en criminología*), Alberto Villanueva Alvarado (*La competencia judicial en los accidentes de tránsito*), y Juan Gualberto Altamirano G. (*Profilaxis de la delincuencia de menores*), ésta última aparecida en la Revista Jurídica del Perú, año XX, núms. III-IV, Lima, 1969, pp. 73 a 79.

En lo que atañe al Derecho Penal Peruano que generosamente ha querido el profesor Alonso Peña Cabrera le antepongamos estas breves líneas, es de advertir que sin dificultad puede en él encontrarse no sólo basta información, crítica, serena, sesuda reflexión, ejemplos plásticos, sobrio uso del aparato bibliográfico y de las citas, coherencia discursiva y dominio de cada uno de los temas que integran *los 37 capítulos*, sino, además, modernidad en la orientación que da a la teoría jurídica del delito y destreza expositiva; a ésta última, particularmente, son debidas la fácil lectura y la no menos asequible comprensión del voluminoso Tratado que, indudablemente, tesauroiza tanta sabiduría, desprendimiento y la mejor de las intenciones de ser, estamos seguros, útil a nuestros contemporáneos y a las futuras generaciones. Dado el empeño puesto por el autor para componer su obra, no extraña que figure entre las más eurítmicas de las de su clase y que, a un tiempo, lleve pertinentes citas de autores antiguos (Cesare Beccaria, Karl Binding, G. Carmignani, Ángel Gustavo Cornejo, Anselm von Feuerbach) y modernos (Luis Bramont Arias, Joaquín Cuello Contreras, Luis Gracia Martín, José Hurtado Pozo, Günter Jakobs, Manuel de Rivacoba, Javier Villa Stein, Felipe Villavicencio, Víctor Prado Saldarriaga, Luiz Regis Prado, Luis Roy Freyre y, entre otros, Zaffaroni) que la enriquecen considerablemente.

Arequipa, 2007, julio, 14.

Julio Armaza Galdos

*Profesor de Derecho Penal en las Universidades
Nacional de San Agustín y Católica de Santa María.*

PRESENTACIÓN A LA TERCERA EDICIÓN

No es *baladí* sostener, que la era de la post-modernidad, coloca a la ciencia del Derecho penal (*dogmática jurídico-penal*), en toda una encrucijada, conforme al avance imparable de una política criminal, que de forma «aguda» y «omnicomprensiva», se orienta a un discurso esencialmente *punitivista*; que de cuño, tiende a desconocer y contradecir —en algunas veces—, los principios legitimantes de la *violencia penal institucionalizada*, anclada desde los valores de un «Estado Constitucional de Derecho», que fueron gestándose desde el siglo XIX, mediando la aparición del «Estado Liberal».

En estas líneas primeras, queremos destacar, que el rumbo definido por el legislador, en el umbral del Tercer Milenio, parte de una lógica-conceptual, que hace añicos la concepción del «Derecho Penal Mínimo»; entiendo este último, como un sistema compaginador de una serie de garantías —tanto de orden material como procesal—, encauzado a final de la Segunda Guerra Mundial, sostenido en una proyección *ius-humanista*, en cuanto al reconocimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales, que la política criminal ha de respetar en estricto, cuando plantea las reformas penales en el derecho positivo vigente.

Es de verse también, que la redefinición de la política criminal, con ello, los planos dogmático de la teoría del delito, se van visto reelaborados, no por motivos en puridad políticos, sino por el propio dinamismo y evolución de la *sociedad, el Estado y el individuo, en cuanto a sus diversas relaciones configurantes; estado de la cuestión, que ha supuesto, abandonar las teorías retributivas del castigo, para asumir una dirección reforzadamente preventiva; lo que incide de forma concreta, en nuevos ámbitos de protección punitiva, que se alejan de la visión clásica y convencional del Derecho penal, encauzando los brazos tuitivos hacia la imagen de los bienes jurídicos supraindividuales, adscribiéndose a la corriente de la modernización del Derecho penal.*

El «Derecho penal clásico», tenía como núcleo de la acriminación de las conductas, los bienes jurídicos individuales, inclinados sobre todo, en la tutela de la propiedad, es decir, en protección de las clases altas, donde los sujetos

criminalizables, eran lo sujetos pertenecientes a las clases socio-económicas bajas, con ello, no se garantizaba la vigencia real y material, del principio de igualdad; a partir de esta descripción, emergen en escena, las corrientes criminológicas marxistas, de izquierda, algunos movimientos progresistas, que alzaron su voz de protesta, en pos de construir un sistema jurídico-estatal igualitario.

Como expresa DONINI, un Derecho penal históricamente liberal y no mítico, aquél verdaderamente realizado en las sociedades del s.XIX, estaba tan atento a la tutela de las condiciones esenciales del *status quo*, de sus desigualdades, eran tan poco propulsor y tan «conservador», que impedía el cambio social. Éste era por definición, un Derecho desigual¹.

Conforme los postulados mencionados, se identifican dos modelos de política criminal, con sus propios matices y particularidades («Garantismo» y el «Völkisch»), cuya influencia marca una pauta importante, en la construcción del Derecho penal vigente; en la correspondencia de sistematización que debe existir entre la formulación de la política criminal, con los dictados basilares de una dogmática jurídico-penal, cuya legitimidad se construye según las valoraciones intelectivas, científicas e interpretativas, que apunten a un norte reductivo de la violencia penal institucionalizada, sin que ello signifique entender, que la intervención del Derecho penal, no pueda extenderse a otros ámbitos del sistema social, no imaginables desde la estructura científica-filosófica del Derecho penal liberal, que algunos científicos, apelan a ultranza, para poner reparos a la modernización del derecho punitivo.

A decir, de ZAFFARONI, la Política Criminal «*Jus-Humanista*» se instrumenta a través de la presencia y centralidad del ser humano dentro del discurso penal, es decir, mediante la presencia de «*Humanitas*» en el Derecho Penal, ya que si falta humanitas, los humanos son intercambiables y, por ende, su eliminación o conservación es una cuestión de costo/ beneficio para el poder².

Debemos hacer mención, también, a que algunos de estos modelos de política criminal, no necesariamente, encuentran basamento en los elementos intra-sistemáticos, de alguna doctrina penal, al manifestar un utilitarismo político, desprovisto de toda *base científica racional, de toda legitimación dogmática, sino que se elabora desde un confín de planeaciones sectoriales, político-partidarias, cuyo único fin es de extender un mensaje de dureza punitiva hacia el colectivo, sobre todo en coyunturas histórico-sociales, donde la sociedad se ve conmocionada con la violencia extrema, que algunos individuos exteriorizan en su proceder delictivo, sobre todo en el núcleo de los bienes jurídicos fundamentales; un discurso maximalista y eficientista del Derecho penal, que es bien*

1 MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. ARA EDITORES, Lima, 2010, cit., ps. 70-71.

2 ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*. EDIAR, Buenos Aires, 2006, cit., p. 259.

canalizado por las fuerzas políticas-partidarias, en tiempo electoral, como se devela en el escenario nacional.

Esta Política Criminal *Völkisch*, encontró sus génesis y antecedentes en un modelo político —escribe CHRISTIAN SUERO—, en un modelo político criminal de carácter científico jurídico que permitía otorgar un discurso coherente a nivel interdisciplinario para exhibir un esquema en un Derecho penal expansivo o modelo político-criminal inflacionario³.

En última instancia este modelo político-criminal, desemboca en un modelo político-criminal autoritario que recurriría a discursos político-criminales en particular como lo son: la administrativización del Derecho penal; el *panpenalismo*, la expansión del Derecho penal o del Derecho penal de segunda velocidad; o el Derecho Penal del Enemigo o Derecho penal de tercera velocidad y el *neopunitivismo* o Derecho penal de cuarta velocidad⁴.

Bajo esta descripción del estado de la cuestión, se pretende también, sobredimensionar el papel de la víctima en el Sistema Penal, como la palanque perfecta, para justificar el endurecimiento del derecho punitivo y así contar con una plataforma de mayor legitimidad social. Así, DIEZ RIPÓLLES, al sostener la preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción, en otros tiempos, se comprendía pero no se entendía; me refiero a los sentimientos de venganza, tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general⁵.

En este contexto, hay quienes aluden a la existencia de un *derecho penal moderno* o un *derecho penal posmoderno* o un *nuevo derecho penal* y que la nota esencial de este *moderno* derecho penal para afrontar aquellos problemas es la idea del *antigarantismo*, el abandono de los principios político-criminales de garantía siguiendo una tendencia universal de búsqueda de eficacia al menor costo que convierte al derecho penal de *ultima ratio* en un sistema de *prima ratio* y, en muchos casos, de *sola ratio*⁶.

Nuestra posición acerca, de una política criminal, propia de la era de la modernidad, debe ser entendido, con arreglo a las nuevas estructuras sociales, en el sentido de que la aparición de nuevos ámbitos de intervención del Derecho penal, no necesariamente supone una dirección incompatible, con las garan-

3 CHRISTIAN SUERO, C.; *La Política Criminal de la Posmodernidad*. Ediciones Jurídicas del Centro, cit., p. 49.

4 CHRISTIAN SUERO, C.; *La Política Criminal de la Posmodernidad*, cit., p. 50.

5 DIEZ RIPÓLLES, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 83; citado por CHRISTIAN SUERO; *La Política Criminal de la Posmodernidad*, cit., p. 52.

6 RIQUERT, MARCELO A.; *Crisis Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2007, cit., p. 21-22.

tías privativas de un Estado Constitucional de Derecho, de acuerdo a los *finés preventivos de la pena*; una cosa, es pretender justificar una mayor dureza del Derecho penal, a través de estados *psíquico-emotivos de la sociedad*, dando lugar a expresiones normativas que no tienen a un hecho, como *plataforma material de disvalor del injusto*; y, otra muy distinta, perfilar el discurso político criminal, sobre las nuevas necesidades y demandas de la sociedad, en cuanto a la elaboración normativa, de nuevos elementos dogmáticos, como los bienes jurídicos *supraindividuales*, como los delitos contra el orden económico, el medio ambiente⁷ o la salud pública.

Existe, en realidad, en todas las críticas al Derecho penal «moderno» (o a un Derecho penal «máximo»), un núcleo de *filosofía retributiva implícita, disimulada bajo un garantismo penal*. Existe un núcleo duro de Derecho penal «eterno» que se justifica por sí sólo sin necesidad de recurrir a consideraciones teleológicas, de fines. Es el Derecho penal «clásico» o bien el Derecho penal «mínimo»⁸.

En resumidas cuentas, hemos de distinguir, la política criminal del *Völkisch*, del maximalismo punitivo del «Derecho Penal del Enemigo», de la denominada *modernización del Derecho penal*, que se sustenta en los cometidos preventivos de la sanción punitiva, entendidos desde una *plataforma «funcional»*, de ajustar los fines del nuevo modelo sociológico a las valoraciones de político criminal; se reformulan así los contenidos de las categorías de la teoría del delito, mediando las técnicas del tipo penal de peligro abstracto así como la elaboración normativa de los bienes jurídicos *supra-individuales*; donde la diferenciación, parte de que las primeras posiciones conceptuales mencionadas, importan el *desmantelamiento de las garantías materiales y procesales*, en cambio el segundo fenómeno, debe respetarlas, mediando un *criterios de ponderación y de justificación a la vez*, tal como lo hemos apuntado en el desarrollo de la presente investigación.

En palabras de MASSIMO DONINI, (...) que si la extrema ratio pretende ponderarse con el principio de igualdad, además de con aquél (o si queremos con la tarea) de tutela de los bienes jurídicos, debe aprender la *técnica de la diferenciación*, del claroscuro, de la flexibilidad, exactamente para una intervención puntual e igual, que los toscos guantes del Derecho penal clásico, su inflexibilidad aparentemente garantista, jamás han adoptado realmente⁹.

7 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*. T. IV, IDEM-SA, Lima, 2010, cit., ps. 185-198.

8 MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., p. 68.

9 MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., p. 73.

Ahora bien, si seguimos el discurso, conforme a la descripción de la política criminal moderna, en cuanto a la «Globalización del Derecho penal», entramos a un plano propio de la legalidad, como garantía fundamental de un Estado de Derecho, donde los delitos y las penas, sólo pueden ser el manifiesto del dictado de una Ley, del poder sancionador de la acriminación del poder legislativo; en cuanto a la procura de la seguridad jurídica de los justiciables, de evitar un poder penal «omnicomprensivo», como mecanismos de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, impidiendo la penalización de conductas que no se encontraban catalogadas como *delictivas, al momento de su comisión u omisión*.

No obstante lo anotado, convenimos que el principio de «legalidad», ha sido objeto de una *flexibilización y/o relativización*, producto de la deficiente técnica legislativa del legislador, al momento de definir la sanción de los comportamientos delictivos, en cuanto a una evidente ruptura con los principios de «culpabilidad», «lesividad» y «proporcionalidad»; incidiendo en una crisis del *positivismo jurídico*, donde la aplicación e interpretación de la ley penal, no puede tomar lugar desde un ámbito estricto de la literalidad, importa una valoración basada en los principios jurídico-constitucionales, en cuanto a la corriente del «neo-positivismo».

Se dice ahora, que la Ley ya no es, como teóricamente fue concebida en el Estado Liberal, expresión de la voluntad de todos, sino que se ha convertido en el fruto de experiencias e intereses parciales/sectoriales de la sociedad – pese a su afirmada generalidad- facilitada por la representación política de los partidos. Asimismo la Ley ha dejado de ser sancionada de ámbitos de libertad esencial para convertirse en instrumento de invasión de todos los espacios del sujeto, motivo por el que éste ha de defenderse contra la Ley¹⁰.

En el ámbito estrictamente punitivo, vemos que la *dación continúa e imparable, de reformas legales, avizoran un legislador muy atento a las demandas sectoriales, en cuanto a la penalización de conductas, que aparecen en contextos coyunturales, mediando hechos de sangre, que magnificados y sobredimensionados por los medios de comunicación social, inciden inmediatamente en la respuesta legislativa y del Poder Ejecutivo, intensificando los marcos penales, incluyendo un mayor número de circunstancias agravantes así como la inclusión de nuevas figuras delictivas, sin interesar que dichas reformas, resulten compatibles con los principios ordenadores y sistematizadores del Derecho penal, dando lugar al "populismo penal"*.

10 PEDRAZ PENALVA, E.; *Derecho Procesal Penal*, EDITORIAL COLEX, Madrid, 2000, cit., ps. 80-81.

Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de sus concretas decisiones penales, escribe Ferrajoli¹¹.

La ciencia jurídica no puede entenderse, apunta ATIENZA, sólo en términos descriptivos puros, sino también críticos y prospectivos: su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos (...). Y la jurisdicción, en la medida que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes, de conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica¹².

Siguiendo, el hilo conductor, vemos que se ha instituido como una fuente importante de interpretación normativa, los denominados «Precedentes Vinculantes», que dicta el Tribunal Supremo en materia penal, a partir de la introducción del artículo 301º-A al Código de procedimientos Penales, vía el Decreto Legislativo Nº 959 de agosto del 2004¹³.

Ya no se puede decir, ahora, que nuestro Sistema Penal es netamente *legalista o positivista*, pues la extrapolación a nuestro Derecho penal, del instrumento de la *jurisprudencia vinculante*, define un nuevo ámbito de resolución de los casos penales, mediando los cánones interpretativos del Tribunal Supremo¹⁴, que si bien no es legislador positivo, a la postre se convierte en fuente de aplicación del derecho vigente¹⁵.

11 FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, cit., p. 197.

12 ATIENZA, M.; *Constitución y Argumentación*. En: Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. IDEMSA, Lima, enero del 2010, cit., 63.

13 Normativa encaminada a adecuar el sistema procesal penal al nuevo Código Procesal Penal, propio de un modelo adversarial, perfilado y asentado en el principio Acusatorio, cuyas raíces no son del derecho continental europeo, sino precisamente del *common law*, en cuanto al litigio de las partes confrontadas, según el principio de Igualdad de armas y de conceder al persecutor público (Fiscal), amplios poderes de negociación con la defensa del imputado (*plea bargaining*), en cuanto a los mecanismos alternativos al proceso común, tal como se desprende del Libro V del nuevo CPP.

14 El Tribunal Constitucional, al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – Ley Nº 28237, cuenta también con la potestad de emitir "jurisprudencia vinculante", de obligada aplicación por los órganos jurisdiccionales que administran justicia en materia criminal, cuando así se precisa en el extremo de su efecto normativo.

15 Sobre este punto HENDLER y GULLCO, manifiestan al respecto, que mientras que los textos de las normas legales con los que frecuentemente se intenta hacer una tarea comparativa resultan marcadamente insuficientes para ese propósito, los fallos dictados en casos concretos ofrecen, en cambio, una posibilidad de comparación mucho más vital; *Casos del Derecho Penal Comparado*, IV.

La influencia del *Derecho anglosajón* al Derecho penal peruano, es inminente, donde la versatilidad, agilidad y practicidad, de cómo se resuelven las causas penales, es tal vez, uno de los fundamentos relevantes, para que el Perú haya adoptado esta orientación de política criminal. Empero, ello no puede de ningún modo, entender, que la dogmática jurídico-penal haya sido dejada de lado; todo lo contrario, el ocaso del *positivismo*, ha supuesto la aparición del *neo-constitucionalismo*, del *neo-positivismo*, de la posibilidad del juzgador, mediando un test de proporcionalidad (*ponderación*), preferir la norma constitucional a la norma legal, lo que se condice con la racionalidad que reviste la dogmática al Sistema Penal.

Rene David, en lo concerniente a la comparación de ambos sistemas jurídicos, mediando la clasificación de las familias románico-germánica, y del *common law* por el otro, aparte de señalar que la diversidad de contenido de las reglas de derecho en los distintos grupos es mucho menor si se atiende a los elementos fundamentales que hacen a su interpretación, menciona también la posibilidad de una familia de derecho occidental comprensiva de ambas¹⁶.

En dicho tenor, es de verse también, que los tribunales nacionales, toman muy en cuenta, las decisiones (sentencias), emitidas por los Tribunales Internacionales de justicia, v.gr., la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Cortes Penales Internacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, inclusive los dictados de los Tribunales Constitucionales de otros países. No olvidemos, que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, dispone que *las normas relativas a los derechos y libertades que ella reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú*.

Por su parte, la imputación «jurídico-penal», supone un juicio de atribución, de una conducta (*injusto penal*) a un sujeto (*autor - penalmente responsable*); juicio de valoración, que desborda un plano meramente formal de "tipicidad penal" y de "antijuridicidad penal", en la medida que definir cuando es un sujeto responsable, de lesionar o haber lesionado un bien jurídico, debemos penetrar a una dimensión que no puede ser explicada, estrictamente a un nivel normativo, sino también sociológico (criminológico) y ontológico (*del ser delincuente*). A lo dicho, cabe agregar, lo anotado por Feijóo Sánchez, al sostener (...) que no se trata, (...), sólo de que los individuos no pueden ser directamente influenciados por las normas penales o desconozcamos si lo son, sino que si el orden jurídico parte de la idea normativa de la autorresponsabilidad y la autonomía, las nor-

16 Citado por HENDLER, E.S./ GULLCO, H.V.; *Casos del Derecho Penal Comparado*, V.

mas no pueden más que influir en los ciudadanos indirectamente cumpliendo una función informativa sobre los límites de actuación en la vida social¹⁷.

En palabras de KAI AMBOS, (...) no puede negarse que el Derecho Penal descansa sobre determinadas premisas filosóficas de validez universal y que estas premisas juegan un papel muy importante en limitar los excesos de una teoría puramente normativa del Derecho Penal. Una de esas premisas se refiere a la doctrina de la acción humana y establece que los seres humanos, a diferencia de los animales, poseen una habilidad específica para determinar su conducta, independientemente de las cualidades y esencia de esa habilidad; esto es, ya sea volitiva en el sentido finalista, cognitiva o meramente consciente¹⁸.

¿Porqué resulta necesaria, entonces, la *dogmática*? Muchos prácticos, parten de la idea que la dogmática, en vez de ofrecer soluciones simples a los problemas jurídicos de interpretación, lo que hace es complicarla; nada más falso a la verdad, precisamente la *dogmática*, es importante, al permitir una racionalización de la valoración penal, empleando un método articulado de elementos (intrasistemáticos), cuya coherencia y plenitud, satisface los fines esenciales del Derecho penal, tanto preventivos como tuitivos, revistiendo de seguridad jurídica al sistema. Con ello conseguimos, delimitar y definir, cuales son las conductas *jurídico-penalmente relevantes*, aquellas que sobrepasan el denominado *riesgo jurídicamente desaprobado*.

A decir de ZAFFARONI, toda construcción dogmática aspira a la pautaación de reglas que hagan previsible y racional el ejercicio de poder de los juristas, es decir, para decidir de modo no contradictorio en los conflictos que las agencias no judiciales del sistema penal seleccionan y someten a las agencias judiciales¹⁹.

Apuntar en un análisis formalista de los enunciados legales, desencadena una aplicación normativa, si bien válida, no a su vez correcta, desde un sustento de legitimidad.

La idea central contenida en esa descripción, relativa a la consecución de la *seguridad jurídica (y jurídico-penal)*, a través de la *dogmática jurídico-penal*

17 FEIJÓO SÁNCHEZ, B.; *El futuro de la dogmática jurídico-penal: Del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación*. En: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, cit., 287.

18 AMBOS, K.; *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. En: Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal, cit., ps. 48-49.

19 ZAFFARONI, E.R.; *La Crítica al Derecho Penal y el porvenir de la Dogmática Jurídica*. En Torno a la Cuestión Penal, Julio César Faira – Editor, Montevideo – Buenos Aires, 2005, cit., ps. 105-106

puede considerarse como un presupuesto asumido en los sistemas jurídicos desarrollados en los países de Europa continental²⁰.

La ciencia del Derecho penal (dogmática), no puede ser vista hoy en día, como una articulación concatenada de variables y/o categorías, que de forma ordenada y secuencial, puedan exteriorizar una interpretación intra-sistemática pulcra y coherente según su contenido; en la medida, que la decisión jurídico-penal ha de ser concatenada con los fines político criminales que han de ser alcanzados con la aplicación normativa. Una posición en contrario, significaría abrir un peligroso espacio al «decisionismo» y a la «injusticia», incompatible con el orden de valores compaginados en nuestra Ley Fundamental.

En palabras de Gimbernat, en un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es (...), un instrumento imprescindible para mantener el Derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica²¹.

La líneas argumental planteada, es la hemos seguido en el desarrollo de la presente obra, que tiene como puntuales a la «teoría del delito» y la «teoría de la pena», en cuanto eslabones jurídicos, que si bien examinadas desde un plano de rigor científico (*dogmático*), se complementa con la reflexión de política criminal, importante para hacer penetrar en el análisis, estimaciones preventivas; habiéndose aparejado al estudio, las decisiones del tribunal Supremo, sobre todo, en el marco de la teoría de la pena, donde toman lugar, los presupuestos a tomar en cuenta, en el ámbito de la «determinación judicial de la pena» y en el marco de la «individualización de la pena», de hacer de la sanción punitiva, una respuesta ponderada y razonada del Estado, alejada de toda idea de venganza, mas bien, como una expresión enblemática de justicia.

No queda más que agradecer, a quienes coadyuvado a esta ardua labor, en específico al editor así como a Sylvia Castillo Meza y a Gonzalo Peña Freyre, por su colaboración en la revisión ortográfica y conceptual del texto; avizorando un plano fecundo de discusión, desde todas las tribunas de la juridicidad peruana.

Lima, enero del 2011.

Alonso R. Peña Cabrera Freyre
Profesor de la Maestría de Ciencias Penales de la U.N.M.S.M.

20 AMBOS, K.; *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*, cit., p. 40.

21 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*. ARA Editores, Perú, 2009.

**TEORÍA DE LA PENA Y
LAS CONSECUENCIAS
JURÍDICAS DEL DELITO**

CAPÍTULO XXII

LA TEORÍA DE LA PENA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

Sumario: 1. Consideraciones Preliminares. 2. Aproximación al tema.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La ciencia jurídico-penal no se agota con los elementos que se refunden en la «teoría general del delito», en cuanto a los diversos criterios que se deben tomar en cuenta, para sostener legítimamente la *imputación delictiva*; es así, que pasamos a una temática de particular relevancia, nos referimos al «sistema sancionador», a lo que conocemos como la «pena»; la reacción jurídico-estatal, que toma lugar cuando se verifica la comisión u perpetración de un hecho punible. Una respuesta jurídica, que no se puede ser concebida como un mero automatismo, de ningún modo, estamos frente a la sanción más dura, que contiene el ordenamiento jurídico, la privación de la libertad fundamental de un individuo; siendo así, debe evaluarse en rigor, cual es la legitimidad del Estado, para descargar tremenda coacción sobre un bien jurídico tan importante, debemos preguntarnos también ¿A qué apunta el castigo punitivo? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Cuál debe ser la política penitenciaria y política criminal, frente a la criminalidad? En suma, todas estas interrogantes, esperan ser resueltas, no sólo desde un plano dogmático, sino que aparejado de la visión política criminal, así como a una realidad normativa, que ha de ser confrontada con la realidad empírica.

Desde una orientación dogmática jurídico-penal y porqué no decirlo de «político-criminal», la teoría de la pena siempre es analizada *a posteriori* de la teoría general del delito o como actualmente la ciencia del Derecho penal la considera o asigna como una teoría general de la imputación, en aquella última se identifican marcadamente dos elementos u categorías a saber: el «Injusto» y la «Culpabilidad», pues a un individuo, en el marco del Estado de Derecho,

únicamente se le puede imponer una pena después de haberse comprobado que con su *proceder conductivo* ha cometido un verdadero injusto penal no justificado y luego de acreditarse que posee capacidad de responsabilidad penal.

En un Estado de Derecho sólo se les puede sancionar punitivamente a todos aquellos que racionalmente se les puede hacer responder por la producción del conflicto social; un conflicto que merece una respuesta jurídica y esta respuesta es la pena, pero para que aquélla se legitime necesita de límites. Estos límites vienen contenidos por la pena justa -tanto para el agente como para la colectividad-, pues mediante la pena el Estado legitima su actuación y se afirma sus relaciones con el ciudadano, mediando un diálogo sostenido por las normas jurídicas.

Conforme lo anotado, la pena en el Estado Social se encuentra condicionada a la acreditación de un Injusto penal y a un agente con capacidad de responsabilidad penal; es decir, un hombre que conocía del injusto al momento de la comisión del hecho punible y que conforme su estructura psico-somática y social estaba en posibilidades de «dirigibilidad normativa», que podía motivarse conforme al directivo de conducta (motivabilidad normativa).

Dicho de otro modo: *la pena, como especie pública más grave con la que cuenta el ordenamiento jurídico, sólo puede ser impuesta al autor de un Injusto, luego de su acreditación probatoria en el marco de un proceso penal con todas las garantías, del cual puede derivarse, la privación de su libertad ambulatoria y sus derechos conexos.*

Para WELZEL, la naturaleza y función de la pena se manifiestan desde dos aspectos: por un lado, desde el condenado que la sufre y los contemporáneos que viven la experiencia de su aplicación (aspecto personal), por el otro, desde el Estado que la impone (aspecto estatal)¹; ambos aspectos engloban una relación Estado-ciudadano que se fundamenta en una de misiones más preponderantes del ordenamiento jurídico: el «derecho a penar», como una facultad de derecho público, en razón que los bienes jurídicos afectados son objeto de amparo por el texto ius-fundamental y normatividad conexas.

A partir de la comisión del hecho punible se inicia una relación entre los sujetos protagonistas que encuentra en la pena, -un mal imponible de carácter indisponible-, inspirado en valores de justicia, de preservar el orden social como fundamento de una sociedad basada en un sentimiento de justicia.

La ejecución del castigo produce ante el colectivo un abanico de sentimientos y de efectos conminatorios en su esfera intelectual, mientras el autor

1 HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 1ª. Edición. 2da. edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1976, cit., p. 326.

que la sufre experimenta un cambio emotivo y personal, que si la asume enteramente en su estrato personal, puede encontrar la vía de la enmienda, pero si ve reflejado en el castigo una mera respuesta vindicativa -tanto del Estado como de la sociedad-, su alma se vera contaminada de un resentimiento que le impedirá desarrollar en armonía sus futuras relaciones con el exterior.

Hemos sostenido en líneas anteriores, que la imposición de una pena se encuentra condicionada o dígame supeditada a la comisión de un injusto penal y a la culpabilidad de su autor o partícipe; pero su realización en la persona del culpable -como meta de la justicia-, únicamente puede tomar lugar en el marco de un «Proceso Penal Acusatorio», llevado a cabo con todas las garantías del debido proceso (*fair trial*), dirigido por el juez competente luego de haberse producido una mínima actividad probatoria con aptitud suficiente para poder enervar el principio de presunción de inocencia; en tanto la pena es la sanción pública más grave con la que cuenta el ordenamiento jurídico².

Como bien afirma BOCKELMANN, conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional al que ha cometido un delito³; por tales motivos, su imposición y medida se encuentran sujetas a determinados límites y/o contornos legales, que en el estadio de su ejecución no pueden ser desconocidos, desbordados y/o contravenidos.

Nuestro sistema penal al igual que otras legislaciones modernas, contempla normativamente el sistema sancionador de penas y de medidas de seguridad, según el denominado «Sistema Vicarial».

Las medidas de seguridad nacen con el propósito -de que el *ius puniendi* en razón de su naturaleza altamente afflictiva-, no resulta la respuesta más adecuada ante determinados agentes infractores, que en razón de manifestar ciertos defectos en sus *ámbitos de organización personales*, no se les puede hacer responsables por la producción del conflicto social.

Nacieron, como escribe MIR PUIG, precisamente como medio especialmente exigido por razones de eficacia, para completar la función de prevención no asumible por la pena⁴; se fundamentan en la necesidad tuitiva de bienes jurídicos, a pesar de que en los postulados positivistas se sostenían en la necesidad de inocuizar, de segregar, de separar y de marginar, a todos aquellos considerados enfermos "sociales" como fundamento de seguridad social o de la

2 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*. Grijley, Lima - Perú, 1995.

3 BOCKELMANN, P.; *Das Problem der Kriminalstrafe*; citado por PABLOS DE MOLINA. *Derecho Penal -Introducción*, cit., p. 122.

4 MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las Bases del Derecho Penal - Concepto y Método*, cit., p. 100.

defensa social de los demás miembros de la sociedad que eran considerados víctimas potenciales, de *estos sujetos infractores de la norma, que con su proceder conductivo manifiestan una peligrosidad latente para los bienes jurídicos fundamentales*.

Entonces «pena» y «medida de seguridad» se cohesionan armoniosamente en una misma finalidad, pero despliegan en la individualidad del agente, fines supuestamente distintos, aunque ambas constituyen *per se*, un mal para la persona del agente, pues tanto la pena como la medida de seguridad significan la privación de la libertad personal⁵, en razón de la idea de una justicia retributiva. Según el artículo IX del Título Preliminar del CP, se dice normativamente: *“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”*.

Ambas suponen implican la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, es decir, ambos presuponen la infracción de una norma jurídico-penal, empero, el primero es un «Injusto Culpable», mientras que el segundo es un «Injusto no Culpable».

La negación de una teoría puramente imperativa de la norma facilitó la delimitación entre Injusto y Culpabilidad, la real concepción se encuadra en un directivo de conducta, una norma que contiene un mensaje que llega al destinatario («Adressatnormen»); sin embargo, sólo algunos de ellos están en capacidad de dirigirse *conductivamente conforme a los modelos de comportamientos contenidos en las normas, mediando una motivación normativa, desde un plano positivo*.

BINDING, desde una posición «normativista»; concebía al Injusto penal como una acción culpable contraria a la norma, identificando al tipo subjetivo con la culpabilidad; por tales motivos, sólo aquel que tenía capacidad de culpabilidad podía estar incurso de la comisión de delitos; afirmación, a nuestro entender, errónea, pues, tanto «imputable» como «inimputable» pueden, en los hechos generar estados perjudiciales, en cuanto a la afectación de bienes jurídicos.

La diferencia toma lugar en el marco de la imputación individual, en el inimputable se evidencian déficits estructurales (psico-somáticos) y de sociali-

5 PEÑA CABRERA, Raúl, escribe que es indudable que media una diferencia cualitativa entre penas y medidas de seguridad. Este criterio dualista fue concebido por Carlos Stoos en 1893, en el proyecto del Código Penal para Suiza. Se llama dualista, por cuanto en el mismo Código Penal, se alojan las penas y medidas de seguridad. Y como bien subraya SEBASTIÁN SOLER, la corriente dualista “ha ampliado el campo de acción del juez con el empleo de medidas despojadas de contenido punitivo, en vista de lograr una mayor eficacia preventiva que la alcanzada por una ley penal totalmente desentendida de los efectos probables de la imposición o no imposición de una pena”. En: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. AFA - Editores Importadores S.A. Tercera Reimpresión, 1988, cit., p. 422.

zación, lo que impide la interiorización de los efectos preventivo-generales de la pena; en las medidas de seguridad a pesar de que conceptualmente se asume una función de tutela y curatela, dicha pretensión normativa esconde en realidad un ropaje de pura retribución, en tanto la internación en un centro hospitalario esconde un mal inherente en la medida.

Conforme lo anotado, la pena se perfila como una consecuencia jurídica del ilícito penal cometido, dentro de la teoría del tipo penal como la «norma secundaria»; importa por lo tanto, una consecuencia ineludible a la comisión de un hecho jurídicamente desvalorado; el meollo del problema estriba en definir si esta pena es legítima, el ubicar sus fundamentos, las finalidades que debe desplegar para sus protagonistas, etc.

El Estado, por medio del *ius puniendi*, en específico, a través de la pena desarrolla un diálogo con los ciudadanos; el derecho a penar lo ejercita monopólicamente el Estado en virtud de una delegación de facultades que los ciudadanos mediante el contrato social le han conferido. Un Estado Social de Derecho implica que las facultades punitivas se encuentran legalmente establecidas, es decir, el derecho a penar encuentra legitimación en tanto estas facultades son susceptibles de ser controladas y limitadas por la ley y por los ciudadanos, el aforismo *nulla poena sine lege*, comprende toda una ideología «garantista» y «democrática» a la vez: -a un ciudadano únicamente se le puede imponer una pena por la comisión de un injusto previamente definido por ley, pero la pena no puede ser concebida sólo como una respuesta sancionadora del Estado, sino como todo un proceso dialogal del Estado con el penado y con la sociedad, que no termina con la imposición de la sanción punitiva, sino que se extiende inclusive cuando el penado recobra su libertad y pretende reinsertarse a la comunidad social, a que defraudo.

Cuando, el Estado a través de las agencias estatales, sanciona al culpable con una pena, produce una serie de mensajes comunicativos, a los actores del delito, al agente, quien pretende que la pena sea lo menos severa posible y que se ajuste a su culpabilidad y al cometido rehabilitador.

Es de verse, que el Estado, mediante la imposición del castigo reafirma la validez fáctica del ordenamiento jurídico (autoconfirmación ideológica) y asimismo pretende evitar a través del efecto conminatorio-disuasorio que los demás asociados no cometan delitos, y la sociedad alarmada por los efectos nocivos reclama ante los órganos de justicia un castigo lo suficientemente extensivo para asegurar sus bienes ante posibles infracciones⁶.

6 En ese sentido, se ha dicho, como escribe JESCHECK, que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológica y ético-individual. *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 44; ANTONIO GARCÍA - PABLOS DE MOLINA completa la idea al escribir, que desde el punto de vista político-estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría

Según la visión del «Estado Absoluto», la pena únicamente era concebida como un mal que había que imponer a fin de estabilizar el orden social y jurídico; en aquellos regímenes muy influenciados por posturas religiosas, la pena importaba una especie de expiación moral, donde la sanción punitiva purificaba a la persona del culpable, donde el encierro y el confinamiento no generaban efectos positivos para el penado; sus muros y paredes únicamente servían para disgregar, para recluir a un individuo que ya no merecía ser tratado como ciudadano, sino como un objeto de fines ajenos a su individualidad.

Resulta importante identificar que la pena encierra una doble legitimación: -tanto política como jurídica, pues la pena no sólo es una respuesta *jurídica* del Derecho Positivo, sino que a través de la pena el Estado confirma una determinada política criminal y política penitenciaria; por medio de la pena, el Estado simboliza una estrategia contra el delito, de cómo combate la fenomenología criminal, mientras más dura y severa sea la respuesta, mientras más infle las redes de represión penal, el Estado va a expresar una mayor injerencia en la esfera de libertad de los ciudadanos, mientras propugne penas infamantes y

de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo, desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad: si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas: desde un punto de vista ético-individual, la pena se justifica en consideración al propio delincuente, ya que permite a éste, como un ser "moral" liberarse de un sentimiento de culpa. En: *Derecho Penal - Introducción*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, ps. 121-122; la justificación de la pena obedece a la creación de mecanismos de control social institucionales, como superación a la realización de la justicia de propia mano una justicia del cadí y del talión, únicamente significativa en civilizaciones bárbaras o en sociedades tiránicas, a partir de la necesidad de un orden social establecido, el derecho penal nace precisamente para poner fin a la venganza privada, privando a los ciudadanos, de sus derechos vindicatorios, de este modo la sociedad obtiene seguridad jurídica y control sobre las agencias estatales represoras. El avance progresivo de la ciencia del Derecho ha ido abandonando la idea de una justicia basada en la moral o en matices de corte religioso, a un individuo se le castiga punitivamente por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, mas no por infringir normas morales o determinados patrones regidos por asociaciones particulares, un país laico como el nuestro -tal como lo consagra la Constitución Política del Estado- se fundamenta en una democracia real que se estructura en el respeto hacia la diferencia de culto, de ideología política, de religión, etc. Las tesis kantianas de fundamento retributivo acogían fundamentos metajurídicos, basados en la existencia de otros órdenes que en virtud de su carácter metafísico no eran susceptibles de demostración; en ese sentido, se pronuncia ROXIN al anotar que si el juez pronuncia sus sentencias en nombre del pueblo y no en el nombre de Dios, no puede imponer una pena con fundamento en razones metafísicas, sino tan sólo en aras de la función de tutela social que corresponde al Derecho Penal. En: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. CLAUS ROXIN, GUNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN. Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Editorial Ariel S.A. Barcelona- Asesor Juan Bustos Ramírez, cit., p. 56.

degradantes para el individuo, el Estado se va a mostrar como un ente rapaz y pueril, incapaz de ofrecer respuestas racionales a la conflictividad social producido por el delito.

En consecuencia, como escribe RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, la legislación penal es siempre expresión de una determinada estrategia política⁷; a través de la norma penal el legislador formula una determinada estrategia punitiva dirigida a combatir el delito, mediante la sanción -como medio represor institucionalizado- reafirma sus derechos subjetivos así como su naturaleza soberana *para regular y regentar la vida social de los comunitarios, conforme a prescripciones legales encaminadas a evitar la lesión de los bienes jurídicos fundamentales*.

En palabras de DONNA, sólo es necesario decir que nos hallamos en el punto vital que trata la legitimidad del Estado para aplicar la pena, en la cual está en juego la relación del individuo y sus derechos básicos con el Estado y, por tanto, la legitimidad para aplicar una pena⁸, esta legitimidad únicamente se garantiza cuando el ejercicio punitivo sancionador no desborda los derechos fundamentales del individuo, cuando la pena se somete a determinados principios garantizadores, de humanidad de las penas, de culpabilidad, de proporcionalidad, dignidad de la persona humana, etc.

El Estado de Derecho exige que las facultades sancionatorias se sometan a determinados límites, que como dice DONNA, se trata de construir la idea de un Estado que esté inmerso en la ley, limitado por ende su accionar⁹.

El nacimiento del Estado Liberal fue la obra proclamada por la Ilustración y por el Iluminismo, donde se dieron fruto una serie de garantías penales, donde la más importante fue la garantía de la ley, es decir, el principio de legalidad penal (*nullum crimen nullum poena sine lege praevia*), donde la política criminal del Estado debía someterse a la legalidad, es a partir de entonces donde se tiende un puente entre la dogmática jurídico-penal y la política criminal, en aras de definir el Sistema Penal como un conjunto de garantías para los ciudadanos en el marco de un Estado Liberal de Derecho.

El Derecho penal moderno tiene sus orígenes ideológicos en la filosofía de la Ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII, y está fuertemente unido a las transformaciones políticas del Estado posteriores a la Revolución Francesa de 1789¹⁰; sin embargo, el transcurso del saber político-ideológico, ha puesto

7 DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*, Editorial Grijley, 1995.

8 DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del Delito y de la Pena*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1996, cit., p. 40.

9 DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 41.

10 BACICALUPO, Enrique; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid-Barcelona, 2002, cit., p. 9.

en objeción la legitimidad del Derecho penal, y, por tanto de la pena, en razón de posturas elucubradas en el fenómeno de la «dialéctica», esto es, en la supuesta relación de sometimiento que se produce entre aquellos que definen la conducta como criminal (poder definitorio), y aquellos sobre los cuales recae el poder criminalizador, sostenidos sobre las posturas sociológicas de la ideología del conflicto marxista.

Surgen así posturas abolicionistas, propugnadas en el individualismo anarquista de MAX STIMMER y en la filosofía jurídico-política de Carlos MARX, quien esbozó la idea de una futura extinción del Estado, una extinción del sistema jurídico-estatal, que implica necesariamente una abolición del Derecho penal.

Para la base ideológica marxista que propugna las tesis criminológicas de la «Conflictividad Social»¹¹; el crimen viene a constituir un producto histórico, patológico y contingente de la sociedad capitalista, emergente de un proceso selectivo, donde el derecho punitivo se convierte en un mecanismo de opresión, de represión hacia la clase obrera, inherente a su propia estructura económica.

Las teorías del conflicto tienen, sin duda, una larga tradición en el pensamiento sociológico que hunde sus raíces en el análisis marxista del delito, el Derecho y la Justicia¹². Habrá que refrendar a esta visión criminológica, conforme la siguiente descripción: -se fomenta una visión instrumental del Derecho, como una respuesta monologante (reacción) ante acciones (desviadas), generadas por un grupo social estructuralmente definido; de cierta forma, se niega la dinámica de la sociedad en relación con el proceso de asunción social, pues, los definidos «criminales», pueden pasar a ser los «definidores», y viceversa.

Se explica conceptualmente el crimen, como una realidad condicionada por las relaciones, que toman lugar en el seno de la estructura socio-económica, como si el delito no tuviese una génesis cultural e individual, que se manifiestan en determinado déficit de socialización.

El crimen, sin duda, es un producto normal de la sociedad y no resultando privativo de los estratos sociales más bajos, consecuentemente, el crimen no desaparece en el ideal de la sociedad comunista soñada por MARX y sus seguidores.

11 Las teorías sociológicas del conflicto van a pretender explicitar la conducta desviada conforme a un análisis crítico del sistema social, esto es, de su propia integración estructural que define determinadas posiciones antagónicas entre los actores sociales, son estas posiciones sociales las cuales propician focos de conflictividad social, por ende, la producción de delitos, definidos como tal, por las instancias que detentan el control social institucional.

12 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Tratado de Criminología. Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen*. 2º edición. Tirant Lo Blancii. Valencia. 1999, cit., p. 815.

Dicho de otro modo: "El delito es un comportamiento social localizable en cualquier sector de la estratificación social, por ende, no es propiedad de las clases sociales bajas y marginales; la delincuencia como fenómeno social, va apareciendo en el ser humano, conforme sus vivencias y en relación a las actuaciones que se dan con sus prójimos, de manera que dicho germen, puede identificarse en cualquier estrato socio-económico; puede decirse así, que la criminalidad ha alcanzado un nivel de democratización en los sistemas sociales". Y, ello lo demostró DONALD SUTHERLAND, cuando estudió la criminalidad de los altos *status* socio-económicos, en específico, cuando penetró en las estructuras criminológicas de la delincuencia económica (*white collar crimes*). Proponiendo como alternativa a la teoría funcionalista, la teoría de los «Contactos Diferenciales», criminalidad expuesta según los contactos específicos a los cuales está expuesto el hombre en su ambiente social y profesional¹³.

Constelación criminal que hoy en día cobra vigencia plena, con el crecimiento sustancial de la criminalidad empresarial y económica, que en el plano normativo del Derecho penal, se manifiesta a través de la proliferación de los bienes jurídicos *supraindividuales* y la utilización cada vez más profusa de los tipos penales de peligro abstracto.

Desde una posición legitimadora, BUSTOS RAMÍREZ, apunta, que es finalmente el Derecho Penal como instrumento normativo-regulador, que legitima al Estado intervenir mediante injerencias sancionadoras en la esfera de libertad de los ciudadanos, el Derecho Penal como medio de control social nace como negación de la venganza y como evolución de la humanidad¹⁴; resulta en realidad, impensable concebir una sociedad sin mecanismo de control que provenga del exterior, una sociedad no está en posibilidad de poder estructurar mecanismos regulativos de control; por tales motivos el derecho punitivo sigue y seguirá siendo un instrumento indispensable para la preservación de una coexistencia social pacífica así como en el fortalecimiento de la seguridad jurídica.

En ese sentido, MAURACH anota que es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar a su poder penal se entregaría a sí misma. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar de la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real¹⁵.

13 BARATTA, Alessandro; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo veintiuno editores Argentina S.A., 1era. Edición argentina, 2002, cit., p. 63.

14 FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantanero Bondrés, Editorial Trona, 1989.

15 MAURACH, Reinhart; *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 70.

Ante una acción (delito) se genera siempre una reacción (sanción) y esta reacción en un Estado de Derecho, supone reacción institucional que garantiza racionalidad y control, conforme a los dictados basilares de la justicia humana.

El Derecho importa una expresión máxima de la racionalidad humana, como fuente sostenedora de las relaciones *humanas*, bajo un paradigma de justicia que se cohesiona con la necesidad de tutela de los valores fundamentales, tanto del individuo como de la sociedad.

La regulación *normativa* es una función insustituible e irremplazable, tal como lo esbozaron los penalistas alemanes del proyecto alternativo del Código Penal Alemán de 1996 (*Strafgesetzbuch Alternativ Entwurf*); el Derecho penal visto como un mal necesario para seres imperfectos como los hombres.

A la sociedad civilizada y moderna le corresponde mecanismos de control social legitimados, y dentro de la esfera del ordenamiento jurídico, el Derecho penal ocupa un sitio privilegiado, puesto que su fin teleológico está destinado a proteger los bienes jurídicos, reconocidos y consagrados constitucionalmente como *fundamentales*; como dice CALLIES, la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos a través de la garantía y creación de posibilidades de participación en los sistemas sociales¹⁶.

El delito desencadena una eminente *conflictividad social*, que toma lugar cuando los asociados a fin de prestarse de determinados bienes, realizan actos con injerencias prohibidas en los bienes jurídicos ajenos, a tal efecto, el delito es esencialmente social, pues surge ante las diversas participaciones de los sujetos en las interacciones conductivas con los demás, por lo que la respuesta debe ser por lo tanto también social, por eso su contenido y contornos deben dirigirse hacia fines exclusivamente sociales, en otras palabras dicho: *preventivos*.

Bajo los postulados de la dogmática jurídico-penal, los estudiosos han propuesto sus elaboraciones teórico-conceptuales, más inclinadas a la teoría de la imputación, relegándose a un segundo escalafón a la teoría de la pena, produciéndose un vacío en el análisis de su problemática en el derecho positivo; siendo que a la pena, desde un plano teórico, se le asigna una serie de funciones jurídicas que en la realidad, distan mucho de concretarse; en los textos especializados sobre la materia únicamente dedican espacios programáticos a los fundamentos teleológicos de las sanciones penales, sin preocuparse de los verdaderos fines que el Derecho positivo le asigna a la pena; como bien afirma

16 CALLIES; *Theorie der Strafe*, p. 161; citado por MIR PUIG. *Introducción a las bases del Derecho Penal...*, cit., p. 75.

MIR PUIG, la teoría de los fines de la pena suele concebirse más como un capítulo de filosofía penal que de la dogmática jurídico-positiva¹⁷.

Conforme a las diversas teorías que se han elaborado con referencia a la pena, los penalistas y filósofos han propugnado determinados ideales filosóficos como función de pena en el marco de un determinado modelo de Estado, es decir, proposiciones de *lege ferenda*, de cómo el legislador debe orientar tanto la política criminal como la política penitenciaria, sin entrar a la discusión de cuáles son los verdaderos fines o dígame la verdadera función de la pena en el *complexo normativo*, pues entre ambas pueden advertirse argumentos ambivalentes.

Entonces, importan dos paradigmas diversos: ¿Cuáles son los fines que la pena debería cumplir y cuáles son en realidad los fines jurídicos que la normatividad de *lege lata* ha atribuido funcionalmente a la pena?

Convenimos, la necesidad de someter a la «teoría de la pena» a lo postulados, propuestos en la «teoría general del delito», pues la sanción punitiva no puede ser concebida como mera simbolización político-criminal, sin contenido social, en tanto, toda el ámbito sancionador debe ser limitado por el fundamento material de los derechos humanos.

Esta dejadez y relajamiento dogmático, es concebido como señala MIR PUIG, como una hipertrofia, que empieza a verse con ojos críticos, de la teoría del delito en perjuicio de la teoría de la pena. Hipertrofia como sigue diciendo el autor, se explica a su vez, la desvinculación de la dogmática tradicional respecto de la política criminal, pues el sector de problemas más afectado por las consideraciones político-criminales no es el de la teoría del delito, sino el de la pena y las medidas de seguridad, cuya teoría dogmática no ha alcanzado, por lo dicho, el grado de elaboración necesario¹⁸.

Dicho lo anterior, vemos que se ha llenado de contenidos políticos criminales a la teoría de la pena, en detrimento de una elaboración dogmática-conceptual, cuya elaboración permita al intérprete, fijar los contenidos valorativos, mejor dicho interpretativos, a la luz de los principios rectores de todo el sistema sancionador, tal como se desprende de la Ley Fundamental.

Tal como lo sostuvo, siglos atrás el gran penalista alemán VON LISZT, el Derecho Penal es la barrera infranqueable de la política criminal, la cual ésta

17 MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las Bases del Derecho Penal - Concepto y Método*. Julio César Faria Editor, Montevideo-Uruguay, 2002, cit., p. 76.

18 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal...*, cit., p. 77. En ese sentido, ROXIN, al anotar que la teoría de la pena es una de las materias sobre las que en la moderna ciencia jurídica peor se ha reflexionado, lo que se debe es que se trata de una cuestión que depende más del concepto que del intelecto. En: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, cit., p. 54.

no puede rebasar en su formulación normológica¹⁹. La dogmática proporciona al legislador, medios y criterios para que cumpla con mayor eficacia, acierto y racionalidad los cometidos del Derecho penal -tanto en el proceso de *penalización normativa* como en su función político-criminal-, de hallar el camino más correcto para arribar a los fines propuestos, en estricta sujeción a sus criterios legitimantes.

La violencia delictiva, -en tanto ideología y acción humana-, puede ser prevenida y limitada, mediante la misma ley que regula la actuación de las agencias de *persecución penal*; es sabido, que el principio de legalidad actúa como soporte material de limitación de toda la descarga del poder punitivo estatal, de cuyos fines se sostiene una sociedad democrática.

Ciertamente, identificamos una homogeneidad filosófica entre los fines del «Derecho penal» y de la «pena», en cuanto a la función tutelar de bienes jurídicos; si bien el primero de los mencionados, se encamina a objetivos más preventivos, pues la pena si bien recoge también finalidades preventivas, su aplicación supone el manifiesto de una actividad, netamente coactiva, de *injerencia en el ámbito esencial de las libertades fundamentales*

En estas líneas primeras, atribuimos a la pena un contenido en *puridad* «retributivo» sin asimilarlo en todas sus consecuencias al dialectismo Hegeliano, la pena es una respuesta jurídica del Estado, legitimada y orientada a fines individuales y colectivos, pero que desde la individualidad del infractor resulta en definitiva un coste gravoso para sus bienes jurídicos más preciados.

En las siguientes líneas argumentativas, trataremos de reseñar las distintas teorías que se han estructurado conforme a la función que la pena debe desplegar en una comunidad social; evolución epistemológica, que se ha definido conforme el modelo del Estado y de la sociedad, así como de la concepción de la individualidad del ser humano en todo el sistema, expresando una particular fórmula teórica-conceptual, esforzada en justificar la pena como violencia punitiva de carácter institucional.

Reseña ideológica que posteriormente será complementada por una sustentación jurídica y política de la pena; manifestada en la relación Estado-ciudadano, a partir de su legitimación como espiral de violencia legal, a través de políticas estatales, en concreto en una proyección de política criminal.

Para tal fin es importante aseverar, como señala DONNA, que en principio, se puede decir que el error que surge notorio en la discusión es la confusión

19 En base a una consideración sistemática integradora, RODRÍGUEZ MOURRULLO sostiene que el conocimiento científico del Derecho vigente conduce inevitablemente a conclusiones político-criminales, porque estos conocimientos descubren los aciertos y los defectos del orden jurídico en vigor. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Madrid, 1977.

entre el concepto de sanciones penales y el fin que ellas tienen, con lo cual se equiparan ambas cosas, creando una seria contradicción conceptual²⁰.

El concepto de pena se sostiene de su propia naturaleza y de existencia legal como consecuencia inherente a la idea del delito -tanto desde una explicación legal como jurídica-, en tanto que los fines de la pena surgen a partir de los cometidos que se les asigna a los actores comprometidos, en referencia al Estado, a la persona del infractor y a la colectividad social.

Para JESCHECK, el problema son los fines de la pena, esto es, del significado del acto de castigar, tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga²¹; en cambio el concepto de pena se deriva de la relación Estado-ciudadano, desde el prisma de una teoría del Estado, como una legitimación filosófica, política y jurídica.

En el significado y fines de la pena, siempre se la han atribuido dos conceptos a veces irreconciliables entre sí, pero a su vez inseparables: retribución y prevención; como señala PABLOS DE MOLINA la pena puede concebirse mirando al pasado, al hecho ya cometido, buscándose en el mal que la misma entraña, una compensación o restauración de la infracción del Derecho producida por el delito²².

En palabras de BERISTAIN, ante esta formidable antinomia de los fines de la pena, todo jurista consciente de su misión en la sociedad habrá de detenerse a reflexionar seriamente qué camino ha de elegir a esta bifurcación: expiación-medicina, vindicta-defensa social, castigo-reeducación²³, en tanto el problema de los fines de la pena es una discusión que se remonta a la historia misma del Derecho penal.

En el dogma de la retribución, las tipologías y las doctrinas de la justificación responden al aforismo «*punitur, quia peccatum est*», son las que conciben a la pena como fin en sí mismo, como cargo, reacción o compensación, por consiguiente no es un medio para conseguir una determinada finalidad. Mientras que el significado preventivo o utilitario responde al aforismo «*punitur, ne peccetur*», donde el significado de la pena se encamina a prevenir la comisión

20 DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 41; en ese sentido, MIR PUIG al considerar que conviene antes que nada, en evitación de graves y frecuentes equívocos, distinguir la función de la pena del concepto de pena, quien cita a ALF ROSS, que desde la teoría general del derecho, según su concepto la pena es un mal que se impone por causa de la comisión de un delito: conceptualmente la pena es un castigo. En: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*; cit., p. 49.

21 JESCHECK, H; (LEHRBUCH) cit., p. 45.

22 ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 126.

23 BERISTAIN, Antonio; *Derecho Penal y Criminología*, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 1986, ps. 74-75.

de futuros delitos, incidiendo en la mente del colectivo a través de la intimidación (prevención general) o incidiendo sobre la personalidad del penado a través del tratamiento terapéutico (prevención especial).

«Retribución» y «prevención» sólo son congruentes, si es que se tiene como plataforma fundamental: la defensa de la persona humana.

En palabras DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, la concepción retributiva mantiene así la pena dentro estrictamente de lo jurídico, como un verdadero ente jurídico, de creación y sentido sólo jurídicos, no impulsándola o extrayéndola fuera del Derecho como mero recurso para satisfacer o realizar designios sociales²⁴.

La concepción retributiva significa una realización de la justicia en armonía con las finalidades del ordenamiento jurídico, una pena que presupone la comisión de un Injusto Culpable; la retribución encierra una contraposición dialéctica del hombre con el hombre; empero, no podemos confundir expiación con retribución, en tanto la expiación se refiere a una catarsis moral, a una reflexión interna del culpable en base a una pretendida moral interna.

Para KANT, el delito es la «auto corrupción moral del culpable», mientras que por retribución debemos entender la desaprobación o desvaloración pública, que mediante la pena se sancionan los actos de mayor desvaloración -tanto social como jurídica-²⁵.

En resumidas cuentas, se puede afirmar sin temor a equivocarse que la pena en nuestro Derecho positivo se orienta a efectos -tanto retributivos como preventivos-, en términos de ROXIN, de acuerdo a la teoría de la Unión, en la fase de conminación penal produce efectos de prevención general a través de la policitación de la norma, en la fase de determinación judicial la pena implica retribuir con la sanción el Injusto culpable y asimismo la confirmación fáctica del ordenamiento jurídico (prevención general positiva), y finalmente en la ejecución penal la pena presupone la rehabilitación del sujeto infractor, en términos de prevención especial.

2. APROXIMACIÓN AL TEMA

La evolución epistemológica del saber *jurídico-penal*, grafica que los diversos fines que se le han asignado a la pena no siempre han sido homogéneos en su sustento legitimante; aspecto en cuestión, influenciado por las diversas formas de contemplar el *ius puniendi* estatal, con arreglo a una visión no sólo

24 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*, cit., p. 75.

25 En consideración de MAURACH, expiación y retribución no son conceptos sinónimos, pues el primero hace alusión a un proceso anímico y moral en el culpable, que le permite reconciliarse libremente consigo mismo, recuperar su libertad moral, pero que no puede imponerse con la pena; citado por PABLOS DE MOLINA, cit., p. 126.

jurídica, sino también política y filosófica, traída a más por las transformaciones sociales y normativas; en otras palabras dicho: el modelo penal estatal, se restringe a dos posturas opuestas a saber: las doctrinas *ius-humanistas*, que consideran la pena, como un instrumento dirigido a los fines inherentes a la persona humana, tomando en cuenta los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de humanidad de las penas, donde el *sujeto infractor es propiamente un sujeto de derechos, mediando la posibilidad de la enmienda y la rehabilitación en el seno de la sociedad*; por otro lado se ubican las doctrinas penales maximalistas, que vienen representadas por una serie de manifestaciones jurídicas, que vienen a considerar a la pena como un instrumento necesario e indispensable, encaminado a neutralizar a todos aquellos sujetos considerados *peligrosos*, no sólo para los bienes jurídicos fundamentales de los individuos, sino también, para los fines *sistémicos* (orden público, seguridad nacional, etc.).

Dicho lo anterior, convenimos que el primer modelo anotado, se corresponde con una política criminal propia de Estados autoritarios, mientras que el segundo modelo, a un Estado Constitucional de Derecho; es la lucha de las «garantías» con el «maximalismo» del «punitivismo» con el «minimalismo»; es así que aparece en el escenario del denominado «Derecho Penal del Enemigo», la faz más oscura y negadora del llamado «Derecho Penal del Ciudadano». Una cruenta batalla que discurre de tiempo atrás, no avizorando aún un ganador, por más que algunos ya se sientan vencedores. Esta es la historia de la teoría de la pena y de las consecuencias jurídicas, una capitulación del Derecho penal, espinoso, al condensar una serie de estimaciones valorativas, que de cuño proponen una serie de juicios a entrañar y a desentrañar.

Mientras que algunos consideraban al Derecho penal como un instrumento de valor de «la justicia pura» y «retributiva», otros eran partidarios de asignar a la pena fines utilitarios -tanto para la sociedad como para el penado-; los primeros hacen referencia no sólo a razones de justicia social, sino también a una determinada «justicia moral». En cambio, los de la segunda posición se remiten a una determinada política social, pues la pena no sólo se aplica por la demanda legítima del resto de la sociedad sino también por razones de enmienda en la persona del transgresor.

Aquello mostraba un antagonismo -tanto axiológico como teleológico- que pasó a denominarse como una «lucha de escuelas»; colisión que encontraba su basamento, en definir la legitimidad del Derecho penal, de la pena, como reacción jurídica legitimada.

Los primeros representan la «Escuela Clásica», partidarios de las teorías Absolutas de la pena, mientras que los segundos representan la «Escuela Positivista», partidarios de las teorías Relativas, es decir, le otorgaban fines utilitarios a la pena; estas posiciones eclécticas venían definidas por un determinado modelo estatal. Según el primero de los mencionados, dando lugar a un Estado

Absolutista, encaminado estrictamente a preservar sus fines sistemáticos, en este caso la realización de la justicia por encima de los derechos del individuo, que con su obrar no sólo transgredía normas heterónomas (impuestas por el orden jurídico) sino también autónomas, aquellas que proceden de la condición inherente a la persona humana (normas morales).

Por otro lado, la otra posición, significaba el tránsito a un Estado Liberal de Derecho, orientado no sólo a objetivos político-criminales de justicia (*retribución*), es decir, a la aplicación de una pena a todos los hechos punibles sin excepción sino el de extender su brazo protector, a la recuperación del sujeto infractor, como miembro importante de una determinada comunidad social. No obstante, debe decirse que una posición más radical representada por la «Defensa Social», legitimaba la intervención del Derecho penal por motivos de peligrosidad social ante individuos que aún no habían cometido hecho punible alguno, pero por mostrar una conducta *peligrosa*, incidía en la necesidad de recluirlos, amén de proteger a todos los miembros de la sociedad, quienes ante este sujeto, aparecían como víctimas potenciales.

En resumidas cuentas, convenimos que los conceptos teóricos de la pena, no sólo requieren ser mencionados, sino también rigurosamente analizados, en la medida que dar postura por uno de ellos, supone definir el rol del Derecho penal en una comunidad social, donde el castigo, esto es, la pena no puede ser el mero manifiesto de una confirmación de la soberanía estatal, para imponer sanciones a todos los desviados, sino de establecer las bases de una convivencia social pacífica y, para ello, el sujeto infractor no puede convertirse en un objeto de finalidades colectivas, sino un individuo portador de una serie de derechos, conforme a una política criminal coherente con los dictados de un Estado Constitucional de Derecho.

CAPÍTULO XXIII

LAS TEORÍAS DE LA PENA EN PARTICULAR

Sumario: 1. Teorías Absolutas. 1.1 *Apreciaciones Críticas y Positivas sobre la Teoría Absoluta de la Pena.* 1.2 *La Retribución Jurídica de la Pena.* 2. Teorías Relativas. 2.1 *Prevención General Negativa.* A. *Apreciación Crítica de la Prevención General.* B. *La Prevención Especial.* a. *Antecedentes Históricos.* b. *Representantes:* 1) Ferri. 2) Dorado Montero. 3) Von Liszt. 4) *La Nueva Ideología de la Defensa Social.* 5) Marc Ancel. 2.2 *Síntesis, Aportaciones Positivas y Objeciones al Pensamiento Resocializador.* 2.3 *La Prevención General Positiva o Integradora.* 2.4 *Argumentos a Favor y en Contra de la Teoría General Positiva o Integradora.* 3. Las Teorías de la Unión o Sintetizadoras. 3.1 *Objeciones y Críticas a las Teorías de la Unión.* 3.2 *Posición Actual y Toma de Posición a Modo de Conclusiones.* 3.3 *La Función de la Pena en el Derecho Positivo Nacional.*

1. TEORÍAS ABSOLUTAS

Conforme los postulados esta postura ideológica, mediante la pena se agotaba la solución del conflicto social producido por el delito, es decir, al delito se le sumaba un segundo mal que eliminaba los efectos perjudiciales del hecho punible, restableciéndose el orden social alterado por el comportamiento *infractor de la norma*.

Como bien dice, MIR PUIG, desde este punto de vista, proclamar la función retributiva de la pena supone entender que la finalidad esencial de ésta se agota en el castigo del hecho cometido²⁶.

La pena consiste esencialmente en una retribución, o -que es lo mismo- en la compensación del mal causado por el delito²⁷, es una especie de justicia

26 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 51.

27 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA. M.; *Función y Aplicación de la Pena*, cit., p. 53.

penal compensatoria, mediante la cual el agente es objeto de sanción por una pena equivalente a su culpabilidad.

La pena importa entonces, un mal que recibe el autor para compensar el mal que éste causó mediante la comisión del hecho punible.

En ese sentido, GROCIO definió a la pena como *mallum passionis, quod inflingitur ob malum actionis*, a pesar de ser considerado este autor como un representante del retribucionismo, éste consideraba que la pena debe perseguir utilidades futuras, como la enmienda del reo y la prevención de los delitos mediante el ejemplo.

La pena en sí no encierra más contenido que una naturaleza aflictiva para el penado, no produce fines utilitarios para sus protagonistas; el castigo expresa un mal que debe hacer reflexionar al autor en términos purgatorios, de internalizar en su psique, un remordimiento por el mal causado, por ende, la pena no sólo busca la realización de la justicia sino también separar el mal del alma del penado en un «sentido moral» o «ético-social» como una «retribución divina», «moral» y/o «jurídica».

En aras de la idea de justicia como escribe ROXIN, se requería con ella la aplicación de la pena también en aquellos casos concretos en que la misma resultaba innecesaria para la garantía de la paz social²⁸, es decir, la pena era instrumentalizada, como un ideal de justicia, donde el condenado era un mero objeto de valores metafísicos y al servicio del sistema social.

Lo cierto, es que la idea de retribución, en sus primeras formulaciones teóricas, sustentaba la necesidad de pena, no sólo sustentada en una idea de justicia, sino que arrastraba también razones propias de una justicia moral o divina, confundiéndose por lo tanto, moral con derecho y derecho con naturaleza.

En términos hegelianos la pena es una retribución jurídica justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado. Para HEGEL, el delito es la negación del derecho, y la pena está dirigida a restablecer el orden social (moral) alterado por la comisión del delito. La pena es justa porque es necesaria, pues el delincuente al haber obrado libremente, es un ser racional necesitado de castigo.

La pena se encuentra entonces al servicio de la justicia, de defender los intereses sociales puestos en peligro por el ofensor-vulnerador de la norma, donde la retribución cancela el delito a partir del dialectismo de la doble negación: la posición es la voluntad general (orden jurídico), la negación de la misma es el delito y, por último, la negación de la negación se consigue con la pena²⁹.

28 ROXIN; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 53.

29 HEGEL; *Fundamentos de una Filosofía del Derecho*, Frankfurt, 1970.

Siendo así, la pena se aplica por el hecho punible cometido en razón de finalidades ulteriores: el «restablecimiento del orden social alterado por el delito».

ROXIN, reflexionando sobre los fundamentos hegelianos, escribe que la pena no sirve a un fin social, sino a la idea de justicia, la tarea de la pena no es por tanto la prevención de delitos futuros, ni la intimidación de los ciudadanos, ni la mejora del delincuente. La justificación de la pena señala, no deriva del aspecto subjetivo del delito, "combinando con representaciones psicológicas triviales acerca de los estímulos y móviles voluptuosos y racionales", sino que deriva de la misma naturaleza del delito, del desvalor que en sí mismo constituye la violación del Derecho³⁰.

Es de verse, que la pena agota su función con su ejecución en la persona del culpable, pues si ésta ya ha logrado su meta de *restablecimiento*, en razón de su contenido compensatorio, ya no se espera más de ella.

Presupuesto de pena es la infracción de una norma, su disvalor objetivo importa la esencia de la misma, por ende, su imposición cancela la infracción, al desautorizar su desobediencia.

En tanto que para KANT, la pena es una retribución ética, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y el castigo que consiguientemente se le inflige. KANT entonces fundamenta la pena en la culpabilidad del autor pero llevada en términos éticos o moralistas, como una «retribución de la culpabilidad del sujeto»³¹. Según este postulado es justo que el individuo sufra un mal a la medida de su culpabilidad, por lo que la pena se justifica como una retribución de acuerdo al grado de su culpabilidad, en tanto que la pena refuerza el valor ético-social del derecho atacado o vulnerado por el delito.

Para KANT la pena es un imperativo categórico y, como tal, una exigencia condicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria: la pena no se funda en que sirve a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es un fin en sí mismo, no puede instrumentalizarse a favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado³².

KANT argumentaba su posición en un racionalismo naturalista, concibiendo el sentido de dignidad humana, en la idea de que el hombre no puede ser instrumentalizado a fines ajenos a la justicia, únicamente en razón de su culpabilidad, pero no llevado a fines utilitarios, pues, con el castigo se agota la finalidad de la pena. La retribución de la pena tiene que ser jurídica, es decir, conforme a los valores que inspiran el Derecho, se mira al futuro recogiendo al

30 ROXIN; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 54.

31 KANT; *Principios Metafísicos del Derecho*, p. 195: citado por GONZALO D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y Teoría del Delito*. Editorial B de F, Montevideo, 1995, p. 93.

32 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 49-50.

pasado, internándose como una especie de castigo psicológico a la persona del infractor incidiendo sobre su personalidad.

KANT justificó en el siglo XVIII lo que llama derecho del talión como único criterio para determinar en cada delito la especie y cantidad de la pena, el talión material consiste en la aflicción de un mal al infractor estrictamente igual al que ocasionó, es decir, mediante esta justificación material al que asesinó se le podría imponer de igual manera la pena de muerte u otra de semejante naturaleza gravosa³³. Todos los demás derechos son susceptibles de modulación y no pueden concordar con la sentencia fundada en la justicia pura y estricta a causa de las consideraciones extrañas a ella que comportan tales derechos³⁴.

La idea de retribución es expresada por KANT en un texto en que se relata cómo en una isla-Estado sus habitantes deciden disolver la comunidad estatal y repartirse por todo el mundo. Incluso en tal caso, antes de llevar a término esa decisión, debe realizarse la retribución de todos los delitos cometidos, es decir, deben ejecutarse todas las penas pendientes a pesar de que tal cosa no comporta ya utilidad alguna para nadie "pues si la justicia llega a perecer, carecerá de valor alguno el que los hombres moren sobre la Tierra"³⁵.

Si bien es cierto que KANT, reconoce el ontologismo humano como un valor supremo de la sociedad, ni duda en oponer dicho ontologismo a la realización de la justicia, pues sin justicia la sociedad ha perdido el orden que fundamenta su existencia comunitaria. *Fiat iustitia ut pereat mundus*: es preferible -decía KANT- que muera un hombre a que se eche a perder todo un pueblo, pues si se va a pique la justicia, no tiene sentido ya que vivan los hombres sobre la Tierra³⁶.

KANT fundamentaba su concepto de culpabilidad en el «libre albedrío», es decir, sólo aquel que posee libertad de obrar posee libertad humana; el paradigma de su sistema filosófico se sustenta básicamente en la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad, el ser libre se diferencia de los demás hombres en la posibilidad de «dirigibilidad conductiva» conforme a las normas morales que reinan su espíritu; por eso KANT, identifica dos clases

33 Así, DONNA al considerar que el error de KANT fue entender, en algunas oportunidades, este principio de igualdad formal, como material, con lo cual pudo llegar a justificar la pena de muerte. En: *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., ps. 55-56; si bien la justicia categórica de KANT, suponía la imposición de una pena conforme a la culpabilidad del autor, ésta última era concebida únicamente en sentido jurídico, como una especie de justicia compensatoria, sin que apunte aquella a ofrecerse como límite ante una sanción desproporcionada, pues para KANT el valor de la justicia estaba por encima de los derechos que él mismo reconocía al ser humano.

34 DONNA, E. A.; *Teoría del Delito y de la Pena*; cit., p. 56.

35 Así, ROXIN; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 53.

36 KANT; *Metaphysik der Sitten, Rechtslehren*; citado por PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal*. Introducción. cit., p. 131.

de normas: -las heterónomas, aquellas que se deducen de la voluntad jurídica de un tercero (el Estado), mientras que las autónomas son aquellas que surgen de la moral interna del individuo -únicamente orientadas por el deber interno que dicha moralidad guía su actuación sin trascendencia social -. Si esto es así, dice DONNA, el Estado no puede entrar en el ámbito interno del individuo, en donde rige la ley del individuo³⁷.

Para KANT el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el árbitro de uno puede coexistir con el árbitro de los demás según una ley universal de libertad, es decir, el Estado, por medio del ordenamiento jurídico, únicamente le es legítimo en la esfera de libertad de los ciudadanos, cuando un individuo realiza una injerencia arbitraria en el derecho subjetivo de otros. Con lo cual la idea de coactividad es ínsita al derecho, al ser condición o instrumento de la coexistencia de las libertades externas de las personas³⁸. Por lo tanto, cualquier injerencia del Estado que vulnerase esa libertad proclamada por el imperativo categórico (la ley), sería pues ilegítima y arbitraria; por tales motivos, vemos que KANT reconoce en su ideología filosófica la voluntad individual del ser humano como un derecho fundamental, como un portador de derechos, de reconocerlo como un sujeto del proceso y no un medio al cual había que tratar para fines colectivos como paternalistas, es decir, no se le atribuía fin social alguno a la pena.

Despojada a la teoría retribucionista de matices religiosos o moralistas, se fueron elaborando y formulando posiciones programáticas fundamentadas en el concepto de justicia tomando en referencia la idea del merecimiento y la necesidad de pena, en términos del concepto dogmático de la «Culpabilidad».

El sentido de la pena, inspirado en la idea de merecimiento, radica en la compensación de culpabilidad, lograda mediante la imposición de un mal pena³⁹.

BINDING, desde un planteamiento distinto, conduciría también a una fundamentación absoluta de la pena, pues ella no perseguirá otra cosa que mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterlo a la fuerza victoriosa del Derecho⁴⁰. BINDING como representante del positivismo jurídico, únicamente podía concebir dentro de su sistema teórico a la pena, como expresión de un ideal de justicia fundamentado en el imperativo de la norma, siendo el Derecho la máxima fundamental que guía las relaciones sociales y que se impone ante determinadas disfunciones sociales⁴¹.

37 DONNA, E. A.; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 51.

38 DONNA, E. A.; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 52.

39 Así, GONZALO D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 94.

40 ANTONIO GARCÍA - PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal. Introducción*. cit., p. 132.

41 Así, MAURACH-ZIPF., citado por PABLOS DE MOLINA. *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 132; ZUGALDÍA ESPINAR vincula también la teoría normativista de BINDING con las teorías absolutas de la pena. En: ¿Otra vez la vuelta de Von Liszt?. La idea de fin en Derecho

En tanto que para WELZEL, siguiendo los postulados programáticos de KANT, al analizar el problema del sentido de la pena señala "la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable. Se basa en el postulado de la retribución justa, que "cada uno sufra lo que sus hechos valen", esto es, sobre el postulado de la armonía entre merecimiento de felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de pena. Según este postulado dice WELZEL, de un devenir justo del mundo, resulta correcto, que el delincuente sufra de acuerdo al grado de su culpabilidad. De este sentido de la pena se siguen tanto la justificación como la medida del mal de la pena: la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad⁴².

El famoso autor de la escuela de Bonn, recurre a símiles criterios Kantianos en tanto regula la sanción justa de acuerdo a la culpabilidad del autor, pues para el autor alemán el Derecho penal tiene como fin asegurar un «*mínimum ético-social*», tomando como referencia las estructuras lógico-objetivas, es decir, el aspecto fenomenológico del ser humano (*ontológico*), como portador de dignidad y valores que el Estado debe respetar; revistiendo a la teoría del delito y de la pena, de un valor de humanidad.

Establece que los efectos de la pena se producen -tanto para el penado como para la sociedad-, para la sociedad en tanto que la imposición de la justicia, refuerza los valores ético-sociales, y ante el autor, posibilita la expiación de su culpa, de tomar internamente su disvalor a través de la enmienda interna, de aceptar las consecuencias nocivas de su accionar, no sólo antijurídico sino también antitético. El momento de la retribución justa pone en evidencia, por consiguiente en la determinación de la pena, el pensamiento de justicia, o sea, el pensamiento del mal de la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad⁴³.

La idea de una justicia compensatoria ya no en términos de expiación sino en términos de *culpabilidad*, impregna la sustentación teórica-conceptual de WELZEL, inspirada en raíces KANTianas.

Como bien pone de relieve DEMETRIO CRESPO, hay que tener presente, sin embargo, que la función represiva de la pena ya no se ve como retribución del hecho, sino como compensación de la culpabilidad (*Schuldausgleich*), y como expiación (*Sühne*). La idea de expiación señala el autor se diferencia de la retribución en sentido clásico en que, mediante ella, se entiende que el autor de

Penal. Granada, Comares. 1995, cit., p. 40, para BELING también asumió una posición retribucionista, para quien la idea de retribución, como verdadero y propio ideal de justicia, puede considerarse universal.

42 WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán - Parte General*, cit., ps .326-327.

43 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán - Parte General*, cit., p. 327.

un delito puede contar con la presunción de volver a ser un miembro más de la sociedad, y por lo tanto, con la posibilidad de volver a ocupar su lugar en la misma⁴⁴.

Conforme lo anotado, la retribución sancionadora, no se fundamenta en su sentido expiatorio de tipo *talionial* (compensatorio), sino teniendo en cuenta el principio de culpabilidad en sentido jurídico, tomando en referencia el *nullum poena sine lege* como fundamento del Estado Liberal de Derecho y proscribiendo la posibilidad de imponer penas inhumanas y desproporcionadas en relación con el grado de reproche culpable.

A entender de FERRAJOLI, tanto para las doctrinas de la retribución moral como para las de la retribución jurídica, en efecto, las prohibiciones penales, como las penas, tienen fundamento en sí mismas: en el disvalor ético o metajurídico (*prohibitum quia peccatum* y *peccatum quia prohibitum*), en el imperativo de obedecer las leyes como una máxima de justicia, sin tener en cuenta finalidades deónticas más allá de su plena realización.

1.1. Apreciaciones Críticas y Positivas Sobre la Teoría Absoluta de la Pena

A nuestro parecer, las «teorías absolutas de la pena», responden a una retribución que no va más allá de la plena realización de la justicia, de este ideal valorativo, como sustento fundamental para imponer un orden social justo; un orden social que necesita de métodos coactivos para su preservación y estabilización para sus asociados.

Confunden la justicia de los hombres con una justicia divina, de someter las leyes del hombre a un sistema superior, de naturaleza metafísica por su carácter indemostrable y no verificable; esencia *contrafáctica*.

Las primeras posturas que de esta teoría se elaboraron, fundamentaban la pena no sólo en necesidades de justicia, sino también argumentadas, en la necesidad de imponer un orden moral categórico, en ese sentido apunta D. FERNÁNDEZ al escribir que otra crítica central hacia la fundamentación retributiva de la pena cuestiona su connotación ética. En ese sentido citando a BETTIOL se argumenta que el retribucionismo propone una moralización del Derecho Penal⁴⁵, pues el autor no sólo es sancionado por una lesión al orden jurídico sino por haber vulnerado normas de contenido moral, a un reproche jurídico se le suma un reproche moral basado en la expiación ética.

44 DEMETRIO CRESPO, Eduardo; *Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, cit., p. 60.

45 GONZALO D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 99.

La pena presupone un juicio ético de disvalor cuya razón de ser responde a ese propósito —privilegiado- de castigar el hecho culpable⁴⁶.

Para GÖSSEL es indudable que el retribucionismo engloba una idea de venganza, un sutil sentimiento vindicativo que no suele aflorar en la discusión científica⁴⁷; una irracionalidad manifestada una justicia meramente vindicativa, donde a la conflictividad social producida por el delito se pretendía dar solución mediante la imposición de otro mal para restaurar el orden social alterado por el delito⁴⁸, es decir, al primer mal -el delito- se le sumaba un segundo mal -la pena-, que en vez de proporcionar soluciones utilitarias y positivas, a sus protagonistas, agravaba el conflicto, extendiéndolo a márgenes poco propicios, para alentar la disuasión del colectivo, hacia la comisión de conductas *penalmente prohibidas*- y, sobre todo, en cuanto a la enmienda del sujeto infractor.

El talión material suponía la imposición de una pena igual al mal cometido, por lo tanto, se justificaba la imposición de penas desproporcionadas e inhumanas, donde el Estado a través del *ius puniendi* se rebaja a la imagen del ofensor, perdiendo así legitimidad ante el colectivo.

Detrás de una función retributiva se esconde un Estado totalitario y maximalista, que por medio del Derecho penal refuerza su carácter coaccionador y de intromisor máximo en la esfera de libertad de los ciudadanos. La doble negación propuesta en la doctrina hegeliana es una superstición falaz, donde se pretende como lógico concebir que un hecho niegue otro hecho mediante la estructuración de la doble negación. Es imposible y metafísicamente abstracto pensar que el mal producido por la pena en la persona del penado pueda devolver al estado anterior al bien jurídico vulnerado o lesionado por su acción u omisión, es decir, los costes gravosos que recaen sobre el condenado no reparan el mal causado en términos sociales, es un dialectismo irresoluble. Las primeras aproximaciones teoréticas de la pena absoluta justifican como señala FERRAJOLI, modelos autoritarios del Derecho Penal Máximo, modelos carentes de una real base de legitimación en el ejercicio del *ius puniendi*, al poner al servicio del Derecho Penal a fines metalegales, ajenos a sus fines legitimadores.

ROXIN sintetiza tres razones críticas en que una justicia retributiva no puede fundamentar el fin de la pena: Primero, porque la teoría de la retribución pre-

46 MAURACH, Reinhart; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, cit., p. 6.

47 GÖSSEL, *Esencia y Fundamentación de las Sanciones Jurídico-Penales*. En: autores varios. Estudios jurídicos sobre la Reforma Penal. Compilador POLAINO NAVARRETE, cit., p. 69.

48 Así, PABLOS DE MOLINA al considerar que se critica también, a las teorías absolutas el propio mecanismo compensatorio que constituye la esencia de las mismas: la restauración del orden jurídico alterado a través de la imposición del castigo. Porque tal mecanismo compensatorio tiene mucho de metafórico, de mágico, de irracional. *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 134.

supone ya la necesidad de pena, que debería fundamentar (esta teoría fracasa ante la tarea de imponer un límite al contenido a la potestad penal estatal). En segundo lugar, porque la idea fundamental que le sirve de fundamento, a saber, la posibilidad de culpabilidad humana en función de la libertad de la voluntad, es indemostrable. En tercer lugar, y aún concediendo que no exista una total determinación en el actuar humano, puesto que no es posible comprender racionalmente cómo se pueda borrar un mal, añadiendo un segundo mal equivalente⁴⁹.

Las teorías absolutas de la pena en el marco de la teoría del Estado encuentra su límite explicativo, en su sustentación apriorística, la cual se diluye con la vigencia de los postulados filosóficos e ideológicos del Estado Social y Democrático de Derecho; las bases del Estado Social se cimientan sobre el ser humano como valor supremo, y a su dignidad como fuente inagotable en las políticas de Estado, por ende, su irracionalidad se mueve en aguas contrarias a una sociedad cada vez más humana y civilizada.

Para las teorías absolutas la pena como -señala ROXIN- "se halla al servicio de la nada", pero asimismo ROXIN reconoce que las teorías absolutas asignan a la pena -y con ello al derecho penal- la función de realización de la justicia⁵⁰. Si bien es cierto, la pena se funcionaliza para la realización de la justicia, no se establecen límites a la red de represión penal y las funciones criminalizadoras del legislador. Lo que es cierto, en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, estas teorías sólo precisan "cómo" se debe castigar (de forma proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor) pero no "qué" conductas, "cuándo" legitiman, pues, cualquier intervención penal, en lugar de ofrecer criterios claros y eficaces para limitar aquélla⁵¹.

Para esta posición la lesión del orden jurídico cometido libremente (libre albedrío) significa un abuso de dicha libertad, que es reprochable y por lo tanto culpable.

El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o por necesidad moral; en tal mérito, la pena será legítima si la causa es justa, en consecuencia la pérdida de su libertad compensaba el mal causado libremente; se edificaba así una especie de Justicia Compensatoria o Retributiva. Su representante fue KANT, para quien la pena está completamente libre de fines que pudieran alcanzarse con ella, y se funda sólo en un Imperativo Categórico, mientras que HEGEL, defendió la concepción absoluta de la pena como una parte necesaria

49 ROXIN, Claus; *Sentido y Límite de la Pena Estatal*. En: Problemas básicos del Derecho Penal. Traducción de LUZÓN PEÑA, Madrid, Reus, 1976, pp. 14-15; citado por DEMETRIO CRESPO, *Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 61.

50 ROXIN, C.; *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*. Citado por MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, ps. 50-51.

51 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 133.

de un Proceso Dialéctico, donde la pena es la afirmación del Derecho negado por el delito.

Se critica a esta concepción teórica carecer de un fundamento «social-axiológico», entender que la pena -como expiación del pecado-, importa una necesidad categórica que restablece el orden jurídico alterado por el delito, implica reconocer la existencia de un orden previo, emanado de la razón y que es además susceptible de ser restaurado por el delito, así como de un orden social perfecto.

La concepción de un Estado de Derecho moderno en virtud del avance político y filosófico ha superado con creces la teoría retribucionista.

En lo referente a sus aspectos positivos, habría que destacar que toda pena presupone culpabilidad, pues la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho y al grado de reproche «culpable», entonces la pena justa necesita de un hombre culpable.

Desde un punto de vista de política criminal, la imposición de una pena adecuada a la gravedad del injusto culpable se aviene satisfactoriamente a las exigencias de la prevención general y de la prevención especial⁵². Entonces, como anota MAURACH-ZIPF sirvieron para desarrollar el principio de culpabilidad⁵³, por lo que la culpabilidad como elemento conceptual del delito es el límite de la pena justa. Y esta pena justa se impone en relación al hecho punible cometido y no en función a una determinada característica particular del autor.

El gran avance de la filosofía kantiana fue el de elevar al hombre al umbral de categoría máxima, el reconocimiento a su dignidad y ser portador de derechos y libertades. Tras HEGEL y KANT, como de sus seguidores del siglo XIX, se halla por lo general una filosofía política liberal, que ve en la proporción con el delito a que obliga la concepción absoluta de la pena un límite de garantía para el ciudadano⁵⁴.

En palabras de MIR PUIG, no se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento

52 PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., ps. 132-133.

53 MAURACH-ZIPF; *Derecho Penal*, Tomo I, p. 111; así, ROXIN, quien anota que el ataque que se lanza contra el Derecho Penal de la culpabilidad, tildado de anticuado y autoritario, afecta igualmente al Derecho Penal de la retribución; ahora bien, si el principio de culpabilidad se emplea únicamente para limitar el poder de intervención del Estado, pierde todo carácter represivo y d, opresión del ciudadano, y cobra, por el contrario, una función de garantía de la libertad y, correlativamente, de tutela del individuo. *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 58.

54 MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 50-51.

de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes⁵⁵. Empero, las posturas retribucionistas pretendían cohesionar los fines ius *puniendi* como garantía del ciudadano, que éste no fuese instrumentalizado, ora para fines disuasorios, ora para fines paternalistas.

Las teorías retribucionistas en la actualidad casi no tienen seguidores en la ciencia jurídico-penal, tanto por su inconsistencia con la actual doctrina imperante del constitucionalismo social como para los fines que el derecho positivo le asigna a la pena en las legislaciones modernas. Aunque en la actualidad, el avance de la dogmática, hace advertir en autores como JAKOBS fundamentar los fines de la pena en argumentos análogos a la posición hegeliana de la pena, pero llevada en términos de la prevención general. Sin embargo, se ha defendido la retribución no como fin sino como concepto de pena, en ese sentido MAURACH "Precisamente la cualidad principal de la pena retributiva estriba en su carácter absoluto desligado de todo fin, tal como se expresa en la exigencia de KANT de que se imponga al último asesino su pena aun cuando perezca con él la sociedad humana⁵⁶, pues una sociedad para su preservación y sostenimiento, necesita del carácter coactivo del Derecho, como único medio de control social legitimado entre los hombres, pero no por exigencias únicamente privativas de justicia material, sino por razones sociales, en la medida que la respuesta jurídica se adecue a las necesidades racionales y sociales del hombre.

NILS CHRISTIE describiendo la irracionalidad e inconsistencia filosófica de las teorías absolutas señala: "Concretamente: los castigos parecerán más aceptables cuanto más personalizados sean, cuanto más emociones permitan, y cuanto menos se vean desde un punto de vista utilitario. Si yo causo dolor, debo ser yo hasta donde sea posible, en emociones y con el dolor como propósito, no un representante, calmado, y con un propósito que esté más allá del expresado. Lo que estoy describiendo aquí ha sido calificado frecuentemente como una "teoría absoluta del castigo". Absoluta porque no se dan razones. Uno castiga porque sí, al igual que uno está triste simplemente porque lo está. Tal teoría absoluta del castigo está completamente pasada de moda entre los pensadores penales modernos (...). Si no hubiera propósito detrás del dolor, sería un asunto moral más claro⁵⁷.

Se esconde entonces un abanico de razones, a un mal sin contenido más allá del dolor que inspira el sufrimiento, sería mejor que no se utilizase la

55 MIR PUIG; Ibid.

56 Citado por MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 51.

57 NILS CHRISTIE; *Los Límites del Dolor*. Traducción de Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica - México. Primera edición en español 1984, ps. 137-138. En las teorías absolutas el castigo como característica natural, sería como una protesta dice el autor, no como una conducta racional para arreglar algo.

metáfora de la justicia para legitimar la imposición de mal -si bien legitimado por lo externo- sin legitimación interna. La pena en esta reflexión es descrita como expresión de pura coacción estatal y no como un diálogo comunicativo, entre los protagonistas, tal como lo demanda una visión racional del castigo.

El Derecho penal importa un medio de control social institucionalizado destinado a preservar un orden jurídico a fin de proteger bienes jurídicos, no como dice MIR PUIG, pretender establecer la justicia absoluta sobre la Tierra⁵⁸; al derecho punitivo le corresponde como última parcela del ordenamiento jurídico, asegurar una participación efectiva de los individuos en los diversos procesos sociales, a través de los medios sancionadores -de mayor contenido aflictivo-, en relación a los hechos sociales que revisten mayor gravedad antijurídica en virtud de su alarma social y en razón a su función subsidiaria. Empero, al Derecho penal se le asigna positivamente la prevención de delitos⁵⁹, de actuar no sólo como mecanismo represor institucionalizado, sino como agente de prevención asegurando un clima de convivencia social pacífica entre sus asociados.

1.2. La Retribución Jurídica de la Pena⁶⁰

Quien escribe estas líneas nunca tuvo el honor y el regocijo de escuchar personalmente las diatribas que este prolijo penalista español profería en la cátedra universitaria y en las múltiples conferencias que dictaba -muchas de ellas en los claustros universitarios sanmarquinos-, pero fue suficiente leer esta brillante monografía sobre una nueva aproximación de los fines de la pena, para escudriñar las grandes dotes de filósofo del derecho y sobre todo, de humanista, quien estructura su teoría de la pena bajo los dictados de un «Estado Democrático de Derecho».

De explicar las razones de la violencia humana en base al discurrir histórico, como una fuente irracional de infortunios y de las más graves injusticias en una sociedad de raíces tan imperfectas como la de los hombres, de diferencias drásticas, la violencia punitiva de la venganza fútil del talión.

José F. PALOMINO MANCHEGO en el Estudio Preliminar de la obra en comento, escribe certeramente que "la tesis central del maestro español, que camina por la séptima decena de la vida, entendemos que descuella en la renovación de la idea de retribución; esta última acepción como advierte DE RIVACOBÁ, hay

58 MIR PUIG; Ibidem

59 Así se pronuncia D. FERNÁNDEZ al anotar que la idea antagonista de la "pena finalista" ha prevalecido, imponiéndose por abrumadora mayoría en la moderna teoría de la pena. En: *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 102.

60 Expuesta por DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ en su obra; *"Hacia una Nueva Concepción de la Pena"* - Una Antítesis entre retribución vs. prevención (a modo de Resención).

que caracterizada con propiedad y exactitud para no caer en confusión⁶¹. Es decir, hay que entenderla en su real acepción, pues su concepción retributiva de la pena supera sustantivamente las primigenias elucubraciones retributivas de la pena esgrimidas por KANT y HEGEL, así como a positivistas jurídicos como BINDING, superación hondamente evidenciable -tanto en su fundamentación filosófica como política-, en tanto la pena no es únicamente una respuesta jurídica ante un hecho tan deleznable como el delito, sino es también el significado de las relaciones políticas entre el Estado y el ciudadano, el Estado por medio de la pena expresa su mayor fuerza coactiva de su *ius imperium*, como señalaba el maestro español "*La legislación penal es siempre expresión de una determinada estrategia política*".

DE RIVACOBA Y RIVACOBA desnuda en sus magistrales líneas, de la referida monografía, cómo la violencia institucionalizada (*ius puniendi*) es instrumentalizada como mecanismo opresor entre los individuos y cómo los Estados totalitarios han hecho de la misma una política de Estado a fin de preservar el *stabilisment* imperante. En las siguientes líneas trataremos de esbozar sucintamente las ideas de este gran penalista y pensador hispano-parlante.

El triunfo de la burguesía en el siglo XVIII sobre la aristocracia, significó el derrumbamiento del Ancien Regimen como sistema político e ideológico que dio paso a la irrupción de un Estado Liberal de Derecho, estableciéndose una serie de garantías para los ciudadanos como una forma de poner freno a una pretensión expansiva del *ius puniendi* estatal⁶².

Un Estado que no conoce de límites a su actuación represora, a la que antes importa la manera de ser que la de obrar de los individuos; que no puede ver el delito como una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino como una violación del deber de fidelidad y obediencia del Estado, y cuyas puniciones persiguen, por lógica, una finalidad expiatoria y también de defensa encarnizada e inmisericorde de aquél y de sus intereses⁶³.

61 DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*. Editorial Grijley, Lima-Perú, 1995.

62 La caída y derrocamiento del Ancien Régimen fue producto de los Ilustrados --quienes fueron los gestores ideológicos de la Revolución Francesa de 1784-, era una lucha no sólo ideológica y política, sino sobre todo social, de la burguesía naciente contra la aristocracia de linaje. En tal sentido escribe AUGUSTO CASTRO: "*Los franceses enarbolaron hace más de doscientos años la ya célebre "Libertad, Igualdad y Fraternidad"*". Esta sintetizó con mucha claridad el peso dominante de la burguesía francesa en ascenso. La lucha contra el antiguo régimen, el reconocimiento entre ciudadanos y el sentido de solidaridad humana condensaron las banderas del mundo moderno que inauguraba. En: *La Búsqueda de la Honradez - Ética y Política en el Perú*. Filosofía y Sociedad - En búsqueda de un pensamiento crítico. Instituto de Pastoral Andina. Centro de Estudios Regionales Andinos "Bartolomé de las Casas". Abril 1995. Cusco, cit., p. 18.

63 DE RIVACOBA Y RIVACOBA; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*, cit., p. 74.

La manifestación de un Estado, que únicamente quiere hacer de los ciudadanos, mecanismos de ejemplos hacia los demás o que pretende someterlos a determinados tratamientos correccionales para evitar su desestabilización, lo que hace es someter al ciudadano a sus designios y a sus posiciones políticas sin interesarle el mal que aflige en una justificación *sin límites*.

Los cometidos políticos se programan conforme a determinadas coyunturas históricas, persiguen proyectos de corto y de largo alcance, su justificación política lleva a los políticos a instrumentalizar el Derecho de un modo utilitarista que rebasa los fundamentos generales que rigen esta ciencia social, que debe circunscribirse a regular las relaciones de los individuos, de propiciar mecanismos de integración social, en particular al Derecho penal se le confiere la potestad de asegurar la participación de los ciudadanos en los procesos sociales, bajo el paradigma de la tutela de bienes jurídicos.

Conforme la línea argumental esbozada, puede lo anterior, señala DE RIVACOB A Y RIVACOB A, contribuir a fundamentar la oposición conceptual entre retribución y pretensión e inferirse que con la proclamación de la excelencia y excelsitud del individuo humano sólo son congruentes, en buenos principios, una justificación y una finalidad de la pena en sí misma, o sea, una intelección y proposición de ella como retribución, no como medio para fines extraños. Además, la concepción retributiva mantiene así la pena dentro estrictamente de lo jurídico, como un verdadero ente jurídico, de creación y sentido sólo jurídicos, no impulsándola o extrayéndola fuera del Derecho como mero recurso para satisfacer o realizar designios sociales⁶⁴.

Su ideología penal entraña una sumisión del fin de la pena al campo de la juridicidad, en el sentido que la sanción punitiva únicamente puede encontrar sus designios en los fines intrínsecos del ordenamiento jurídico, pues su legitimidad reposa en el Derecho concebido como mecanismo constructor de sociedades de hombres, solidarias y humanas, no como mecanismo opresor del individuo, por eso, es enfático al despojar a la pena, de fines metajurídicos.

Al atribuir a la pena, fines extrínsecos al derecho, se termina instrumentalizando al hombre como fin utilitario, lo que significa un menosprecio a la dignidad humana, como una suerte de panoptismo social de BENTHAM -una subordinación del hombre por el hombre-.

Mediante la prevención general se pretende interiorizar modelos valiosos de conducta por medio de la coacción o el terror penal, de que el sentido de la norma se interiorice en la sigue de los ciudadanos inhibiendo sus frenos delictivos en virtud de sus efectos marcadamente intimidatorio-disuasorios, el método

64 DE RIVACOB A Y RIVACOB A; M.; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*, cit., p. 75.

psicologista desconoce la variedad y particularidad de la mente humana, muy influenciada por el factor sociológico que hace de ella un papel neutro en la finalidad de prevenir los delitos. Pues, la política de la disuasión enmascara la utilización del colectivo, en una abstracción normativa que encierra una pretensión punitiva estatal expansionista.

Empero, la posición retribucionista DE RIVACOBIA se fundamenta en el respeto al ontologismo humano, en la dignidad humana como valor supremo que se tiende como un dique de contención ante pretensiones estatales que pretendan rebasar el marco normativo, soslayando una justicia basada en el respeto hacia los derechos humanos fundamentales. En ese sentido BETTIOL al considerar que el principio de retribución es propio de todo tipo de civilización que no reniegue de los valores supremos y se adecúe a las exigencias espirituales de la naturaleza humana⁶⁵, esta posición hace alusión a una renovación filosófica contraria a los postulados positivistas y del *ius naturalismo*, mediante una sujeción de la normatividad a la estructura fenomenológica de la existencia humana como valor inter-subjetivo.

El Derecho Penal nace como negación de la venganza privada y como una necesidad derivable de la propia racionalidad del ser humano⁶⁶, esa racionalidad desembaló en la creación de un ente al cual se le delega esta facultad punitiva, entonces, la violencia punitiva se convierte en Derecho mediante la concreción del proceso normativo, -de carácter institucional-, plasmado a través de reglas positivizadas, propiciando soluciones racionales al conflicto penal; en tal entendido, la idea de retribución se gesta simultáneamente con la aparición del *ius puniendi*, como la imposición de un mal, pero legitimado, pues cobra vida con la legitimidad intrínseca de la fuerza del Derecho.

Consiguientemente, la pena ha ido aparejada siempre con la acepción retributiva desde los inicios de la civilización de la humanidad, de una sociedad que enfrenta al delito mediante un control social público, no inspirado en una sed de venganza, sino confiando en la pena un instrumento garantizador de la paz y cohesión social, la pena entonces encuadra su legitimidad desde un fundamento -tanto político como jurídico-. La idea retributiva, como escribe BETTIOL, es una idea de fuerza de la civilización y constituye la idea central del Derecho punitivo⁶⁷.

65 BETTIOL; *Instituciones*; cit., p. 797.

66 Así, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA al escribir: "*En definitiva, el momento en que con propiedad puede decirse que se pasa de la venganza a la pena es aquel en que el instinto se somete a la razón y, reconociéndose un hombre, o sea, un individuo racional y libre, en el delincuente, se infunde en la reacción social contra el delito de un fondo ético y valorativo*". En: *Configuración y desfiguración de la pena*, cit., p. 16.

67 BETTIOL; *Ibidem*.

La pena como respuesta jurídica al delito emana de la racionalidad y del conocimiento científico como proceso de intelección de la sabiduría humana, que encuentra en el Derecho un instrumento legítimo para hacer frente a los embates de la conflictividad social producida por el delito, ante aquello la pena no puede ser percibida por el colectivo como una "venganza". Para ALEXANDER Y STAUB toda la historia del Derecho penal está llena de impulso encaminado a que triunfe el principio de lo racional sobre los fundamentos irracionales e instintivos de la pena⁶⁸.

La venganza es uno de los sentimientos más deleznales e irracionales que se gesta en la esfera más recóndita de los sentimientos humanos, donde el hombre se aparta de esa irracionalidad que lo diferencia de los demás seres y adquiere vigor una imagen meramente instintiva de naturaleza irracional, la venganza halla su terreno fértil en la violencia. La violencia como reacción que manifiesta la torpe estructura que enlaza el cerebro con las fibras musculares del cuerpo, la historia de la venganza sin lugar a dudas es la historia de la violencia irracional, que ha cubierto de sangre todos los pueblos que de una u otra manera se enfrentaron en aras de obtener victorias pírricas de poder, territorios y de riqueza.

En nuestros tiempos modernos, la violencia se ha encubierto en las formas más sutiles de sometimiento y de subordinación, la violencia ya no únicamente concebida como el despliegue de una fuerza muscular intensa, sino como procesos de exclusión y de marginación de las clases oprobiosas hacia las clases más desposeídas. La violencia en nuestros tiempos ha adquirido nuevos ribetes diferenciadores, a decir de HASSEMER, lo que se modifica son las formas de la violencia y la densidad de la actividad violenta⁶⁹; la variabilidad se expresa en la disposición a aceptar la violencia y cuales son las distintas reacciones que dicha violencia genera como respuesta inmediata en el colectivo, finalmente esa acción-reacción producirá consecuencias inevitables al «Sistema Penal».

En el consumo comunicativo está vivamente interesado en los fenómenos de la violencia, ya no se necesita experimentar la violencia en su propio seno para percibirla como omnipresente: pocos serán los ejercicios espectaculares de violencia en el mundo que nos escapen⁷⁰, los medios de comunicación contribuyen fuertemente a transmitir la violencia como el primer plano informativo

68 FRANZ ALEXANDER y HUGO STAUB; *El Delincuente y sus Jueces desde el Punto de Vista Psicoanalítico*, traducción del alemán por Werner Goldschmidt y Víctor Conde; citado por DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, cit., p. 90.

69 HASSEMER, Wilfried; *Crítica al Derecho Penal de Hoy - La Violencia Omnipresente*. En: *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Primera Edición, Marzo 1998, ps. 45 y ss.

70 HASSEMER, W.; *Crítica al Derecho Penal de Hoy - La Violencia Omnipresente*, cit., p. 46.

-como una forma de atraer sugestivamente a la audiencia-. La violencia es un indicativo -real o aparente- que es finalmente acogido y programado por la política criminal típicamente expansionista.

Ante la sensación de inseguridad surge ante la población el reclamo a una mayor protección penal, protección que desemboca finalmente en el «normativismo» y en la denominada «sobrecriminalización», como una forma aparente de paliativo utilizando simbólicamente los instrumentos de la prevención general negativa. La represión y un control más rígido contra el delito, aparece automáticamente en la sigue del colectivo frente al fenómeno de la violencia criminal. Incluso como bien señala HASSEMER, la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social⁷¹, la política retribucionista se consolida frente a la política prevencionista, pero una retribución que desborda la limitación que la juridicidad le impone.

El sistema social revela que su propia dinámica genera procesos de exclusión en el reparto de la riqueza y de los medios de producción, esa distribución desigual es producto de los intereses de poder y de aparatos políticos que aglutinan en sus manos todo el poder político y económico. La pena en cambio, dice RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, es obra de la razón y se halla plena de razones y estimaciones, está creada y reglada por normas y representa una ecuación o equilibrio de valoraciones, y se propone evitar la violencia, resolver conflictos y lograr la paz social, todo lo cual significa que se encuentra sujeta a límites y explica que se humanice conforme progresan la inteligencia y la sensibilidad⁷².

La pena como reacción estatal legitimada se impone a los hombres, como medio pacificador de los conflictos sociales más hondos que aquejan los procesos sociales, adquiere sin más legitimidad en razón de su racionalidad y de su institucionalidad normativa, tiene como fin último establecer mecanismos de integración social. El Derecho aparece así como un sistema monopólico y organizado de violencia.

Lamentablemente la venganza se encuentra latente en nuestros tiempos, una venganza que demuestra que el ontologismo humano se cubre de imperfecciones como un antagonismo a su racionalidad, y como expresión de una violencia imbricada en la propia naturaleza humana. Una venganza que late en el fondo de la colectividad alarmada por la producción del conflicto penal, una colectividad que demanda a la judicatura la respuesta más enérgica con que cuenta el ordenamiento jurídico, los medios de comunicación inflan maliciosamente el hecho delictivo por medio de la politización y afirman en los asociados

71 HASSEMER; *Crítica al Derecho Penal de Hoy - La Violencia Omnipresente*, cit., p. 48.

72 Cfr., *ibidem*, p. 91.

una psicosis colectiva que genera un alarmismo social que se traduce finalmente en la exigencia de una justicia meramente vindicativa.

Esta sed de venganza es instrumentalizada por quienes detentan el dominio de la acción política, para inflar las redes opresoras del Derecho Penal de forma expansionista⁷³, negando así el carácter humanitario de la pena, produciéndose un transvase hacia una politización del derecho punitivo, deslegitimándose su sostén legitimador.

En definitiva, escribe DE RIVACOBÁ, el momento en que con propiedad puede decirse que se pasa de la venganza a la pena es aquel en que el instinto se somete a la razón⁷⁴. Cuando el Derecho es soterrado bajo ocultas caretas de justicia, se degrada la violencia e involuciona al estadio de venganza, el hombre le otorga un ropaje de legalidad, pretendiendo enmascarar en la juridicidad lo realmente mendaz de una violencia espiral que no tiene dónde acabar. Frente o contra la violencia señala el escritor, parece no haber más recurso que la violencia.

Pretender prescindir de la violencia escribe DE RIVACOBÁ, aparte de constituir un imposible, le incapacitaría para tender hacia fines y obrar conforme a valores, o en términos más breves y contundentes, le aniquilaría en tanto que hombre⁷⁵, empero, la violencia es parte ontológica del hombre e inseparable de dicho revestimiento. Esa violencia pudo o no haber servido a nobles intereses, a legítimos intereses liberadores de la opresión y la liberación de la esclavitud de los pueblos; el Derecho, por ende, no es ajeno a la violencia, en tanto que es expresión palmaria de una violencia institucional legitimada por el consenso de los ciudadanos, por el contrato social⁷⁶.

73 Las agencias criminalizadoras son enormemente influenciadas por el público que ante la avalancha de la criminalidad demandan a sus fueros una respuesta más severa, los agentes legislando hacia las tribunas y galerías acogen las pretensiones penalizadoras y encaminadas en una tendencia paleo-represiva proceden al normativismo, a la neo-criminalización (se incrementan sustancialmente los marcos penales) y al adelantamiento significativo de las barreras de intervención del Derecho penal (a través de la formulación de tipos de peligro abstracto; es de verse, entonces, que los políticos siempre legislan a espaldas de la realidad penal y hacen oídos sordos a las proclamas de los juristas, convierten al Derecho penal en una politización en razón de sus intereses de poder, sometiendo a los principios generales del derecho a fines exclusivamente políticos, lo que a fin de cuentas produce un antagonismo entre la dogmática y la política criminal.

74 Cfr. Ibidem, p. 93.

75 Cfr. Ibidem, p. 123.

76 En ese sentido, las exenciones de penas fundamentadas en los Estados de Justificación y en los Estados de Disculpa, postulan la legitimidad imbricada de la violencia como permisiones o exculpaciones, ante situaciones sumamente extremas que llevan al legitimado a utilizar la violencia como único mecanismo capaz de repeler la violencia destinada a lesionar sus bienes jurídicos más preciados por el orden social y jurídico; asimismo, la pena

Para STAMMLER, el Derecho se denomina Autofísico, es decir, que sus normas se imponen con independencia y aún en contra de la voluntad de los destinatarios, como señala NIKLAS LUHMANN, la legitimación del Derecho viene precedida por su aceptación automática, su legitimación viene sustentada por su aceptación.

Realizando un paralelismo ante la venganza y la expiación, afirma el autor que la venganza es una represalia contra el ataque ajeno, que se dispara contra el delincuente; la expiación es un esfuerzo por reprimir y contener las pulsiones propias⁷⁷. Mientras que la primera se dirige a sumar una mayor violencia inspirada en la retribución del mal causado, la segunda se interioriza en la esfera emotiva del Yo, tratando de incidir en las fuerzas motrices internas de la sigue humana, en su intersubjetividad, no sólo psíquica sino también moral -es un arribo explicativo del psiquismo humano-. Negando la posición del talión material propugnado en la teoría kantiana de la pena, DE RIVACOBÁ anota que la retribución no tiene nada que ver con el talión, ni siquiera una auténtica semejanza⁷⁸.

El talión en concreto es un acto típico de violencia recíproca con fines netamente compensatorios en términos de proporcionalidad: "ojo por ojo, diente por diente"⁷⁹.

En realidad, la retribución se condice con la misma legitimidad con que actúa el *ius puniendi*, como mecanismo regulador de los procesos sociales, como una reacción legítima ante una acción u omisión que contradice los principios mínimos de convivencia pacífica. Dicho en otras palabras, *el derecho sancionador del Estado expresado en la pena, cobra validez en tanto ella representa a toda la sociedad que se ha visto vulnerada por la comisión del delito, pues el derecho punitivo es un deber de máximo valor en el Estado de Derecho*.

De los fundamentos dogmáticos esgrimidos por el autor, se infiere lo siguiente: DE RIVACOBÁ argumenta una posición retributiva ajena a los postulados primigenios de la teoría absoluta propugnada tanto por HEGEL y KANT, si bien estos últimos condicionan a la pena a la culpabilidad del autor, no ponen límites a la sanción punitiva, llevada hasta sus últimas consecuencias pudiese admitir

de muerte, la guerra legítima en la defensa de la soberanía interna, son aplicaciones tanto del Derecho nacional como del Derecho internacional.

77 Cfr; Ibidem, p. 98.

78 Cfr; Ibidem, cit., p. 99.

79 Un sistema penal protagonizado por el talión material lo observamos aún en civilizaciones musulmanes e islámicas, legislaciones penales que aún no han podido depurar de sus fundamentos generales, dogmas exclusivamente derivados de patrones religiosos, también en países árabigos o de Asia continental, de regímenes totalitarios que fundamentan el orden social en base a estrategias punitivas fundamentalmente represivas, más que inclinadas en posiciones retributivas, revelan una tendencia hacia la prevención general negativa, hacia el "terror penal".

la pena capital como una sanción legítima en términos exclusivamente compensatorios.

En cambio, DE RIVACOBIA si bien condiciona también el merecimiento de pena a la culpabilidad del autor⁸⁰, también la condiciona a la gravedad del hecho cometido, es decir, al Injusto negando una retribución conforme a la personalidad del autor, únicamente derivable del hecho punible cometido, por ende, niega un Derecho Penal del autor caracterizado por el positivismo sociológico. En sus propias palabras apunta: "que sólo cabe retribuir lo que se hace o cómo se hace, no lo que se sea ni cómo se sea, el obrar y no el ser"⁸¹.

En su sistema de punición no cabe legitimidad a sanciones pre-delictuales: "No se da retribución fuera de la acción", una idea sintomática del autor está fuera de los fines de su concepción retributiva de pena; asimismo, la lesión al orden jurídico no se deriva de una infracción formalista, sino de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, condicionando la antijuridicidad a la efectiva ofensividad de bienes jurídicos, al respecto anota "...su lesión o menoscabo, su puesta en peligro o una comprensión que impida o restrinja su goce o ejercicio, no hay antijuridicidad"⁸².

Lo más importante, a todo esto, es que somete la punición limitando la graduación de pena, pena que no puede significar una lesión a la dignidad humana, por lo tanto la pena debe ser proporcional a la antijuridicidad (gravedad del hecho) y al reproche de imputación individual (culpabilidad). La retribución como señala DE RIVACOBIA tiene que suscitar la humanización de las penas y hacer que éstas sean radicales y completamente humanas, o lo que es igual, compatibles con la noción de dignidad y sus exigencias, proscribiendo y evitando infligir cualquier dolor o sufrimiento, ya sea físico o moral⁸³.

La pena, se quiera o no, va a significar siempre la sanción sobre un mal, que viene a constituir la innegable pérdida del bien jurídico de libertad personal, únicamente en aquel penado que reconozca el mal producido por su acción podrá aceptar los costes gravosos de su infracción normativa (expiación), pero aquel sobre quien recae la pena sin culpabilidad o quien se encuentra purgando carcelería sin sentencia, estimará la respuesta sancionadora como una mera vindicta pública, la cual lo va a corroer indefectiblemente en su personalidad, asintiendo en su juicio un profundo resentimiento, tanto al Estado como a la sociedad que se cruzó de brazos ante un abuso, de por sí arbitrario.

80 Así, BETTIOL, al sostener que: *"Más sustancial aún parece la idea retributiva, cuando se piensa que la retribución implica la presencia del carácter culpable en la acción antijurídica que se toma en consideración"*. Citado por DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA; cit., p. 109.

81 Ibidem, cit., p. 108.

82 Cfr. Ibidem, p. 109 (Principio de Ofensividad).

83 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M; cit., p. 116.

Conforme lo anotado, consideramos que la teoría «retribucionista», propuesta por DE RIVACOBAS asiente su legitimidad ante el colectivo social, pues somete a la pena a graduaciones verificables y limitadas por los principios rectores del Derecho penal: principio de «Culpabilidad» y la gravedad del Injusto, premisa que implica también el principio de proporcionalidad de las penas, y sobre todo somete el contenido de las penas al principio de humanidad, siendo el individuo un sujeto portador de derechos que no puede ser instrumentalizado a través de una determinada política criminal del Estado; no obstante, es de verse, que su sistema de punición no resulta capaz de dar respuestas a los estadios -tanto anterior como posterior a su determinación judicial-, si bien somete a la imposición punitiva a términos razonables de acuerdo a graduaciones estrictamente jurídicas (derecho penal del acto), no propone fines de acuerdo al ontologismo humano que él mismo reconoce.

La pena, pues, no se agota con la imposición de la pena ni con la autoconfirmación del «Derecho»; la sanción punitiva en un Estado Social y Democrático de Derecho demanda no sólo una respuesta jurídica sino también social, el penado luego de la condena no puede ser abandonado por el Derecho, en tanto que de su conducta en el presidio y los medios que se le proporcione va a depender una posible reincorporación social y de asegurar las bases de una integración, no en términos pedagógicos o correccionalistas: en ese sentido se pronuncia el autor hispano BERISTAIN al apuntalar, que la ejecución de las sentencias deben ser permanentemente vigiladas por los mismos jueces que la pronunciaron⁸⁴.

La norma debe cumplir siempre un fin simbólico de comunicación con el ciudadano, la legalidad implica comunicabilidad, sin considerar a la policitación de la norma como expresión disuasoria o de intimidación pura, por medio de la norma se produce un diálogo permanente entre el Estado y los ciudadanos. Bien se le entiende a DE RIVACOBAS cuando rechaza firmemente la prevención general: «El liberalismo se asocia a la prevención general, en un ambiente de ideas en que la pena, como freno inhibitorio de los potenciales delincuentes, debía erigirse en Palladium de la seguridad»⁸⁵.

La instauración del Estado Liberal de Derecho fue fruto del antagonismo social entre la aristocracia y la burguesía, esta última como nueva clase emergente se preocupó que el nuevo Estado Nacional protegiese y asegurase sus derechos subjetivos, en tal sentido el principio de legalidad fue utilizado materialmente como: Instrumento de clasificación, disciplina y represión de su existencia condicionada por las estructuras sociales; en palabras de Foucault la

84 BERISTAIN, Antonio; *Derecho Penal y Criminología*, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1986.

85 DE RIVACOBAS Y RIVACOBAS, M.; *Hacia un Nuevo Concepto de Pena*, cit., p. 140.

burguesía se ha reservado la esfera fecunda del ilegalismo de los derechos⁸⁶. Y para este fin introdujeron en la legalidad penal el recurso a la disuasión o a la intimidación como un mecanismo opresor *ab initio* para someter a las clases desposeídas.

En una «Democracia Social Participativa», la pena ha de expresar un proceso dialógico que trasciende más allá de su estadio impositivo, por eso la pena es estudiada por los teóricos desde puntos de vista jurídico, filosófico, político, psicológico y teológico.

La imagen del Estado Social demanda la formulación de estrategias de recuperación social, no bajo la imagen de una prevención especial paternalista, sino de otorgar respuestas más racionales al delito, la pena, en tal sentido, como sistema de punición se encuentra en una grave crisis en virtud de sus efectos sustancialmente criminológicos.

La careta de la prisionización esconde la estructuración de la cárcel como Institución total o segregacionista, por lo tanto, la tendencia punitiva se dirige a una *racionalización de la respuesta punitiva* y para ello se necesita prescindir de una pena cuando razones de prevención especial así lo aconsejen, el axioma «tanta pena como sea necesaria»; cada vez cobra más realidad; mediante una retribución exclusivamente jurídica, tomando como único juicio de valor, a la culpabilidad, aquella siempre va a presuponer la imposición de una pena -a todos los hechos punibles sin excepción-.

Nuestro sistema de punición, incluye también las medidas de seguridad conforme al Sistema Vicarial, las medidas de seguridad no presuponen culpabilidad sino peligrosidad, entonces no es posible establecer un sistema de punición monologante, muy aparte del eclecticismo que implica su fundamento, no exagera BERISTAIN al calificar a BETTIOL, como un extremista, al pregonar este último, que el fin de la pena debe ser monodimensional: o retribución o defensa⁸⁷.

Nuestro sistema de punición nacional, proyecta normativamente un «Sistema Dualístico»: -medidas de seguridad y las penas; Considerarnos ante este estado de la discusión, que la retribución más que fin es un fundamento de pena, en consecuencia, siempre que se valore a la retribución como un fin asignado a la pena va a confrontarse eclécticamente con el programa preventivo de la pena⁸⁸.

86 FAUCAULT; Surveiller et punir; citado por GRACIA MARTÍN, LUIS; Prolegómenos para luchar por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del discurso de Resistencia. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, cit p. 189.

87 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 79.

88 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA al formular "Prevención versus retribución", cita a JESCHECK, quien señala que el principio de "prevención" mira hacia el futuro, hacia la peligrosidad del sujeto y la predisposición criminal latente de la generalidad. La pena es un resorte

Definitivamente, la proposición de DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA se sistematiza coherentemente en las siguientes palabras del gran penalista alemán EDMUNDO MEZGER: "No hay pena sin culpabilidad...", la pena no puede exceder la medida de culpabilidad"⁸⁹, en tal medida, ni la prevención general ni la prevención especial pueden exceder la culpa, aunque ésta última sí puede reducirla e inclusive prescindir de ella.

2. LAS TEORÍAS RELATIVAS

Las teorías «relativas de la pena», se alejan sustancialmente de los fundamentos de las teorías «retributivas de la pena», en tanto proponen fines valorativos, no remisibles a un normativismo, desenvuelto exclusivamente en campo jurídico, estas teorías asignan a la pena una función preventiva en relación con el colectivo o con el penado⁹⁰.

MIR PUIG anota, que mientras que las teorías absolutas, en su sentido estricto, parten de que la pena debe imponerse como postulado de justicia, sin que hayan de tomarse en consideración fines de prevención ulteriores, las teorías relativas fundamentan la pena en su necesidad para la subsistencia de la sociedad⁹¹, es decir, asumen como fin de pena la «preservación y el orden social de la comunidad».

Conducentes a utilizar la pena mediante fines utilitarios, la pena es legítima porque es útil. Doble fin: a) La intimidación de la colectividad mediante la amenaza de la sanción, es decir, disuadir a los autores potenciales mediante el "terror penal", frenando sus impulsos delictivos, lo que se denomina Prevención General Negativa; b) Estaremos frente a la Prevención Especial cuando el infractor es sometido a un tratamiento rehabilitador a fin de lograr su resocialización⁹².

para prevenir futuros delitos. El delito no es la causa sino la ocasión de pena. Tampoco su medida, porque no se castiga con arreglo a "lo que se merece" (al hecho cometido), sino según lo que se necesite para evitar hechos criminales. LEHRBUCH, cit., p. 45; *Derecho Penal - Introducción*, cit., ps. 126-12; siendo así, la pena justa y merecida únicamente puede fundamentarse mediante una concepción retributiva de la pena, pero lo justo, a veces no puede resultar lo adecuado para llegar a un determinado fin que rebasa la esfera de la juridicidad.

89 Citado por BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 88.

90 Así, DE FERNÁNDEZ al escribir que frente al retribucionismo jurídico se alinean las llamadas "teorías relativas de la pena", que definen una versión contrapuesta, asignándole una función preventiva a la sanción penal. En: *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 102.

91 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*; cit., p. 52.

92 Al momento de la determinación judicial de la pena, surge un problema al momento de combinar ambos fines, es decir cuando debe fijarse la pena dentro de un marco penal fijado por *quantums* mínimos y máximos, previsto para el tipo penal infringido, por ende, si

Para esta corriente penológica, la pena debe perseguir criterios utilitarios, por cuanto, la pena debe orientarse a prevenir delitos en el futuro, su legitimidad viene sustentada por su utilidad. En ese sentido, JESCHECK anota que es un medio o instrumento útil y necesario para prevenir la criminalidad. Por ello, no se justifica en sí misma, sino en cuanto cumple con eficacia el fin que la legitima: el control de la delincuencia⁹³.

La prevención se proyecta al futuro mediante un programa de evitación de delitos de *cara a futuro*, mientras que la retribución recoge el pasado en función al hecho humano enjuiciado, con fines exclusivamente de justicia. En la terminología de SÉNECA, no se pena quia *peccatum est, sed ne peccetur*⁹⁴.

Las necesidades preventivas se toman en relación a coyunturas sociales y a estructuras individuales, conforme a un ideal de justicia basado en el orden social, en su eficacia e instinto de preservación. Así, BENTHAM, un tenaz utilitarista, que apoyado en el criterio de la felicidad como arguye D. FERNÁNDEZ como principio fundante de la legislación y de la moral, él perseguía el intento de articular un sistema de penas no excesivas, y simultáneamente eficaces⁹⁵, las justificaciones utilitaristas son los medios justificadores que ven en la pena una utilidad hacia el futuro. El panóptico de BENTHAM se diseñó en un lugar externo, diverso del proyecto jurídico, un poder punitivo desvinculado de la formalidad del contrato, que desborda su carácter monopólico-institucional, es una pedagogía de la subordinación del hombre por el hombre⁹⁶ (una nueva idea de profilaxis social), un poder penal que en aras de la utilidad somete al delincuente a un castigo de fuerte dosis intimidante, de naturaleza aflictiva dirigida a propiciar respuestas positivas en la lucha contra la criminalidad, pues el orden social necesita de correctivos, así la pena cumple un rol ejemplificador y estabilizador del sistema.

Estamos, pues, ante un modelo vertebrado en torno al principio de utilidad, perfectamente congruente con el pensamiento vigente en la época. El propósito del castigo penal es salir al cruce de la decisión de los hombres, incor-

este momento es sometido únicamente a consideraciones de prevención general, aquello puede desembocar a una imposición de un grado de pena superior a la gravedad del contenido del Injusto típico, así como el grado de reproche culpabilista atribuible a su autor. De este modo, se podría ver vulnerado el pretendido programa resocializador, al subordinarse los fines de prevención especial por los de prevención general.

93 JESCHECK, H; LEHRBUCH; citado por PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 136.

94 Citado por MIR PUIG; cfr., cit., p. 53.

95 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*; cit., p. 102.

96 IÑAKI RIVERA BEIRAS; *Historia y Legitimación del Castigo - ¿Hacia dónde vamos?*. En: *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Coordinador y Colaborador: Roberto Bergalli. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 105.

porando al cálculo una suficiente expectativa de pérdida de dolor, eficaz, como para anular el atractivo de una posible ganancia⁹⁷, de manera que la pérdida de libertad del condenado se fundaba en expectativas, conforme al control y prevención del crimen en la sociedad.

Son utilitaristas y decisionistas de la «razón del Estado» desde MAQUIAVELO a CARNELUTTI, que proclaman el primado de la política no sobre la moral, sino sobre el Derecho, expresado en la voluntad suprema del príncipe o gobernante⁹⁸.

Las orientaciones prevencionistas se estructuran en referencia a dos elementos valorativos, bien por los miembros de una comunidad (prevención general) bien por aquel individuo que ya ha delinquido (prevención especial)⁹⁹; por lo tanto, atribuyen a la pena verdaderos fines sociales.

Se trata como señala PABLOS DE MOLINA, pues, de genuinas teorías sobre el «fin» de la pena -lo que no sucede con las teorías absolutas antes examinadas- que parten, también, de la idea de que la pena es un «mal», pero un mal más «necesario» que «merecido», para hacer posible la convivencia, para evitar la comisión de delitos (*punitur, ne peceetur*)¹⁰⁰.

Dicho lo anterior, las teorías relativas de la pena persiguen con la punición fines útiles, dirigidos a la obtención de resultados en la lucha contra el crimen, a fin de reducirlos e idealmente acabarlos de la faz de la Tierra.

Como ha señalado con corrección HASSEMER, los presupuestos de legitimación de la pena concebida relativamente, son de naturaleza empírica, y se sitúan en la frontera *out put*, en las consecuencias de la pena; si la amenaza penal, la imposición y ejecución de la pena son útiles para evitar perjuicios, conseguir bienestar y reforzar la justicia¹⁰¹.

97 MARI; *La Problemática del Castigo*, p. 95; Citada por D. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 103.

98 Así, FERRAJOLI LUIGI; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, cit.

99 DEMETRIO CRESPO; *Fin de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 63. En ese sentido DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, al esgrimir que la diferencia entre la prevención general y la especial, estriba en las vías que se utilizan y funcionalizan para llegar al mismo fin, que es la prevención de delitos. *Hacia una nueva concepción de la pena*, cit. En tanto que para ANTÓN ONECA la prevención se bifurca en dos amplios espectros: «es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, en el fondo un escarmiento en cabeza ajena; y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva. En: La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, discurso del curso académico 1944/1945. Universidad de Salamanca, ps. 9 y ss.

100 PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 136.

101 HASSEMER, Wilfried; *Fines de la Pena en el Derecho de Orientación Científico-Social*, En: *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Balletera, Universidad Autónoma de Barcelona, Edición de Santiago MIR PUIG.

En realidad las «teorías relativas» -tal como lo demostraremos en apartados posteriores-, encierran una ideología basada en el sometimiento de los comunitarios, hacia los fines del Estado, bajo la proposición de políticas totalitarias, que hacen un uso desproporcionado del *ius puniendi*, coartando libertades, penetrando solapadamente, sobre las esferas individualistas de los ciudadanos, una legitimidad que se ensombrece cuando se reflejan los verdaderos fines que encubren la mascarada preventiva.

Ambos fines utilitaristas («general» y «especial») son expresión del modelo de Estado que caracterizaba a la época de su elaboración e ideológica, a la prevención general le corresponde un Estado Liberal de Derecho que no contenía límites ante la arremetida de una pretensión expansionista del *ius puniendi* como instrumento asegurador de los derechos subjetivos de la burguesía, en tanto que a la prevención especial (segunda mitad de los siglos XIX y XX) proclama una doctrina que refleja las vocaciones autoritarias del Estado Dictatorial y de los regímenes totalitarios, en palabras del penalista chileno BUSTOS RAMÍREZ ambas concepciones implican, entre sí, una diferente concepción del Estado de Derecho, y naturalmente de ambas con el retribucionismo, sin perjuicio de encontrar desde esta perspectiva más semejanza entre el retribucionismo y la prevención general, que entre ésta y la especial¹⁰², sin lugar a dudas a este autor no le faltan razones en esgrimir tal hipótesis, pues la prevención general inclinada al «terror penal», encubre en realidad, un contenido meramente retributivo de la pena.

A las teorías relativas se les objeta desde distintos ángulos, desde la teoría del Estado, desde una cosmovisión fenomenológica y *ius naturalista*, pues desde los postulados kantianos se argumenta que el hombre no puede ser tratado como un mero medio para fines de otros, desde una perspectiva ético-social, escribe WELZEL que la sola justificación del fin no basta, ya que la finalidad como tal no santifica el medio, y no también como fin en sí mismo. La consideración del fin debe renunciar inevitablemente a una justificación moral, ya que considera al hombre sólo como medio, y no también como fin en sí mismo, vale decir, como persona ética¹⁰³, en tanto los fines utilitarios de la pena desconocen esa valoración interna (estructura lógico-objetiva) que guía la naturaleza intrínseca del individuo, en consecuencia, el fin de la pena no puede someter dicha estructura fenomenológica a designios meramente utilitaristas.

En resumidas cuentas, las teorías «preventivas», asumen los postulados de: intimidación, disuasión, corrección, pedagogía social y tratamiento, a fines de pura «justicia material».

102 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Tenis S.A. Bogotá-Colombia, 1986, p. 75.

103 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán - Parte General*, cit., p. 330.

2.1. Prevención General Negativa

En esta orientación penológica, es sabido que la prohibición penal tiene la función de disuadir, de orientar los comportamientos estableciendo sanciones jurídicas coactivas a todos aquellos posibles transgresores de la norma penal, es decir, se acude a las funciones «disuasivas» de la amenaza legal, contenida en el abstracto contenido de la norma jurídico-penal, como consecuencia jurídica¹⁰⁴.

Postulada esta formulación teórica por el penalista alemán VON FEUER-BACH¹⁰⁵, quien definía a la Culpabilidad, en términos «coactivos-psicológicos», consideraba necesario que el ciudadano sea intimidado psicológicamente a través de la amenaza de la sanción penal (función disuasoria), tal proposición teleológica de la pena desemboca irremediabilmente en el denominado «terror penal»; como bien afirma BETTIOL, la prevención general desprovista de todo ligamen con la idea de una justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal¹⁰⁶.

La «prevención general» se lleva a cabo a través de un efecto contra-motivador, psicológico, sobre la comunidad, sobre la criminalidad potencial o latente: bien mediante la conminación penal abstracta, bien mediante la ejecución de la pena en el delincuente concreto. El criminal debe ser intimidado, el ciudadano honrado debe ser fortalecido en sus buenos propósitos, el ciudadano dubitativo tiene que decidirse por el bien ante la amenaza y el miedo de la pena¹⁰⁷.

104 Así, D. FERNÁNDEZ, quien anota que la prevención general (negativa), en su versión clásica, esta teoría relativa de la pena apunta a la disuasión del delito por medio del temor, y en virtud de ello se la conoce también bajo el nombre de prevención general intimidatoria o negativa. En: *Culpabilidad y teoría del delito*, cit., p. 105.

105 Asimismo otros autores representantes de la Ilustración, como BENTHAM (utilitarista), HOBBS, ROMAGNOSI - "toda pena para ser necesaria debe ser justa", CARMIGIANI, FILANGIERI Y BECCARIA: "no hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repite como cosa", este autor postulador del contractualismo social para quien el poder legislador-criminalizador, no puede ir más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres, pues de otro modo la pena será "injusta por naturaleza", será un rigor innecesario que desvirtuará la ley penal, que provocará la corrupción en la sociedad, es el contrato social que legitima el orden político, por ello, la pena sólo es legítima en cuanto permite la cohesión social y conserva indisoluble el vínculo contractual, entonces, una pena que se imponga más allá de esos fines deja de ser justa y por lo tanto, es ilegítima. En tanto que para MONTESQUIEU "toda pena que no derive de la necesidad es tiránica", ambas posiciones de estos representantes de la justificación utilitaria, proponen una pena fundamentada en su necesidad, todo castigo que se aparte de dichos fines constituye un abuso y una perversión del poder político.

106 BETTIOL; citado por DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Hacia una nueva concepción de la pena*, cit., p. 79.

107 MAURACH-ZIPF; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 72-73.

La teoría de la prevención general se asienta sobre el efecto socio-pedagógico-comunicativo de la norma, las normas se estructuran semánticamente y se dirigen en abstracto hacia el ciudadano, conforme al pretendido designio de que se interioricen en su psique, a fin de que adecuen su proceder conductivo de acuerdo a lo establecido en la normativa, y para tal fin motivador recurren a la sanción punitiva como refuerzo innegable que despliega efectos puramente intimidatorios; se recurre entonces a la inhibición conductual de contenido psicológico.

GRACIA MARTÍN escribe que la prevención general, pues, se dirige anónimamente a la totalidad de los individuos integrantes del cuerpo social, y se orienta al futuro, a la evitación de la comisión de delitos futuros por cualquier miembro de la sociedad (*punitur ut ne peccetur*)¹⁰⁸.

Para VON FEUERBACH el Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho¹⁰⁹. De ahí que toda forma de lesión jurídica va a contradecir el objetivo del Estado. Es por eso que el Estado debe tener el derecho y el deber de hallar institutos por los cuales se impidan las lesiones jurídicas. Así VON FEUERBACH, quien sostiene que las instituciones jurídicas deben ser ineludiblemente coactivas, teniendo para ello la coerción física. Ahora bien, esta coerción física busca terminar con las lesiones jurídicas de doble manera. "Con anterioridad, cuando impida una lesión aún no consumada, lo que tanto puede tener lugar coerciendo con el fin de dar una garantía a favor del amenazado, como también doblemente en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica, con posterioridad a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición"¹¹⁰.

Sin embargo, tanto la coerción previa como la posterior resultan insuficientes; de ahí, que la coerción física no es suficiente para la protección de derechos irreparables, como para los reparables. Como la coacción física es insuficiente, existe la posibilidad de otra clase de coerción, que es la psicológica, de modo que exista una prevención general anterior a la comisión del delito. Y ello obedece a que las causas que llevan a delinquir a un hombre son de naturaleza psíquica (las pasiones y las tendencias conductivas).

En palabras de FEUERBACH "todas las contravenciones tienen una causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hom-

108 GRACIA MARTÍN, LUIS / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel / M. Carmen ALASTUEY DOBÓN; *Las Consecuencias Jurídicas de Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 57.

109 FEUERBACH, Paul; *Tratado de Derecho Penal común Vigente en Alemania*, cit.

110 FEUERBACH; *Tratado de Derecho Penal común Vigente en Alemania*, cit.

bre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que uno sepa que su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho¹¹¹.

Este autor, elabora conceptualmente su teoría del delito en base a un Injusto objetivo, donde la culpabilidad es el nexo psicológico con el injusto penal cometido, atribuido a su autor. Fundamenta así una culpabilidad de autor, donde el reproche culpable, se basa en sus tendencias conductuales, en su esfera interna, creyendo encontrar las causas del delito en su predisposición psíquica, impulsado por sus sentimientos internos y estímulos únicamente referentes en las fuerzas psico-motrices.

Por lo tanto para FEUERBACH toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante su amenaza, entonces no hay que mirar a la pena como una venganza, sino como un sacrificio indispensable para la común salud, como manifestación de una comunicación ejemplificante hacia los demás, la amenaza del mal mayor inhibe los frenos e impulsos delictivos de la colectividad.

Para FEUERBACH, en efecto, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como "coacción psicológica" en el momento abstracto de la tipificación legal. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal¹¹².

Para su teoría, el motivo por el cual existe esta ley y su aplicación es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos, mediante la cancelación del impulso sensual de los hombres dirigido a las lesiones jurídicas. La pena por lo tanto, tiene por objetivo intimidar a todos, como posibles o eventuales actores de lesiones jurídicas.

Pero, por otro lado, esta «prevención general», por la intimidación, tiene por objetivo la aplicación efectiva de la sanción legal, ya que de lo contrario, la conminación quedaría hueca.

Bajo otros términos, amén de neutralizar los impulsos delictivos que llevan a los individuos a cometer lesiones jurídicas, el Estado conmina con pena el acto ilícito por un lado y por otro hace efectiva una vez que se ha ejecutado el acto. Es decir, la pena se encuentra conminada legalmente en abstracto con el fin de disuadir a los autores potenciales, y en concreto, cuando finalmente a través de un procedimiento se efectiviza la amenaza legal, recayendo efectivamente en la persona del autor.

111 FEUERBACH; op. cit.

112 MIR PUIG. S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 53.

Conforme lo anotado, la conminación legal en abstracto de la pena, desplegaba una función de especial relevancia, como un enlace comunicativo de naturaleza normativa con los ciudadanos, a fin de que se interiorice su contenido y paralice así todo esfuerzo psicológico dirigido a la actividad delictiva, entendido como una especie de dique de contención ante la pureza de la fuerza psicológica de la norma.

El impedimento delictivo, la inhibición del impulso antijurídico venía precedido por la disuasión del acto antijurídico a través de la amenaza de un mal mayor, en este caso la pena, que inclinaría la decisión hacia el derecho, en tanto que la ejecución penal tendría por fin no la evitación, de que el condenado volviese a cometer delitos en el futuro, sino que los posibles agentes infractores se sientan intimidados ante una sanción de naturaleza tan aflictiva como la pena, por ende, la individualidad es sometida a la sanción en razón de beneficios sociales en términos de estabilización -tanto social como jurídica-.

Una punición -así entendida-, proyectada sobre el fin disuasivo a la colectividad, importa una exasperación continua de los marcos penales, el ajuste progresivo y permanente de la sanción punitiva, que en su cometido intimidante no tiene límites, por lo que fácilmente puede alcanzar la sanción de penas draconianas, como la pena de muerte y la pena de cadena perpetua; ante una mayor demanda de penalización, un legislador atento al reclamo ciudadano, será muy proclive a elevar sustancialmente los marcos penales, tal como sucede en la realidad peruana.

Otro autor reconocido como utilitarista es BENTHAM, de fundamento empírico-social en el campo de las justificaciones, y de una teoría radicada en el máximo bienestar posible de la sociedad. Se propone encontrar cierta escala, con arreglo a la cual puede ser descubierto el valor de aquel modo de proceder conveniente para el bienestar del agente mismo y de la comunidad en la que él pertenece, en parte en sí, en parte en relación con otras conductas, y BENTHAM desenvuelve en su tabla de valores y disvalores, con amplia visión de las relaciones tanto individuales como sociales, un esquema del balance del placer y displacer para el cómputo de las consecuencias provechosas y nocivas de las actividades e instituciones humanas¹¹³, entonces el Derecho -como institución humana- debe ser útil en cuanto se dirige a regular las conductas humanas conforme a la moral social, mediante la opresión de la individualidad se alcanza un máximo de provecho para el colectivo. Por lo tanto, en la sanción penal -como fundamento de la acción moral- se busca sólo en consecuencias que reportan para el provecho del prójimo. D. FERNÁNDEZ escribe que en BENTHAM, la pena se

113 WILHELM WINDELBAND; *Historia de la Filosofía (V - Filosofía del Iluminismo)*, Versión española e índices analíticos por Francisco Larroyo. Antigua Librería Robredo - México, 1943, ps. 167 y SS.

conecta íntimamente con la dañosidad social del delito al cual ella accede. La pena es una respuesta, cuyo único fundamento legitimante radica ya no en la retribución, sino en la utilidad social, es decir, en la prevención general del delito¹¹⁴, la acción criminal contradice la moral pública, pues en tal sentido la pena se dirige a evitar, mediante sus efectos intimidantes, la producción de delitos en el futuro, la ejemplificación del castigo en este sistema sirve por su eficacia e utilidad social: «la máxima utilidad posible que asegure el orden social para la colectividad mediante el castigo al infractor».

La sanción de las exigencias éticas reside en la legislación del Estado y de las costumbres sociales, dictadas con vistas al principio de la utilidad, y el motivo de la obediencia en que el particular participa de tales beneficios¹¹⁵; declaración, que evidencia que estas teorías la confusión entre Derecho y moral, pues si la legislación era expresión de los valores morales, la pena estatal desbordaba irremediabilmente, el campo estrictamente jurídico, en tanto no era proporcional al injusto y conforme a la culpabilidad, sino en razón de los fines ético-sociales asignados a la sanción de efectos puramente utilitarios; en otras palabras dicho: *-el fin justifica los medios-*.

En la argumentación filosófica utilitarista, sólo cabe un Estado Liberal pero de corte expansionista, donde los fines del Estado, en este caso la lucha legal contra el crimen está orientada únicamente a la prevención general de delitos, un sistema de punición que desemboca indefectiblemente en una represión estatal sin límites jurídicos.

En palabras de BUSTOS RAMÍREZ, al igual que el retribucionismo, la teoría de la prevención general marca el esfuerzo de los pensadores de la época por pasar de una concepción del Estado absoluto a una del Estado de derecho¹¹⁶. Mientras que en el caso del retribucionismo, tal tipo de planteamientos aparece cargado de jusnaturalismo, de una imposible distinción entre ética y derecho, en el caso de la prevención general dominan las corrientes racionalistas utilitarias laicas¹¹⁷:

114 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 105; así, M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTON; *"La utilidad de la pena deriva de su aptitud como instrumento de prevención general, que se realiza tanto a través de la amenaza de la pena, cuanto por medio de su efectiva ejecución"*; *Derecho Penal. Parte General* 5ta. edición corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 816.

115 WILHELM WINDEL BAND; *La Filosofía del Iluminismo*, cit., p. 168.

116 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 76; así, DE RIVACOB A Y RIVACOB A *"...que en la creación del Derecho Penal liberal jugó un papel fundamental la idea de la prevención general, en tanto que los máximos representantes del pensamiento penal en la primera mitad del siglo XIX, época de indubitable aspiración y significación liberal, fueron en su mayoría decididos partidarios de la prevención general"*, ob. cit., p. 76.

117 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 76.

A nuestro entender, las concepciones «utilitarias de la pena» encerraban una dirección política-autoritaria, donde la sanción penal hacía las veces de un correctivo de orden social destinada a asegurar las libertades del colectivo y de la seguridad estatal.

A. Apreciación Crítica de la Prevención General

La teoría de la prevención general propone una instrumentalización del hombre por el hombre bajo fines sociales, de asegurar mediante la amenaza legal el mantenimiento del orden social; en tal entendido, una crítica desde una filosofía KANTIANA, es que el individuo no debe ser utilizado como medio para realizar las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas¹¹⁸; la pena así concebida -dice ROXIN- convierte al hombre en "medio" al servicio de otros fines, en objeto de fines preventivos¹¹⁹, entonces, al agente no se le castiga en proporción al daño cometido y según su culpabilidad, sino para servir de ejemplo a los demás, para que aquéllos no delincan¹²⁰.

BINDING pronunciándose acerca de la ineficacia de la prevención general, cita al Juez inglés BURNETT "Hombre, tú no serás ahorcado por haber robado un caballo, sino para evitar que en lo sucesivo se roben caballos"¹²¹; proposición penológica vulnera la dignidad humana y desconoce al mismo como portador de derechos, el hombre es sujeto de las políticas del Estado y no puede ser instrumentalizado en sus relaciones con el derecho, la pena no puede ser entendida como un mero método coactivo de fines utilitarios, aquella colisiones con la idea de una justicia a la medida de la juridicidad.

Contra la prevención general cabe oponer -como dice MIR PUIG- que, sin el freno de la proporción de la gravedad del delito, llevaría a extremos inadmisibles¹²², una tendencia al terror estatal¹²³, a expandir peligrosamente las redes de represión penal, la imposición de la sanción va a estar condicionada por las necesidades de prevención general del sistema social, considerado como colectivo de carácter instrumental.

118 BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., p. 77.

119 ROXIN, Claus; *Problemas Fundamentales del Derecho Penal (Sinn und Grenzen)*, cit., p. 10.

120 Así, WELZEL al analizar las teorías preventivas generales "Ambas teorías, deben medir la gravedad de la pena, no en base a la culpabilidad, sino de acuerdo con la intensidad del impulso a ejecutar el hecho, y, en vista de que la conminación de la pena y la sanción ejemplificadora deben detener ese impulso al hecho, tienen que fijar el mal de la pena lo más alto posible"; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 331.

121 Citado por DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*; cit., p. 80.

122 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., ps. 53-54.

123 Así, ROXIN, C; *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 9.

Como anota CEREZO MIR, "Un Derecho penal basado en la prevención general, aún no concebida ésta como mera intimidación, daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometan con mayor frecuencia y, por ello, se llegaría fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito¹²⁴. De esta afirmación se deriva la consecuencia inevitable, que el grado de la sanción no será proporcional al injusto cometido y al grado de culpabilidad, sino para prevenir la frecuencia de su realización delictiva y debilitar psicológicamente los impulsos delictivos, es decir, en aquellos delitos que con mayor frecuencia se cometan, se deberá aumentar con mayor severidad los marcos penales a fin de ejercer un mayor control de la delincuencia, sin importar, una lesividad mínima de su contenido antijurídico.

Dicho lo anterior, delitos de mínima significancia, en razón de su mayor frecuencia delictiva serían severamente castigados en aras de evitar su frecuencia delictiva¹²⁵.

La prevención de delitos a partir de la idea de la inhibición del estímulo delictivo, conforme a la amenaza de la sanción es *per se* empíricamente demostrable¹²⁶, esta discusión como señala PABLOS DE MOLINA discurre en el ám-

124 CEREZO MIR; *Derecho Penal. Parte General*. 5ta. edición, p. 21.

125 Así, MIR PUIG, al apuntar lo siguiente: "Piénsese en las consecuencias que una prevención general sin límites podría tener ante la actual realidad de la levísima sanción social contra el aborto y la enorme cifra oscura de este delito: la pena de este discutido delito sería, lógicamente, elevada en exceso para contrarrestar la falta de arraigo de la prohibición del aborto en la colectividad. Ello sería inadmisibles para un derecho penal democrático"; cit., p. 54; el delito de aborto más que fundamentarse en una lesividad social, viene sustentada en la necesidad de preservar un *minimum* ético-social, en el caso de la mujer que causa su propio aborto o consiente que otro lo produzca, el derecho penal conlleva a un desgaste innecesario, pues la vida del nasciturus entra en conflicto con otros bienes de altísimo valor en el Estado de Derecho, como la libertad, el libre desarrollo a la personalidad y el derecho a la intimidad de la gestante. La inútil represión trae como consecuencia la práctica clandestina de los abortos en lugares clandestinos, que realizan las maniobras abortivas en lugares y condiciones desprovistas de salubridad, poniendo en riesgo la vida y salud de la gestante; como señala LÁNDROVE DÍAZ, esto ha provocado un desgaste del Derecho Penal, entonces, más allá de prevenir estos delitos, la sanción punitiva únicamente dirigida a fines de prevención general ha generado una mayor cifra negra de la criminalidad, una represión indiscriminada que en nada ha favorecido a disminuir la comisión del delito de aborto, porque no se atacan las raíces extralegales del problema.

126 Así, GRACIA MARTÍN al cuestionar la eficacia de la prevención general su finalidad de evitar la comisión de delitos en el futuro: "...Aparte de que es dudoso que la pena despliegue de hecho, es decir: realmente, ese efecto dado que no existe ninguna verificación empírica fiable acerca de la eficacia de la misma desde el punto de vista de la prevención general, creo que esta idea no puede por sí misma legitimar la imposición de una pena". Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, cit., p. 57. Así D. FERNÁNDEZ "Finalmente, la prevención general predica efectos sociales no demostrados o, más bien, un panorama ficticio, irreal, que contrasta con los datos constantes de la investigación empírica"; Culpabilidad y Teoría del Delito, cit., p. 109. Al respecto NILS CHRISTIE escribe que "La teoría (refiriéndose a la prevención general) se atribuye validez empírica, al igual que

bito psicológico, se reprocha a la teoría de la prevención general su simplismo y su "falta de imaginación" por la forma en que concibe el proceso anímico de deliberación del infractor y el efecto contramotivador atribuido a la norma jurídica¹²⁷, su defecto teorizador proviene de una concepción psicológica de la culpabilidad en sentido determinista, de concebir a la culpabilidad como un proceso de interiorización en la mente del individuo, conforme al contenido de la norma, que guía y orienta su accionar exterior en la sociedad, una teoría psicológica ampliamente superada, a partir de una concepción normativista y de contenido material, se concibe a la culpabilidad como todo un proceso motivador, si bien de naturaleza normativa -tomando en cuenta todo el proceso de socialización y de culturización del individuo-, de acuerdo al rol social que el individuo asume en el sistema social de acuerdo a su estructura psicosocial, entonces los déficits motivacionales rebasan el marco estrictamente filosófico, más bien tienen su origen en falencias estructurales de la propia dinámica del sistema social a partir de procesos de exclusión y de desigualdades en la distribución de la riqueza, este fenómeno propicia amplios márgenes de conflictividad social, pues el estructural funcionalismo basado en el consenso e integración social -de base material e ideológica- proponían más que seres humanos, seres autómatas al margen de su estructura humana, o sea imperfecta.

Convenimos, por ende, que en una sociedad como la nuestra, de nítidas carencias estructurales y materiales definidos por las desigualdades sociales, importaría una proposición carente de toda razonabilidad, establecer que la criminalidad encuentra su herramienta de contención, a partir de una agravación sustancial de los marcos penales -de la disuasión normativa-, aquellos criminales de *ciertas tendencias conductivas*, v.gr., «habituales» y «reincidentes», no se disuaden en lo más mínimo con la proyección del *punitivismo*; ejemplo se observa en el agente terrorista, aquellos autores que fundamentan su accionar ilícito en una determinada ideología política, comportan agentes delictivos por convicción, donde el terror penal propuesto en la pena no despliega efecto contramotivador alguno¹²⁸.

se le atribuía al tratamiento. Pero es un asunto mucho más difícil de investigar. En primer lugar, hasta sus conceptos básicos están vagamente delimitados. La imprecisión dentro de este campo está ampliamente ejemplificada por el simple hecho de que los conceptos clave, "prevención general" y "disuasión", se usan de modo intercambiable en la mayoría de publicaciones, y por lo tanto también en la mayoría de las publicaciones... Además, hojeando la literatura, podemos ver cómo todo, desde la actividad policíaca hasta la horca, puede clasificarse como estímulos en un sistema de prevención general o disuasión. En general, creo que es justo decir que todos los elementos que podían concebirse en un control social formal también podrían clasificarse como elementos de la prevención general". En: *Los Límites al Dolor*, cit., ps. 37-38.

127 ANTONIO GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 141.

128 En nuestra legislación positiva, la dación de los Decretos Legislativos N°S 895, 896 y 897 (Ley de los delitos agravados y de terrorismo agravado), posteriormente declarados

Qué se podría decir, de los delincuentes pasionales y del criminal por emoción violenta, donde la pasión y la emoción desbordan su racionalidad y lo convierten en un ser instintivo, la excitación aguda inhibe los frenos delictivos y el individuo se encuentra en un estado anormal de motivación normativa¹²⁹; asimismo, la criminalidad sexual en nuestra sociedad, refleja un mayor índice delictivo en los asentamientos humanos, en los lugares donde se observan mayores carencias materiales, donde la insatisfacción y las defraudaciones personales desembocan en la afloración de las pasiones más sórdidas, el incesto es una práctica cotidiana en familias atestadas y donde el alcohol y la droga son elementos que agitan la perversión y degradan el ontologismo humano.

Mediante el Decreto Legislativo N° 896 (Ley de los delitos agravados) se incrementó sustancialmente los marcos penales en los delitos sexuales, sancionándose con pena de cadena perpetua los supuestos delictivos previstos en los artículos 173° y 173°-A, tendencia represiva que no ha significado una resulta

inconstitucionales, para nada significaron una reducción sustancial de la violencia cotidiana criminal, menos su erradicación total, son *per se* delincuentes que han perdido todo efecto motivacional de la norma, son aquellas personas que comprenden el aglomerado denominado por JAKOBS (...) como un "Derecho Penal del Enemigo", son personas que han abandonado el Derecho y con ello el *status* de ciudadano, grupos sociales dedicados a actividades inequívocamente delictivas, ab initio criminales. Sus notas distintivas son: habitualidad, profesionalidad y pertenencia a asociaciones delictivas, aquellos representan un peligro real a los principios mínimos de convivencia de una sociedad democrática sujeta a la legalidad que emana del Estado de Derecho. En cuanto a la formulación de un Derecho Penal del Enemigo (Feindstrafrecht), no podemos considerar que desde la perspectiva de un Derecho Penal democrático, pueda formularse la relativización que pretenda desarraigar a unos ciudadanos "peligrosos" de las garantías formales y materiales del derecho punitivo, o como VON LISZT definía de un modo opuesto, en razón de la denominada "Charta Magna del delincuente", de conformidad con aquello vamos a realizar una descripción ontológica creando ciudadanos de segunda clase, opuesto a cualquier régimen enmarcado en la tutela de los derechos fundamentales y de pleno respeto a la dignidad humana. Al respecto nuestra posición, se endilga en la necesidad de estructurar, formal y materialmente, un "Derecho Penal del Ciudadano" (Bürgerstrafrecht), que pueda recoger todas las esferas existenciales que se reputan como necesarias para el mantenimiento de los ámbitos portadores de derechos -individuales y colectivos-, y de ejercer, la pretensión represora de conformidad a ligámenes jurídicos engarzados con los fines de la pena. De conformidad con esta previsión limitadora, es que puede sujetarse el Derecho Penal a los postulados políticos e ideológicos del Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene como máxima fundamental el principio de igualdad constitucional que tiene por función principal eliminar el proceso de clasificación criminalizadora: el asunto entonces, no es despojar de las garantías a las clases socio-económicas poderosas, sino de extender ese régimen de garantías a las clases desposeídas.

129 Así, ROXIN al señalar que la teoría de la prevención general desconoce -o prefiere ignorar- que la inaccesibilidad del sujeto a la motivación es un hecho cierto en determinados supuestos (vg., delincuentes habituales y profesionales, criminales impulsivos, etc.); y que, al parecer, la eficacia disuasoria de la pena es muy cuestionable en los delitos contra la vida y la honestidad de particular gravedad. En: *Problemas Fundamentales del Derecho Penal (Sinn und Grenzen)*, cit., p. 10.

disminución de la frecuencia comisiva de estos delitos¹³⁰; como es de verse de la sanción de la pena de cadena perpetua, incluida mediante la dación del Decreto Legislativo N° 895, marcando la pauta sancionadora en el ámbito del «Derecho Penal Nuclear».

Asimismo, qué diríamos del buen ciudadano que no necesita de coacción psicológica alguna para respetar los bienes jurídicos de terceros, quien ha desarrollado su personalidad bajo patrones morales de conducta estrictamente definidos.

Dicho de otro modo: que, aun cuando resulte paradójico, la teoría de la prevención general no está en condiciones de fundamentar la pena precisamente en los casos más graves y preocupantes¹³¹ en aquellos casos la represiva penalidad es considerada como una sanción nominal de efectos únicamente simbólicos. Pues de aceptar la finalidad preventiva de la pena se sigue que cuanto más pena, o sea, cuando las penas revistan mayor gravedad, más eficaces efectos preventivos surtirán, pero a la vez, con una preocupación de clara raíz liberal por no aniquilar al individuo ni avasallar su dignidad y en un ademán evidentemente contrapuesto a lo anterior, se procura evitar las más extremas consecuencias lógicas de la prevención, esto es, el incremento de la pena, sin ningún otro miramiento que el de su utilidad, hasta el punto que en cada situación sea necesario para que cumpla su mentada finalidad¹³².

La acepción de una prevención general sin límites esconde en su faz un contenido meramente «retribucionista», bajo esta concepción se justifica la imposición de la pena de muerte y la pena de cadena perpetua. De algo todos los teóricos y prácticos son coincidentes: «las penas no han llegado nunca ni llegarán jamás a impedir que se delinca», el incremento general de las penas no logra rebatir la tasa de la delincuencia¹³³, en una sociedad tan imperfecta como la de los hombres, el delito no es una anomia, sino una disfunción social que se produce por la propia naturaleza del ser humano, son defectos estructurales que toman lugar en el seno de toda sociedad.

130 Lo que sí se ha logrado es reducir sustancialmente la cifra negra de la criminalidad, a partir de la sanción de la Ley N° 27115 del 17/05/1999, todos los delitos comprendidos en el Capítulo IX del Código Penal pasan a ser perseguibles por acción penal pública, es decir, en razón al grado de ofensa al bien jurídico tutelado y la naturaleza del injusto, así como a necesidades protectoras hacia la víctima, se le confiere la potestad persecutoria al titular de la acción penal, aquello afianza sobremanera el fin preventivo del Derecho Penal. A más detalles ver: *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*, PEÑA CABRERA, A.R., IDEMSA, Lima-Perú, 2008.

131 ROXIN; *Problemas Fundamentales del Derecho Penal (Sinn und Grenzen)*, cit., p. 10.

132 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*, cit., ps. 79-80.

133 PÉREZ MANZANO; *Culpabilidad y Prevención*. ps. 228-229.

Ante la coyuntura actual, donde la realidad social viene asumida por una violencia estructural de escalas desbordantes (violencia, riesgo y amenaza como fuente de percepción cognitiva), los miembros de aquélla, demandan mayores respuestas al delito en razón de la inseguridad ciudadana que se percibe como manifestación vivencial, se demanda entonces una represión más severa contra la criminalidad, demanda que finalmente es acogida por el legislador -quien en su afán de protagonismo político-, procederá a afianzar su poder extendiendo sustancialmente las redes de represión penal.

La inseguridad ciudadana, como un sentir de la población ante el incommensurable crecimiento de la delincuencia común, provoca siempre un aumento de la *respuesta punitiva sancionadora*; la utilización de la prevención general negativa como medio adecuado para tranquilizar a dichos sectores de la sociedad a través de la poderosa red de información y comunicación social, bajo este estadio situacional la estrategia punitiva avasalla los fundamentos generales del Derecho penal, lo que ha venido a denominarse como una politización de la norma penal.

Finalmente, desde la teoría del Estado se ha criticado a la prevención general, que su formulación sin límites significa una política expansiva del Derecho Penal, que no se coloca un dique de contención ante una pretensión punitiva expansionista del Estado.

En otras palabras, escribe MIR PUIG, se critica a la prevención general porque lleva a la prevención demasiado lejos¹³⁴, su ausencia de límites propios y la imposibilidad de trazar criterios que precisen los presupuestos de la intervención penal si se parte de este solo concepto¹³⁵.

La finalidad es finalmente lo gravitante, el de obtener resultados eficaces en la prevención de delitos, el utilitarismo desemboca siempre en una vulneración sistemática de los derechos fundamentales, en una política penal sin límites caracterizados por regímenes totalitarios y dictatoriales. Expresado de otro modo, como argumenta D. FERNÁNDEZ: si el fin justifica los medios, entonces, la prevención justifica también la pena. La utilidad reemplaza a la retribución; la razón social -convertida en razón del Estado- legitima con holgura la intervención punitiva¹³⁶.

En palabras de WELZEL mediante la ejecución ejemplarizadora de la pena; así la práctica de la Edad Media hasta el Iluminismo y en los últimos tiempos, la de los Estados totalitarios: la ciudadanía debe ser intimidada mediante la eje-

134 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. cit., p. 55.

135 PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 142.

136 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 110.

cución pública de las penas de muerte o corporales, o mediante la divulgación propagandística de publicaciones sobre castigos ejemplares¹³⁷.

La prevención general sustenta su arquetipo preventivo en utilizar desmedidamente al individuo como un medio de ejemplificación en el control de la criminalidad¹³⁸; como lo destaca BUSTOS RAMÍREZ desde un punto de vista exclusivamente garantizador ético, resultan cuestionables los medios utilizados, el miedo (la coacción psicológica) y la instrumentalización de la persona humana, piedra fundamental de un Estado de Derecho¹³⁹, el sistema penal tiene por objeto lastimar a la gente, no ayudarla o curarla. Imponer el dolor para favorecer los intereses de otras personas¹⁴⁰, intereses que en realidad son los intereses del sistema de control penal.

Asimismo el grado de pena se calcula no en proporción a la gravedad del injusto penal cometido, sino en razón de los cometidos utilitaristas del Estado, con ello se pierde la garantía de la pena justa según la culpabilidad del autor, de tal forma, se deslegitima la justicia material, en tanto vulnera las garantías mínimas del «Estado de Derecho».

La conminación penal sin límites -lejos de disuadir e intimidar al colectivo—genera la deslegitimación del poder punitivo ante la sociedad, lo cual desfavorece los fines de la justicia y desintegra las bases comunitarias de la sociedad; la descrédito del Derecho penal obedece a la vulneración de los tres principios básicos -que legitima su intervención en el ámbito de las libertades fundamentales-: «legalidad», «materialidad» y «culpabilidad»; con ello se pierde la esencia sustantiva y de *ultima ratio*, que ha de preservar siempre el derecho punitivo.

Las doctrinas de la prevención general no aseguran criterios de justicia ni limitaciones externas que frenen la tendencia al Derecho Penal Máximo¹⁴¹.

137 WELZEL H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 331.

138 Así, NILS CHRISTIE criticando al sistema penal dirigido al control de la delincuencia mediante la disuasión (prevención general): "...Es como si la meta del sistema de control de la delincuencia fuera controlarla. Esto no puede ser así. Dicho en otras palabras: si la prevención general o disuasión hubiera sido la meta principal de la operación, el sistema de control de la delincuencia debería haber sido construido en una forma muy diferente de la que encontramos en nuestros países. Si la meta del castigo fuera a crear conformidad, el sistema de control de la delincuencia acaso no hubiera tenido que esforzarse para controlar esos delitos que percibimos como crímenes graves en nuestra sociedad". En: *Los Límites del Dolor*, cit., ps. 44-45.

139 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 81.

140 NILS CHRISTIE; *Los Límites del Dolor*, cit., p. 48.

141 Así, FERRAJOLI, Luigi; *Teoría del Garantismo Penal*, cit.; asimismo, PABLOS DE MOLINA al escribir que: "Todo ello, con las inevitables consecuencias desfavorables para el sistema legal de una respuesta al delito que no guarda la adecuada y justa proporción con la gra-

Sin embargo, la crítica no puede llevarse a una interpretación sesgada de la idea preventiva de la conminación legal, la prevención es necesaria en una sociedad proclive al delito que necesita de mecanismos conminatorios dirigidos al reforzamiento del derecho; no obstante, convenimos que la «prevención general», necesita de límites y estos límites vienen definidos por la pena justa de conformidad a la gravedad del injusto y al grado de reproche individual.

Respetados los límites necesarios -como dice MIR PUIG- parece difícil negar que la pena se justifica por la necesidad de prevenir los delitos, apelando antes que nada, a la coacción psicológica¹⁴².

B. La Prevención Especial

a. Antecedentes Históricos

Los planteamientos de la prevención especial se remontan a épocas muy lejanas, elaboradas por los autores pertenecientes a la época gloriosa del «Iluminismo».

Su esfuerzo más reconocido se le relaciona con su posición ideológica que se engarza con las raíces del nuevo Estado de Derecho, una nueva posición, que se sustenta en fuertes raíces ideológicas y políticas; a tal efecto, la «prevención especial» irrumpe en el saber jurídico-penal, de forma seguida de las teorías retribucionistas y de la prevención general.

Una punición orientada a la disuasión, es una perversión del sistema penal, que desconoce los valores intrínsecos de una justicia dirigida a la protección del ser humano, mas no a la aplicabilidad de su sufrimiento en aras de fines utilitarios.

Son varias las corrientes doctrinarias que se adscriben a este planteamiento penológico, como el Correccionalismo en España, la Escuela Positiva en Italia, la dirección Político-Criminal en Alemania propuesta por su más insigne representante VON LISZT y la Defensa Social propugnada por MARC ANCEL en Francia, derivado de las ideas que se gestaron en el seno del Centro Internacional de Estudios de Defensa Social fundado por GRAMATICA en Italia¹⁴³.

vedad de éste (percepción social negativa, muy negativa, del sistema de justicia criminal, desacreditación y deslegitimación del mismo a los ojos del ciudadano, deterioro progresivo de la virtualidad intimidatoria de sus normas y de la propia efectividad del mismo, etc.); En: *Tratado de Criminología*, ps. 886 y ss; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 143.

142 MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 55.

143 Dentro de las diversas doctrinas de la prevención especial se comprenden: los moralistas de la enmienda, los naturalistas de la Defensa Social y las teleológicas de la diferenciación de la pena; fijan su orientación a los delitos como reos y no como hechos, distinguiéndolos por sus características personales.

Su fundamento, como anota BACIGALUPO, siempre ha sido el mismo: la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico, por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo¹⁴⁴.

Las crisis producidas durante el siglo XIX (Revolución Industrial, guerras externas e internas) así como las manifestaciones sociales que expresaban una disfunción en la articulación de los roles ejercidos por los miembros de una determinada comunidad social exigían una redefinición de las *funciones jurídico-estatales*; dentro de este abanico de funciones se vislumbraba la necesidad de reformular la política criminal, es decir, cambiar el rumbo del derecho penal en su combate contra la criminalidad.

La expansión de las ciudades, las crecientes migraciones del campo a la ciudad, la industrialización de la economía, generó la aparición de grandes capitales que se transformaba en la creación de grandes empresas transnacionales trajo a colación la aparición de nuevas formas criminógenas, lo cual obligaba al Estado a penalizar nuevas conductas humanas, ante las exigencias de una sociedad que demandaba una mayor intervención de las agencias estatales para frenar y neutralizar la creciente criminalidad emergente.

Esta reformulación político-criminal se tradujo en una mayor intervención del Estado en un mayor ámbito de esferas sociales, incluso en algunos ámbitos no merecedores de tutela penal.

Como expone BUSTOS RAMÍREZ, el hombre no puede concebirse ya como un ser bueno y libre por naturaleza, sino por el contrario sujeto a determinaciones¹⁴⁵. Y estas determinaciones vienen definidas por las clasificaciones que se estructuran a través de las ciencias antropológicas; en tal virtud, al transgresor de la norma no se le juzga por el hecho punible cometido, sino por razones antropológicas y biológicas (tipológicas), por ostentar una personalidad perversa, con un alto grado de prognosis de *peligrosidad* y de antisociabilidad.

Según la situación descrita, la sociedad debe ser defendida como víctimas potenciales ante estos agentes peligrosos, para tal efecto, resulta necesario separarlo y segregarlo absolutamente del ámbito social al cual pertenece a fin de rehabilitarlo si es que es aún posible y de evitar que lesione bienes jurídicos ajenos; se formula una especie de política criminal «defensista» de la sociedad,

144 BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpresión. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1996, p. 14.

145 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1996.

pues estos agentes delictivos contradicen los principios mínimos de convivencia social, disfuncionan el sistema y sus patrones morales predefinidos.

En tal sentido, la retribución resulta inadecuada, pues se supone destinada a un ser libre e igual por naturaleza, lo que es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un peligroso social¹⁴⁶.

En síntesis, la prevención especial formula su programación teórica dirigiéndose a la individualidad, es decir, a la prevención de delitos en el futuro, no en relación a la intimidación de la colectividad sino en función de la persona del delincuente¹⁴⁷, a través de la pedagogía de la enmienda. Se trata de evitar por tanto, que quien ya infringió la ley penal, vuelva a hacerlo en el futuro¹⁴⁸, entonces haciendo un paralelismo con las teorías de la prevención general, el estadio ejecutivo de la pena cobra singular importancia, pues es aquí donde se depositan los intentos preventivos de la pena.

146 La teoría retributiva elaboro su explicación teórica, en una culpabilidad basada en una libertad moral, denominada "libre albedrío", pues el hombre siendo libre comete un acto delictivo, por lo tanto pierde el derecho a continuar en libertad. El libre albedrío ha sido refutado hace ya varias centurias en virtud de su carácter indemostrable y metafísico, más ligado al campo de la fenomenología y de los valores internos inter-subjetivos; el Positivismo de cierta forma continúa su explicación criminológica circunscribiéndose en la persona del delincuente tal como lo hicieron la vertiente Antropológica (LOMBROSO y FERRI así como su vertiente psicológica, reposaba su estudio en base a las características en la estructura psico-somática del delincuente, en definiciones tipológicas sistematizadas en grupos de delincuentes que presentaban características comunes en dicha estructura. Por lo tanto, el delincuente era considerado un ser asocial o un enfermo social, al cual se debía segregar de los demás miembros de la sociedad. Así también, SAUER al escribir que si el derecho en general tiene una estructura teleológica y la idea de fin, precisamente, es la que le da fuerza generadora al derecho, la pena no puede contentarse nunca con un perfil retributivo, de devolución sinalagmático de males y mera expiación de la culpabilidad; *Filosofía jurídica y social*, ps. 266-267; citado por D. FERNÁNDEZ, Culpabilidad y Teoría del Delito, cit., p. 111.

147 Así, MIR PUIG; al escribir que: "A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder del delincuente: la pena persigue, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir; Introducción a las Bases del Derecho Penal, cit., p. 55; para GRACIA MARTÍN, la pena se justificaría también por la prevención de delitos futuros (*punitur et ne pecetur*), pero en este caso la idea se refiere únicamente a la persona del delincuente concreto que se le impone la pena; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 59. En palabras de WELZEL las teorías preventivas especiales pretenden conseguir la prevención de delitos mediante una actuación sobre el recluso. En vista de que la efectividad individual del medio utilizado depende de que se adapte a la personalidad del autor, estas teorías deben individualizar: intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente habitual corregible y hacer inofensivo al incorregible; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 332.

148 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 151.

La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena¹⁴⁹.

El sentido preventivo de la pena no se encuentra en la norma en abstracto, sino aquella se sostiene en un tratamiento individualizado, de acuerdo a las particularidades y circunstancias particulares del penado, por ende, el quantum de pena deberá ser proporcional a las necesidades de rehabilitación del condenado, el fin es evitar la reincidencia y la habitualidad delictiva -que el penado no vuelva a delinquir de cara a futuro-¹⁵⁰.

La «prevención especial» se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto y se orienta a su eliminación, de modo que desaparecida o disminuida al máximo aquella peligrosidad, el ordenamiento jurídico estará asegurado frente a ese individuo¹⁵¹.

Esta teoría postula la necesidad de la pena, no en base a la gravedad del injusto cometido, sino que en realidad toma como piedra angular las características conductivas del sujeto, a mayor peligrosidad reveladora, más severa deberá ser la pena y cuando el análisis psico-social, arroje un saldo negativo según su posibilidad de recuperación, habrá que segregarlo indefinidamente bajo criterios de protección social.

DEMETRIO CRESPO clasifica a la prevención especial en dos tipos o modalidades, la prevención especial positiva, mediante la cual se pretende que el autor del delito no delinca más en el futuro, logrando la resocialización del mismo a través de la pena; y la prevención especial negativa que pretende evitar la peligrosidad del autor en sociedad mediante la inocuización del mismo¹⁵²; por lo cual la pena despliega únicamente sus fines preventivos incidiendo sobre la personalidad del penado, bien corrigiéndolo y rehabilitándolo, y en su faz negativa segregándolo afectando a través de su prisionización indefinida¹⁵³. Empero, en esta última, la pena puede llegar a desbordar la culpabilidad del autor.

149 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 55, así D. FERNÁNDEZ "Veamos que de la intimidación genérica, abstracta, de disuasión general, propia del momento legislativo de conminación, se pasa a privilegiar el tratamiento correctivo, personalizado en el infractor, mirando el momento judicial de aplicación de la pena, la fase de ejecución concreta del castigo"; *Culpabilidad y teoría del delito*, cit., p. 111.

150 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; "La Finalidad u Objetivo Primario de aquél es evitar la recaída en el Delito (reincidencia)"; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 151.

151 GRACIA MARTÍN; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 59.

152 DEMETRIO CRESPO. E.; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 64.

153 Así, GRACIA MARTÍN; al sostener que: "La prevención especial se canaliza por tres vías: la imposición de la pena ha de producir un efecto de advertencia e intimidación en el sujeto individual; la pena debe servir para la corrección o enmienda del delincuente; y, finalmente, la pena debe inocuizar o segregar al delincuente"; *Las consecuencias jurídicas del delito*

Las teorías de la «prevención especial», expresan en puridad un contenido sociológico, pues su programa terapéutico lleva a sus representantes a realizar toda una clasificación bio-tipológica del delincuente en razón de una estructura etiológica, por ende, tratan de ejercer la función rehabilitadora-terapéutica buscando determinadas características homogéneas en la personalidad del delincuente, configurando así un: «Derecho Penal de autor», en detrimento del hecho punible cometido.

Conforme lo anotado, el Derecho penal se impregna e influencia, de contenidos sociológicos, psicológicos y antropológicos, convirtiéndose en un medio regulador de medidas terapéuticas¹⁵⁴. Estas teorías son la versión penal y criminológica del Determinismo Positivista, es decir, una versión opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como un enfermo social necesitado de tutela social, se legitima la sanción por la lucha del orden natural mediante prácticas de saneamiento y de profilaxis social.

De otro modo, postulan los partidarios de la prevención especial, la prevención general resulta también ineficaz, debido a que esta posición fundamenta su orientación teleológica en virtud del efecto disuasivo que produce en la colectividad el «terror penal», es decir, el temor a la sanción punitiva que no podrá tener efectos positivos en aquellos delincuentes habituales -que han hecho del delito un *modus vivendi*- y en aquellos que poseen un déficit de socialización y de culturización, por ende, ante estos agentes delictivos la pena no podrá surtir sus efectos motivadores inhibidores. Pues, estos autores potenciales no son portadores de una capacidad de «motivación normativa» plena, dirigida a orientar o amoldar su conducta, conforme al directivo de conducta.

Al centrarse la prevención especial en la persona del delincuente, se esgrime que tanto la prevención general negativa como las teorías retributivas no pueden alcanzar sus pretendidas pretensiones utilitarias, en vista de que su despliegue operativo se extiende a toda la generalidad, en cuanto a toda la colectividad, por lo que no pueden realizar diferenciaciones individualizadoras,

en el *Código Penal español*, cit., p. 59; las doctrinas pedagógicas de la enmienda se remontan al Derecho Canónico de naturaleza obviamente teológica, donde se desarrolla la ilusión represiva de la *poena medicinalis* formulada por PLATÓN y recogida por SANTO TOMÁS, parten de la premisa que la sanción punitiva purifica el alma del reo y que lo reconduce por el camino del bien y de la felicidad. Es una especie de purgación expiatoria, de que el castigo reconcilia a los hombres con Dios desde una concepción moralista de la pena; para Platón «un hombre inteligente no castiga porque se haya pecado, sino para que con ello no se peque más en el futuro». En tanto, que de los autores más antiguos del campo jurídico, se menciona a GROLMAN, quienes sostuvieron que el mal de la pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, la inhibición del impulso. En: BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 14.

154 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Tratado de Criminología*, ps. 881 y ss. (programa de prevención «terciaria»).

al momento de seleccionar la necesidad de pena. Ello se debe a que en un sistema social no todos los individuos manifiestan las mismas características sociales y psicosomáticas, por ende, la necesidad del tratamiento debe adecuarse a las distintas particularidades que presenta el agente infractor como integrante de un sistema social, llegándose a negar la clasificación tipológica criminal vigente en los siglos XVIII y XIX.

La idea de la «prevención especial», penetró en el último tercio del siglo pasado, como reacción contra los planteamientos retributivos incapaces de frenar el auge de la criminalidad, y contra los excesos de la llamada teoría de la prevención general¹⁵⁵.

Al asumir una posición diferenciada o dígase clasificatoria del delincuente, las medidas vienen a desplazar a las penas como las sanciones más adecuadas en vista de sus efectos terapéuticos y rehabilitadores; la medida trata al agente infractor como un ser asocial y de alta prognosis de peligrosismo, al considerarse un ser anormal y antisocial, éste debe ser susceptible de un tratamiento diferenciado, y aquello sólo puede ser garantizado mediante la imposición de la medida adecuada. En consecuencia, la pena se debe dirigir a la enmienda, corrección, rehabilitación y en los casos de delincuentes no susceptibles de corrección habrá que segregarlos e inocularlos en defensa de la sociedad; se niega entonces, los efectos intimidatorios y una retribución sin eficacia utilitaria.

Son los representantes de la Escuela Positiva los que con más fervor han defendido los postulados filosóficos de la teoría de la prevención especial, aquella escuela profesa una nueva concepción -tanto del delito como del delincuente-, pues, impregna a su metodología con matices sociológicos y naturalistas, una desjuridización de la teoría del delito que los separaba significativamente del racionalismo jurídico-naturalista, privativo de la «Escuela Clásica».

La reforma del sistema, como nos reseña JIMÉNEZ DE ASÚA sólo podría lograrse mediante un radical cambio metódico, que atacara el edificio por su base: el racionalismo deductivo apoyado en el ente jurídico que era el delito. Y esa fue la tarea que habría de emprender la Escuela Positiva, al desplazar el delito al hombre delincuente¹⁵⁶, si el enfoque de atención de desplaza a la personalidad del delincuente, es una consecuencia lógica que los fines de la pena se asignen en función de la individualidad, a partir de clasificaciones caracterológicas y

155 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, p. 152.

156 Citado por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons-Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992.

etiológicas, suponiendo al agente infractor un ser antisocial, peligroso, necesitado de terapia social¹⁵⁷.

b. Representantes:

1. Ferri

Llamado uno de los evangelistas de la Escuela Positivista en el Derecho penal, señala que la diferencia profunda y decisiva entre la Escuela Clásica y la Escuela a la que pertenece "Se halla ante todo, en el método deductivo, de lógica abstracta, para la Escuela Clásica; inductivo y de observación de los hechos para la Escuela Positiva; aquélla, teniendo por objeto el delito como entidad jurídica; ésta, en cambio, al delincuente, como persona que se revela más o menos socialmente peligrosa en el delito cometido"¹⁵⁸.

A la escuela positiva se le asigna tomar al delincuente como protagonista principal del suceso delictivo, por lo tanto, sujeto del Derecho penal, en un marco social, donde debe abandonarse el individualismo heredado de la Revolución Francesa, de donde se germinó las ideas libertarias de la Ilustración. Para este insigne positivista, la Sociología Criminal explica que el delito es un fenómeno que sólo es posible de suceder en la sociedad humana, en consecuencia, aquél debe ser el objeto principal de estudio de esta ciencia social.

La Sociología Criminal, por lo tanto, extiende su ámbito amplificador regulador desde los diversos factores y causas que determinan a una persona a delinquir, a su prevención y posterior represión.

Para FERRI, es inaceptable el criterio del libre albedrío, como fundamento de la responsabilidad penal, ya que el delincuente obra en virtud de factores sociales, individuales y físicos, por lo cual debe ser sujeto a medidas de seguridad, no a penas, pues no debe ser punitivamente castigado, sino confinado y segregado en virtud del alto grado de peligrosismo revelado en su perversa personalidad. Más importante resulta prever los delitos a través de mecanismos alternativos o sustitutivos a la pena privativa de libertad.

157 En palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; "Los positivistas, que no creen en la libertad del hombre, sino en su condicionamiento por factores biológicos y sociales, sustituyen la idea de culpabilidad por la de peligrosidad, y de la libertad individual por la de responsabilidad social"; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 152; entonces, la pena ya no presupone culpabilidad sino peligrosidad.

158 FERRI, Enrique; *Principios de Derecho Criminal*, Reus S.A., 1^{era}. Edición. Madrid. p. 48 y ss.

La Sociología Criminal propuesta por este autor, se encuentra llena de contenidos -tanto antropológico como biológico-, pues para él la Sociología Criminal comprende a la Biosociología, de forma que para el autor, la rama biosociológica, estudia las causas individuales del delito.

En tanto que con el auxilio de la estadística criminal, se estudian las causas sociales y físicas. El axioma "más vale prevenir que reprimir", es sin duda la síntesis de toda la obra teórica de FERRI.

Dentro de sus planteamientos conceptuales, apunta que la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionado a una culpa moral, sino de dotar a la más eficaz defensa social frente a los delincuentes peligrosos, a fin de obtener la rehabilitación más rápida de los menos peligrosos (ocasionales), que serían los más; y con ello, al excluirse entonces toda idea de retribución moral, se anula la diferencia entre medidas y penas, pues ambas tendrían la misma función y naturaleza, esto es, rehabilitar o segregar dependiendo de las características particulares que presente el agente infractor¹⁵⁹.

FERRI, realiza una descripción y clasificación de los delincuentes en base a un criterio genético¹⁶⁰ y no de carácter descriptivo como lo hizo VON LISZT.

La clasificación de los delincuentes es un tema perteneciente a la Antropología criminal, a partir del estudio criminológico que empieza a nutrirse del estudio sociológico que más tarde pasa a denominarse como Sociología criminal¹⁶¹.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA escribe que lo que hace FERRI es forjar una nueva clasificación, yuxtaponer, con criterios o directrices distintas, seis clasificaciones diversas e importantes: I. Clasificación caracterológica, según la actitud característica de los individuos para el delito. II. Clasificación sociológocriminal, según la peculiaridad de la carrera delictiva de la persona. III. Clasificación psicológico criminal según los móviles que conducen a la persona al delito. IV. Clasificación biológico hereditaria, según las presunciones conforme a la disposición del delito. V. Clasificación políticocriminal, según la clase de tratamiento correspondiente al fin; y finalmente, VI. Clasificación legal del delincuente, como la que se apoya en el Código Penal vigente¹⁶².

159 FERRI, E.; *Principios de Derecho Criminal*, cit., ps. 573-575.

160 Por lo tanto, los delincuentes habría que clasificarlos de la siguiente manera: a) delincuentes natos o instintivos o por tendencia congénita; b) delincuentes locos; c) delincuentes habituales; d) delincuentes ocasionales; y, e) delincuentes pasionales.

161 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA; quien refiere que este tema no se perfecciona hasta que la Sociología criminal toma vuelo, con lo que se demuestra, una vez más lo inescindible de ambas esferas científicas. En: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, cit., p. 129.

162 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel; *Elementos de Criminología, Edeval*. Valparaíso, 1982, ps. 238239.

FERRI continúa la saga de clasificación tipológica, iniciada por LOMBROSO; para FERRI la defensa jurídica equivale a la defensa social, porque sociedad y derecho son términos correlativos e intercambiables.

2. Dorado Montero

Penalista hispano-parlante fundador de la escuela Correccionalista, que proclamaba el abandono completo de la punición de los delincuentes y sugería actuar respecto a estos con medidas tutelares¹⁶³.

Su concepción de pena se extendía más allá de la propuesta por la escuela Positiva italiana, pero su medida innovadora es de sustituir el Derecho penal por otro medio de control social, en este caso definido por un «derecho protector de los delincuentes».

DORADO MONTERO concebía al delincuente como un individuo débil, necesitado de ayuda, al punto de que alcanzó a hablar de la “medicina penal”¹⁶⁴, como una especie de derecho penal medicinal únicamente orientado a ofrecer al agente criminal, remedios de naturaleza correccionalistas, concibiendo a la criminalidad como una predisposición humana que expresa las más graves fallencias del individuo, como un déficit en su estructura social y anatómica.

El correccionalismo entiende al delito como «desarmonía» entre la voluntad del sujeto, injustamente determinada, y el organismo social.

La pena es el medio racional y necesario para conseguir el restablecimiento del Derecho que sólo es posible ayudando al delincuente y corrigiéndole para que se adapte a la sociedad¹⁶⁵.

Este autor plantea un «Correccionalismo positivista», él ve en la escuela positiva una etapa superior en la evolución de la ciencia penal, gracias a la aplicación de la filosofía positivista y, consecuentemente, del método empírico

163 DORADO MONTERO; *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, Manuales Soler, XXIII, Barcelona, p. 13.; citado por BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 83; como anota MIR PUIG el correccionalismo de DORADO MONTERO no alcanzó seguidores consecuentes entre los penalistas, que no se atrevieron a concebir el derecho penal como “derecho protector de los criminales”. En: *Introducción a las bases del derecho penal*, Julio César Faria - Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 56.

164 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*; cit., p. 112.

165 CASOBO, J. R.; *Comentarios al CP*; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 152; el Correccionalismo tiene su antecedente en la literatura alemana, a mediados del siglo XIX por RÖDER, quien concibe a la pena como un medio racional y necesario para ayudar a la voluntad injustamente determinada de un miembro del Estado, a ordenarse por sí mismo, porque y en cuanto a la armonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo de aquél. En: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y de la pena*, cit., ps. 212-213.

a las ciencias sociales, con lo cual, pone como centro nuclear de gravitación al hombre en cuanto tal y no a un ente abstracto, basado en el libre albedrío, es decir, lo coloca en una posición realista en base a una configuración social determinada¹⁶⁶.

Dorado, como los positivistas italianos, defendió la tesis determinista (el delincuente lo es por razones que en el fondo no dependen de su voluntad, sino de su educación, herencia biológica, condiciones culturales y de vida, etc.)¹⁶⁷; del mismo modo, lleva a cabo una revisión de los postulados de la escuela positivista, sobre la base de los principios correccionalistas, en el sentido que el delincuente es un ser débil, cuya voluntad defectuosa se manifiesta en el delito y, por ello, la función penal aparece como un deber de la sociedad y un derecho del delincuente, no obstante parecerle un mal. Es decir, dirige todo su pragmatismo conceptual a construir un Derecho penal para los delincuentes, marginando a los demás individuos de la comunidad como potenciales víctimas de estos agentes infractores, pero considerando al delincuente desde su ontologismo humano, lleno de valores al cual debía aspirar la justicia humana; no perdamos de vista, que el Derecho penal también tiene un deber frente a la sociedad, y así, lo proclama nuestro texto punitivo en el artículo I de su Título Preliminar.

Esta escuela supone un giro antropológico del Derecho punitivo, que todavía se mueve, sin embargo, en un plano eminentemente especulativo, metafísico e idealista, ya también filantrópico, poco propicio para impulsar y lograr reformas efectivas en lo jurídico¹⁶⁸.

Tuvo una infinita confianza en los hombres, en la sociedad y en las garantías que en otro tiempo se habían opuesto a la potestad punitiva desmedida, como el principio de legalidad y la contracción de la responsabilidad al hecho, una ideología llena de sueños y de utopías inalcanzables¹⁶⁹; en suma, una incesante y obsecuente obsesión por construir una sociedad más justa inspirada en los valores de justicia y de respeto irrestricto a la dignidad humana, pero irremediablemente llevado al fatalismo determinista, que condena al hombre desde adentro de su propia esencia existencialista, al margen de la sociedad.

3. Von Liszt

A nuestro entender, es el más conspicuo representante del «Positivismo Criminológico», que con su planteamiento de una ciencia total del Derecho penal (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*) revolucionó el campo de las ideas

166 DORADO MONTERO; ob. cit., ps. 26 y ss.

167 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 98.

168 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA; *Hacia Una Nueva Concepción de la Pena*, cit., p. 66.

169 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 99.

epistemológicas del saber jurídico-penal, orientando el sistema penal en base a consideraciones político-criminales, y desde una concepción del Derecho Penal desde el campo de las ciencias sociales, en tal virtud se le considera un Positivismo Sociológico¹⁷⁰.

Este prolijo representante del Positivismo, delineó su método dogmático en su famoso Programa de Marburgo (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*), el influjo más poderoso a favor de la generalización de los puntos de vista de la prevención especial se debe especialmente a este autor alemán.

La doctrina jurídico-penal es convergente al considerar a VON LISZT como el precursor o fundador (Begründer) de una posición finalista de la pena, partiendo de la idea de fin como motriz de la ciencia del derecho -en lo que seguía a IHERING en su segunda etapa, precursora de la teoría de los intereses de HECK-¹⁷¹.

Las ciencias sociales -como el Derecho- parten de un fin teleológico como sustento de su orientación normativo-reguladora, si aquello es así, la pena en definitiva no puede consistir puramente en la imposición de un mal, sino que ésta debe orientarse político-criminalmente a un fin, que en este caso es la prevención especial, la llamada prevención especial marca el objetivo a perseguir por medio de la pena¹⁷².

Dicho lo anterior, la pena debe ponerse al servicio de los fines político-criminales, a la lucha contra la criminalidad, operando sobre la persona del delincuente, dependiendo de su estructura descriptiva.

La pena es un «medio» al servicio de la lucha contra la criminalidad que opera de distinta forma según la clase de criminal que se trate¹⁷³, VON LISZT teorizó la clasificación de delincuentes primigeniamente esbozada por FERRI¹⁷⁴, pero VON LISZT se aparta de un criterio clasificador basado en la descripción genética y etiológica propugnada por FERRI, acogiendo una clasificación estructurada en

170 Así, JESCHECK al señalar que LISZT parte, metodológicamente, del método causal y empírico propio de las ciencias naturales, que, en aquella época, penetran en el campo de las ciencias sociales. En: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 153. La modalidad naturalista-sociológica como una subespecie del positivismo criminológico señala BUSTOS RAMÍREZ, que surge cuando el Estado Liberal hace crisis por las graves disfunciones del sistema, lo que hace necesario que el Estado intervenga en el desarrollo social. En: *Introducción al Derecho Penal*, cit.

171 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 56; LISZT tomando de las enseñanzas de IHERING, quien recalca que el fin del derecho (der Zweck im Recht) es la realización de una sociedad libre. En: FIEDRICH, *La Filosofía del Derecho*, p. 227; citado por D. FERNÁNDEZ, *La Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 110.

172 VON LISZT; *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, cit., p. 111.

173 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 153.

174 Así, BACIGALUPO; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 15.

la reacción del agente, conforme a los efectos comunicativos en su sigue de acuerdo a la norma conminatoria plasmada en la sanción punitiva, en términos de «incidencia delictiva».

Al realizar un planteamiento conceptual del momento histórico en el cual se desarrollaron las ideas de VON LISZT, éste se hallaba inmerso en una atmósfera en la cual sólo las ciencias naturales eran ciencia, por lo cual el derecho aparecía como acientífico; los nombres de SPENCER, COMTE y, fundamentalmente, la Scuola Positiva, son por decirlo de alguna manera los nombres de moda¹⁷⁵.

La idea de VON LISZT es que hay que partir de un Derecho penal no sólo explicado a través de la dogmática, sino que es una disciplina social compuesta por varias esferas interactuantes, pretendiendo construir una ciencia que intenta superar el acientificismo del derecho¹⁷⁶, lo cual lo sintetiza con la siguiente frase: «la ciencia termina donde empieza la metafísica»; a tal efecto, el delito es una manifestación de la personalidad del delincuente, de naturaleza individual y de carácter social, pues éste es producto de las diversas formas de interacción social.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA resumiendo la idea penológica de VON LISZT escribe, que la pena es, en la concepción de VON LISZT, esencialmente finalista, teniendo por objeto la protección de bienes jurídicos, esto es, de intereses de la vida humana individual o social que el derecho, al tutelarlos, eleva de intereses vitales a jurídicos; protección de bienes jurídicos que se realiza mediante la afectación, sólo aparentemente paradójica de bienes jurídicos, los del delincuente, produciendo efecto, de una parte, sobre el conjunto de los sujetos de derecho como prevención general, y, por otra, sobre el propio delincuente como prevención especial, sea, según la índole de aquél y la categoría a que en consecuencia pertenezca, por su intimidación, su resocialización o su inocuización¹⁷⁷, esta orientación más concreta por su índole naturalística, de carácter individual y social, con el positivismo penal, y muy vinculado asimismo a la consideración de los intereses sociales, mas contenido siempre dentro de los límites normativos de lo jurídico, en VON LISZT (1851-1919)¹⁷⁸, es así, que el penalista alemán cohesiona los fines de la pena con los fines del Derecho penal, de orientación protectora de los intereses sociales más vitales -tanto para el individuo como para la comunidad-, en tal sentido la pena debe orientarse punitur *ne peccetur*, previniendo la comisión de delitos en el futuro, actuando sobre la persona del delincuente, a partir de una clasificación descriptiva del *sujeto infractor*.

175 Así, DONNA; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 59.

176 VON LISZT; *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, p. 67.

177 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA; prólogo en VON LISZT, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, p. 12.

178 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA; *Hacia una Nueva Concepción de la Pena*, cit., p. 66.

Para VON LISZT, la pena es, en su origen, una acción instintiva. "Como acción instintiva no puede ser la pena, expresión de un juicio valorativo de quien castiga, no puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. El origen de la pena puede y debe ser, pues, desvinculado de la ética, sin necesidad, por ello, de que ésta sea negada o repelida"¹⁷⁹.

En este planteamiento metodológico se observa claramente que este autor se aleja de una visión retributiva de la pena esgrimida por los partidarios de la teoría absoluta de la pena como HEGEL y KANT, para quienes la pena no sólo venía legitimada por razones de justicia social, sino también, en mérito de una pretendida justicia moral. De este modo, se inicia la separación del Derecho de la moral, contenidos que confundían a la teoría clásica, pues si bien todo delito presupone una desvaloración ético-social, no toda conducta que merezca un reproche ético-social debe ser elevado a la categoría de delito. Esta visión se la define VON LISZT, al asignar la función del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, como intereses vitales tanto para el individuo como para la colectividad¹⁸⁰.

Asimismo, VON LISZT afirma que la pena está relacionada con el derecho por la idea de fin, que constituye la esencia del derecho, siguiendo en esto el pensamiento de VON IHERING. La pena en su origen tiene que ver con la venganza. Ésta es la pena primitiva, pero entendida, en su primera forma, como venganza de familia a familia. Posteriormente dicha forma de venganza se limita a los herederos más próximos, para concluir finalmente, en el autor; la segunda variante de pena privativa es la expulsión de la comunidad en donde vive la persona.

Finalmente, la tercera variante que adquiere la pena es la estatal, pero sin perder el carácter de reacción instintiva. Si bien la pena es una reacción primitiva, con el tiempo, la acción cultural llevó a que lo que fue instintivo se transformara en voluntario y, por ende, la idea de fin pasó a ser motivo de acción. El instinto entonces se coloca al servicio del fin; esto sucede con el desplazamiento del íntegro del derecho a penar a manos del Estado; por tales motivos, cuando se generaliza la prosecución de oficio, y es entonces cuando culmina el desarrollo evolutivo de la pena¹⁸¹.

179 VON LISZT, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, cit. p. 75.

180 No obstante el avance programático logrado por el Positivismo, se le critica de detentar un concepto de antijuridicidad en la producción de lesión en términos naturalísticos, pues en su construcción del Injusto no dieron cabida a elementos subjetivos, éstos pues no eran imprescindibles en la generación del delito, que era concebido como una mera manifestación externa de resultados lesivos. Si bien apartaron de su esquema sistemático el contenido moralista, confundieron derecho con naturaleza, pues las ciencias naturales son propias de explicación del "ser", mientras, que las ciencias sociales se orientan al "deber ser".

181 VON LISZT; *La idea de fin en el derecho penal*, cit., p. 85; por tanto, el tránsito del derecho -tanto persecutorio como sancionador-, de manos de los particulares al Estado, constituye

Finalmente, con la objetivación de la pena, se consigue el conocimiento de las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los individuos miembros contra quienes se dirige el delito. "Ellas quedan fijadas, sopesadas recíprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos por medio de imperativos generales: no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llenar de insidia la vida de tu príncipe, ni portar el escudo del ejército fuera de los límites del territorio, etc."¹⁸²

En consecuencia, cada descripción típica prescrita en los diversos tipos penales comprendidos en la parte especial, fijan determinados intereses jurídicos, dignos de tutela, llevados a una valoración especial que exigen la máxima protección por parte del Estado y qué mejor que el derecho punitivo, dado su carácter represivo y preventivo. De cierta forma, se adscribe su concepción-teórica, al principio de legalidad, en tanto la sanción sólo será legítima mientras se vulneren estos bienes comprendidos en un catálogo sistematizado que pone límites al poder punitivo del Estado.

Con este avance epistemológico se produce una variabilidad de la venganza, forma en que funciona la pena primitiva como mera vindicta retributiva, cuyo fin era la aniquilación del delincuente, la cual no podía ser concebida como una sanción sino sólo como un castigo.

Con la objetivación la pena gana en medida y objeto; la venganza de sangre es abandonada por los miembros de una sociedad, por una parte, y limitada y prohibida por el Estado por la otra. La pena cobra así, la capacidad de medio de protección institucionalizada del ordenamiento jurídico.

En síntesis, "por autolimitación", el poder de castigar llega a ser derecho penal (*ius puniendi*); por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tomado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él¹⁸³. Es así, que se describe el tránsito de una justicia primitiva, -meramente compensatoria-, hacia un Derecho penal público, legitimado por el orden jurídico, donde la pena como medio opresor institucionalizado pasa a tener un fin para el penado, donde el alcance y la especie del castigo está determinada por el futuro y no retrayéndose al pasado; no se aplica *quia peccatum*, más bien se impone *ne peccetur*.

el gran paso hacia la civilización del Derecho penal, de confiar a un ente reconocido por toda la colectividad, como el único legitimado para perseguir y sancionar penalmente a los agentes infractores. Es sin duda, el tránsito de una Justicia Primitiva (*ius Talionis*) a una Justicia Civilizada propia de los Estados modernos, donde el derecho subjetivo a penar recae en una institución, quien ejerce los derechos de los asociados como titulares de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro.

182 VON LISZT; op. cit., p. 85.

183 VON LISZT; *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, cit., p. 90.

La medida de pena debe venir, sin duda, por el fin, con la cual se recurre a las ciencias para su determinación, dejando de lado la construcción que había realizado KANT.

La pregunta que se hace VON LISZT, luego de descartar el argumento metafísico, argumentando que no hay justicia absoluta, es la siguiente: ¿Cómo se determina la gravedad de los delitos?, o dicho en otro sentido, ¿Cómo se determina la gravedad de un delito en el sistema penal? La respuesta que otorga VON LISZT es que se debe aplicar una pena que proteja al mundo de los bienes jurídicos. Luego, la pena justa es la pena necesaria. "Justicia en derecho penal quiere decir respeto de la magnitud de la pena exigida por la idea de fin"¹⁸⁴.

Conforme lo anotado, la medida de pena deberá ser lo suficientemente temporal para lograr el cometido de fin asignado a la pena y esta pena debe servir de instrumento protector para que estos infractores no vuelvan a lesionar bienes jurídicos, es decir, la pena se orienta al futuro con el fin de prevenir la comisión de futuros delitos, entonces la necesidad de pena se mide, por VON LISZT, con criterios de prevención especial, según los cuales ha de imponerse para resocializar a los delincuentes necesitados y susceptibles de reeducación, para intimidar a aquellos que no concurren dicha necesidad y para neutralizar a los incorregibles¹⁸⁵.

Al postular una necesidad de pena conforme a criterios de prevención especial, conlleva una antinomia punitiva, pues él mismo afirma que la pena correcta o justa es la pena necesaria, y necesaria es la "pena-fin" o "pena defensa", orientada a la tutela de bienes jurídicos¹⁸⁶; por ende, las necesidades de prevención especial, por lo general, podrán rebasar los márgenes definidores de la pena justa. VON LISZT se aparta de la prevención general, ello es sabido a su consideración del derecho penal como "instrumento de lucha contra el delito", lucha que concibe como ataque a las causas empíricas del delito, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente¹⁸⁷.

Así, VON LISZT dice que la pena es un medio para llegar a un determinado fin. Pero, ese medio debe adecuarse al fin, es decir, la pena debe engarzarse con dicho fin. La pena es una espada de doble filo: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos (encierra una dialéctica).

Dice VON LISZT: "No es posible concebir un mayor pecado contra la idea de fin que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia cor-

184 VON LISZT; ob. cit., p. 106.

185 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 816-817.

186 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *ibidem*.

187 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 57.

poral, ética y económica de un ciudadano, en situaciones en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídico¹⁸⁸.

Conforme la línea argumental esbozada, se infiere que la pena está orientada a proteger bienes jurídicos, es una coacción dirigida contra la voluntad del delincuente, infligiendo un mal en los bienes jurídicos del agente infractor, en este caso, la privación de un bien jurídico de tan alta valoración, como lo es la libertad ambulatoria y sus derechos conexos. Entonces, para VON LISZT la pena es coacción. Se dirige contra la voluntad criminal corporeizada en la lesión o destrucción de bienes jurídicos. En tanto que en la coacción, la pena puede tener una doble naturaleza: a) coacción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena proporciona al delincuente los motivos de que éste carece y que resultan apropiados para operar contra su decisión de cometer delitos y, a su vez, incrementa y fortalece los motivos, que en su caso, puedan estar presentes en él; y, b) coacción o fuerza directa, inmediata o mecánica¹⁸⁹.

Siendo así, la pena sirve para que la persona se abstenga de delinquir, ya sea por motivos altruistas, ya sea por motivos egoístas, que en el fondo son coincidentes. Además, la coerción es directa, inmediata, mecánica, violenta¹⁹⁰.

La pena, escribe VON LISZT, es secuestro del delincuente, transitoria o persistente, neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Surge como artificial selección del individuo socialmente inepto. En base a ese orden de ideas afirma "la naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel"¹⁹¹. Esta metáfora infiere que el delito es producto de la misma naturaleza individualista del hombre que finalmente el Estado como titular del *ius puniendi*, no hace más que confinar a aquel que con su obrar antijurídico lesionó bienes jurídicos cuando debió abstenerse de hacerlo.

De este modo, «intimidación», «resocialización» e «inocuidización» son los efectos de la pena, los móviles que están en ella y los medios por los cuales se protegen los bienes jurídicos.

188 VON LISZT; ob. cit., p. 106.

189 ROXIN, C.; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 60; la concepción de culpabilidad que manejaron los Positivistas era de naturaleza psicologista, es decir, como mero vínculo o relación subjetiva del autor con el hecho antijurídico, dentro de su acepción de Culpabilidad, tanto el dolo como la culpa se encontraban integrados en este nivel dogmático como especies o variables subjetivas de la culpabilidad, aunque hay que reconocer que VON LISZT tuvo el gran mérito de iniciar la delimitación entre el injusto y la culpabilidad.

190 VON LISZT; *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, cit., p. 112.

191 VON LISZT; op. cit., p. 112.

A estos fines de la pena mencionados, VON LISZT los orienta dependiendo de una clasificación en virtud de su grado de aprehensión con el delito¹⁹².

La corrección de delincuentes corresponde a todos aquellos necesitados y capacitados para tal fin. La intimidación se dirige a delincuentes ocasionales no necesitados de corrección; y, finalmente, la neutralización es para aquellos delincuentes no susceptibles de enmienda o corrección¹⁹³.

192 La pena, "respecto al delincuente "ocasional" ("Augenblicks-gelegenheitstäter"), la pena es sólo un resorte "intimidatorio", un "recordatorio" ("Denkzettel"); para el delincuente de "estado" corregible ("Zustandsverbrecher"), un medio de corrección; en cuanto al delincuente habitual incorregible ("Unverbesserliche Zustandverbrecher"), un resorte "inocuidador", que aparta o aísla a aquél de la sociedad como necesario medio de defensa y aseguramiento ("Unschädlichmachung", "Austossung", "Internierung"...); Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 153; La pena aparece entonces como acomodamiento artificial del delincuente a la sociedad y lo hace en dos formas: 1., mediante la mejora, es decir, mediante la incorporación o fortalecimiento de motivos sociales o altruistas; y 2., mediante la intimidación, es decir, mediante la incorporación o fortalecimiento de motivos egoístas que le llevan a coincidir con los motivos altruistas de que carece. ROXIN; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 60. A esta descripción de las ideas del autor alemán esgrimidas en el Programa de Marburgo habría que agregar, el sometimiento del delincuente incorregible o no susceptible de enmienda, por motivos egoístas en pro de la *societas*, es decir, la inocuización del delincuente no se realiza a favor de su individualidad, sino en la necesidad de protección social, de asegurar a la sociedad frente a estos agentes delictivos sumamente peligrosos, a los cuales no queda más camino que segregarlos de la sociedad. Mientras que para FERRAJOLI el Programa de Maaburgo de 1882 es un instrumento multifuncional: resocialización, neutralización (inocuización) o intimidación según los diferentes tipos de delincuentes, para lo cual dispuso una distinción de "instrumentos punitivos particulares" a fin de adaptar a la pena según su necesidad preventiva, donde la acción delictiva no puede desligarse de la personalidad de su autor. De lo que resulta una Doctrina Ecléctica de la "pena-defensa". En: *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*.

193 La sobrecriminalización de algunos delitos graves, como el caso de terrorismo y narcotráfico, conllevó a prever como posibilidad sancionadora de la pena de cadena perpetua, al aislamiento y confinamiento de por vida, por medio de esta pena, el penado es objeto de una determinada política criminal, con meros efectos disuasorios e intimidatorios para la colectividad como sanción ejemplificadora; pues, para el penado, ésta no tiene utilidad alguna, negando su condición inherente de sujeto de derechos, vulnerando su dignidad y libertad, como valores supremos del Estado y la sociedad (art. 1º de la Constitución Política del Estado); El Decreto Legislativo N° 921 del 18/01/2003, lo único que hace es establecer un nominal plazo culminatorio, mediante un proceso de Revisión que podrá efectuarse cuando el penado cumpla 35 años de pena efectiva de privación de libertad, normativa que incorpora el artículo 59º-A al Código de Ejecución Penal, a nuestro entender la pena de Cadena Perpetua contradice y desborda la legitimidad del poder punitivo del Estado, construido sobre los principios de Proporcionalidad de las penas, de responsabilidad penal, de humanidad de las penas, de dignidad humana, así como de individualización de las mismas; por lo tanto, esta pena impide lograr la meta resocializadora asignada a la pena, constituyéndose en una mera respuesta vindicativa por parte del Estado. Su derogación impronta es una demanda legítima de una sociedad democrática que ansía retornar a las bases de la civilidad. A más detalles, ver infra, Cap. Pena Cadena Perpetua.

El delincuente irrecuperable es el que entra en la llamada reincidencia o habitualidad. Sobre este tipo de delincuentes, afirma el autor, que la pretensión de corregirlos en presidios celulares, a un alto costo, "carece simplemente de sentido"¹⁹⁴.

La idea de este autor es que deben ser privados de libertad de por vida, es decir, por un tiempo indeterminado, fijándose entonces una pena intemporal -sin plazo de culminación-.

Al respecto es importante relevar, que si bien VON LISZT orienta su pena desde una vía finalista, a partir de la prevención especial, encierra también su discurso un efecto de prevención general desde una perspectiva distinta a la comúnmente conocida por sus autores naturales, pero los efectos intimidatorios de la sanción no operan en el sentido de la amenaza legal en abstracto de naturaleza disuasoria hacia el colectivo -tal como se arguye en la prevención general- sino frente al mismo condenado al cual se le impone la sanción punitiva¹⁹⁵, al respecto no niega VON LISZT que la pena tenga un efecto de prevención general, pero sí que dicho efecto sea el cometido específico de la pena¹⁹⁶. Asimismo, es evidente el contenido retributivo del programa punitivo de VON LISZT, en el caso de los delincuentes incorregibles o no susceptibles de mejora, pues sobre aquéllos no cabe otra medida que inocularlos o segregarlos a perpetuidad, si bien en protección de la sociedad, no es menos cierto que la pena deja de concebirse como una sanción y se convierte únicamente en un mal, en un castigo infamante sobre la persona del penado, quien tiene que ser instrumentalizado político-criminalmente, para asegurar la Defensa Social.

El mismo VON LISZT califica su teoría de ecléctica; en palabras de M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN, en el pensamiento de VON LISZT confluye un principio distributivo, representado por el orden jurídico dimanante de la voluntad general¹⁹⁷ y otro utilitario, representado por los intereses político-criminales en orden a la erradicación de la delincuencia. Por ello pudo concebir al Derecho penal como límite de la política criminal¹⁹⁸.

194 VON LISZT; *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, cit., p. 119

195 Así, MIR PUIG al escribir; "que debe destacarse que para VON LISZT la intimidación no opera frente a la colectividad, en el momento de la conminación típica, sino frente al delincuente que sufre la pena, lo que resulta consecuente con el planteamiento de prevención especial"; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 57.

196 SCHMIDHAUSER, E.; *Vom Sinn der Strafe*; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal -Introducción*, cit., p. 153.

197 Tratado, cit., vol. 2, p. 7.

198 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 816.

En resumen, para VON LISZT, todo su sistema de medición de la sanción se basa en la idea del fin de la pena (Zweckstrafe) y puede ser resumida en la expresión siguiente: "neutralizar a los incorregibles, y corrección a los corregibles"¹⁹⁹.

En efecto, para VON LISZT la función del Derecho penal y de la pena era la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente, a fin de corregirlo, evitándose así la futura comisión de delitos. Sin duda, a este notable exponente germano hay que atribuirle el mérito de haber construido un sistema penal impregnado de ideas político-criminales que luego han ido evolucionando y perfeccionándose en autores tan profundos como el autor también alemán CLAUS ROXIN²⁰⁰.

Desde VON LISZT, en adelante la prevención especial logra gran trascendencia, pues ya sea sólo como planteamiento unilateral o bien en combinación con criterios retributivos o preventivo-generales, su influjo se observa en forma muy destacada en el Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania²⁰¹, mas no únicamente en Europa Continental, el sistema político del Constitucionalismo Social llegó a Latinoamérica paulatinamente a principios del siglo XIX, indicándose

199 VON LISZT; op. cit., p. 126.

200 En Alemania actual un sector de la joven ciencia penal tiende a regresar a las ideas de VON LISZT. Se habla de un "retorno a VON LISZT". Se ha reflejado como anota MIR PUIG, un resultado más sobresaliente, en el Alternativ-Entwurf que opusieron un grupo de profesores como alternativa "progresiva" al Proyecto Oficial del Código Penal de 1962, cuya vinculación con el programa de VON LISZT fue reconocida en la Strafrechtslehrertagung celebrada en Münster en 1967, por su discípulo y continuador de su LEHRBUCH (tratado), EBERHARD SCHMIDT, y proclamada por ROXIN en su artículo dedicado a mostrar las relaciones entre los pensamientos de VON LISZT y la concepción político-criminal del Alternativ-Entwurf, En: *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., ps. 57-58. Sus repercusiones se notan también en la Constitución española, que en su art. 25.2 señala que la pena privativa de libertad ha de estar orientada hacia la reeducación y reinserción social. En: BUSTOS RAMÍREZ J.; *Introducción al Derecho Penal*, cit. p. 84; mientras que en nuestro Derecho Positivo, la prevención especial positiva se encuentra consagrada en el art. 139° inc. 22 de la Constitución Política de 1993, que prevé que el Régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en concordancia con el art. IX del Título Preliminar del CP, que asigna como función de pena preventiva, protectora y resocializadora, en tanto el fin primordial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos y la prevención de delitos.

201 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 84; asimismo ROXIN, quien anota que el trabajo de Liszt continúa fundamentalmente por la "Asociación Internacional de Defensa Social", fundado en 1947. También los autores del Proyecto Alternativo, que tanta influencia ha ejercido sobre la reforma penal alemana, se han reclamado expresamente discípulos de Liszt. La discusión sobre la reforma en la República Federal Alemana (actualmente unificada - Wiedervereinigung) se ha acuñado fundamentalmente por los esfuerzos en orden a un fortalecimiento de los elementos resocializadores en el Derecho Penal; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 61.

en las Constituciones democráticas liberales como una nueva visión ideológica y política, elevando al ser humano al máximo valor y la dignidad humana como soporte fundamental, que el Estado no puede rebasar en sus pretensiones expansionistas.

Nuestra Constitución Política actual se adscribe firmemente en la prevención especial, pues en su artículo 139° inc. 22, consagra que el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Es de verse, que los postulados teóricos-conceptuales del «Positismo Criminológico», han tomado un nuevo aire en nuestra *lege lata*, conforme se desprende de la sanción de las Leyes Nos. 28726 y 28730 del 2006, al haberse incluido en el texto normativo del CP, las figuras de la «Reincidencia» y de la «Habitualidad»; no obstante, que en su Exposición de Motivos, se consigna con contundencia, que ambas instituciones se corresponden con un «Derecho Penal de Autor», conforme la estructura dogmática que se elaboró en el CP de 1924.

4. La Nueva Ideología de la Defensa Social

La nueva Ideología de la «Defensa Social» surgió como inevitable protesta y denuncia ante las graves atrocidades producidas durante la II Guerra Mundial²⁰², como una renovación del pensamiento ideológico y político sobre una nueva visión profundamente humanista, colocando a la existencia humana como elemento fenoménico que debe guiar y orientar la justicia humana en aras de garantizar un orden social más justo, otorgando a las ciencias penales la naturaleza de las ciencias sociales y su argumentación naturalista -también acogida en el positivismo de VON LISZT-.

En cuanto a su origen en el Derecho Penal sancionador, Antonio BERISTAIN escribe que sus causas circunstanciales son conocidas: el fracaso del derecho penal clásico-retribucionista, fracaso real en parte, pero también anticientíficamente exagerado, o del que se ha pretendido deducir conclusiones equivocadas, el avance de las ciencias naturales, la crisis penitenciaria, la sospecha de que la pena individual sea tan inútil, funesta, vituperable e injusta como la pena internacional -la guerra-, la tendencia política y científica a intensificar las relaciones mutuas entre los pueblos, la paz de 1945 con sus naturales intentos de fundamentar seriamente una coexistencia basada en la justicia, antídoto de futuros y posibles intentos totalitarios²⁰³, es de verse, que no sólo hace referen-

202 Así, BUSTOS RAMÍREZ quien refiere "... la segunda guerra mundial constituyó, al igual que respecto a otras posiciones, una interrupción del desarrollo del pensamiento de la defensa social"; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 189.

203 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología - Estructuración Ideológica de la Nueva Defensa Social*, cit., ps. 169 y ss.

cia a una nueva concepción de pena, sino que se alza contra el orden político y social que intenta proponer toda una revolución social en el campo de las ciencias sociales y en este caso del Derecho penal en su función protectora de la individualidad humana.

Fue FILIPPO GRAMÁTICA el fundador del Centro Internacional de Estudios de Defensa Social, el centro toma la posición de considerar que la pena retribucionista ha contribuido no a la disminución sino al aumento de la antisocialidad y criminalidad, que la pena en su acepción retributiva sólo ha significado colocar un mal sobre otro mal, sin entrar en consideraciones justificativas a partir del remedio que aquélla debe significar. En él se tratan también temas como el de la delincuencia de los menores, la abolición de la pena de muerte, la libertad condicional, la necesidad de la asistencia social, y aun se propone el reemplazo del nombre de Derecho Penal por el de Derecho Defensivo²⁰⁴; entonces la defensa social es el nuevo paradigma del sistema penal.

GRAMÁTICA (Sesión Interamericana Preparatoria del Tercer Congreso Internacional - Caracas, 6-10-1952) afirma lo siguiente: "Nosotros pretendemos abolir completamente el sistema primitivo (de Derecho Penal) y sustituirlo por un sistema único de defensa social, basado sobre criterios y medidas educativas o curativas adaptadas a las exigencias de cada sujeto: ninguna medida que no responda a una exigencia subjetiva...", el fin de la Defensa Social es entonces proteger a la sociedad contra los criminales y también defender a los individuos, del peligro de la reincidencia.

En orden a las ciencias comprometidas con la prevención del delito, se señala que la Sociología, ha metido en las teorías políticas, obligaciones positivas de actuar no sólo para castigar el crimen pasado, sino también en orden a prevenirlo, para corregir al delincuente y reintegrarlo a la sociedad, en vez de exiliarlo despiadadamente; y la dogmática del Derecho ha iluminado con horizontes nuevos el problema de la pena y medida de seguridad con la doble vía, sistema cumulativo o alternativo, etc.²⁰⁵

Con este significado conceptual o marco teórico, la ideología de la nueva «Defensa Social», marca distancia programática con el positivismo sociológico de VON LISZT y toma vitalidad la idea de la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, asimismo el sistema de punición acoge el sistema dual o vicarial en referencia a la individualización del reo en relación a su particular estructura psico-somática; con GRAMÁTICA se pretende instituir un sistema único de defensa social, basado en medidas curativas y educativas adaptadas a la exigencia

204 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 189.

205 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología - Estructuración Ideológica de la Nueva Defensa Social*, cit., p. 170.

de cada sujeto, son puras medidas «asegurativas» encaminadas a un objetivo resocializador.

El delincuente ocupa el centro de atención de la nueva Defensa Social; el delito debe ser estudiado en función de las condiciones subjetivas y ambientales del delincuente: para corregir su personalidad²⁰⁶, se clasifica a los delincuentes en «normales» y «anormales».

La nueva «Defensa Social» rechaza el concepto filosófico y jurídico de la responsabilidad moral y propone que los fines del sistema de punición (pena y medida de seguridad) deben trascender su efecto meramente conminatorio y determinativo. Llámese pena o medida de seguridad, no debe quedarse en un mal que se inflige al delincuente por su mala acción, sino llegar a ser remedio de su defecto personal o del ambiente²⁰⁷, es decir, la pena se orienta *punitur ne peccetur*, en términos de pedagogía social el concepto de pena viene dado en función de su fin y prescinde casi completamente de su fundamento.

El Congreso de Amberes de 1954, el tercero de la nueva organización, que se reunió para tratar "La individualización de la sentencia judicial y su ejecución", se caracterizó por las divergencias surgidas entre FILIPPO GRAMÁTICA, que era partidario de la eliminación del derecho penal, la responsabilidad penal, la sanción y el sistema tradicional del procedimiento penal, y MARC ANCEL, quien propugnaba una transformación del derecho penal desde adentro²⁰⁸, una renovación sistemática bajo los mismos derroteros, que comprenden el sistema punitivo.

5. Marc Ancel²⁰⁹

MARC ANCEL desarrolló su elaboración teórica-conceptual en Francia, quien postulaba -como hemos sostenido en líneas anteriores-, una transforma-

206 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología - Estructuración Ideológica de la Nueva Defensa Social*, cit., p. 177.

207 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología - Estructuración Ideológica de la Nueva Defensa Social*, cit., p. 182.

208 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 190.

209 Mientras que en Alemania la dirección iniciada por VON LISZT retrocedió durante el presente siglo frente a las teorías predominantemente retributivas, en Italia y Francia ha renacido la orientación basada en la prevención especial gracias al "Movimiento de Defensa Social", sobre todo en su versión moderna de MARC ANCEL. Se dice que el fundador de esta dirección fue F. GRAMÁTICA. En: MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 57; en palabras de FERRAJOLI "De MARC ANCEL, que inspiró en gran parte de la cultura y las prácticas penales reformistas tras la II Guerra Mundial en Francia e Italia, base programática del principio de diferenciación y de la individualización de las penas, con matices humanitarios". En: *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*.

ción del Derecho penal desde dentro²¹⁰, desde una posición más moderada en relación a GRAMÁTICA²¹¹. Este autor marca cierta distancia con el Positivismo, de este modo rechaza el determinismo, tanto en su versión de fatalismo biológico como de necesidad social y, por ende, de cualquier clasificación biotipológica *a priori* de los delincuentes.

No se trata de buscar la clasificación de los delincuentes, sino de encontrar las razones individuales que han llevado al acto delictuoso, es decir, el acento se pone sobre una visión «dinámica del delito».

Por otra parte, el deber moral, este sentimiento de responsabilidad o culpabilidad, no sólo está referido al hombre, sino también a la sociedad, lo que lo conduce a promover el respeto por los derechos fundamentales como sustento de su dignidad como persona humana, contrario a determinadas concepciones acuñadas por los positivistas.

Observamos, que los postulados novedosos de la nueva Defensa Social son: una reacción formal contra el excesivo juridicismo y desjuridización de ciertos conceptos; una nueva consideración de la personalidad del delincuente y del sistema de sanciones, y, por último, la noción de acción social de la reacción contra el crimen²¹².

En resumidas cuentas, rechaza una dogmática penal improductiva por su tecnicismo y por la profunda abstracción de sus elementos intrasistemáticos, como método incapaz de apreciar la verdadera dimensión social del delito y de este modo construir una verdadera política criminal que se oriente socialmente en la lucha contra la criminalidad, proveyendo de una mayor eficacia las relaciones de la criminología con las instituciones penales.

Se trata, pues, de colocar nuevamente el centro de gravitación en la persona del delincuente, pero no desde una cosmovisión individualista sino como ente social, y de allí construir un sistema penal real acorde con las necesidades del sistema social.

Se critica a la Defensa Social no saber explicar bajo qué mecanismos se sustituye la labor de la dogmática jurídico-penal, así como el sistema de sanciones, ancla en una preponderancia las exigencias de la sociedad en merma de los derechos individuales, basado en la prevención especial positiva, pero, en su vertiente inocuizadora o segregacionista.

210 Citado por BUSTOS RAMÍREZ; op. cit., p. 190; MARC ANCEL -vinculado con las bases epistemológicas del positivismo-, sintetiza su pensamiento programático en: *La défense sociale nouvelle, que tiene como título "Un movimiento de política criminal humanista"*.

211 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 154.

212 BUSTOS RAMÍREZ; ob. cit.

Bajo este matiz, se acepta la legitimidad de la imposición de medidas pre-delictivas basadas en una prognosis de peligrosismo, cuyos límites son muy difíciles de delimitar, desembocando, por ende, en un excesivo poder punitivo del Estado, de corte antigarantista caracterizado por el Derecho penal maximalista.

La corriente de la Defensa Social tuvo como intento adecuar la regulación jurídico-penal a las necesidades político-criminales mostradas por la ciencia, más que inscribirse en elementos de abstracción propios de la ciencia metafísica o del campo de la fenomenología, orientó su producción normativa de acuerdo a la realidad social, sin alterar los elementos de la teoría del delito.

MARC ANCEL critica duramente las posturas conceptuales preventivo-generales, así como las teorías retribucionistas por su carácter abstracto y absoluto, puramente teórico y metafísico, se inclina incondicionalmente a la prevención especial, como una opción superadora de ambas, sin excluirlas, sin embargo en el caso concreto, ya sea como una intimidación de naturaleza individualista o como forma de respuesta represiva frente a delincuentes que manifiestan determinadas tendencias conductuales en su obrar antijurídico. Pero, si finalmente lo primordial es lograr la resocialización, de reinsertar y de reeducar al delincuente, el acento nuclear habrá que ponerlo en el tratamiento al delincuente, a pesar de lo complejo que esto pueda significar y exigiendo una actitud positiva por parte del penado, sin dejar de lado la posibilidad de diagnosticar a algunos su incapacidad de lograr el programa resocializador, por ende, al igual que VON LISZT habrá que inocular y confinar a todos aquellos no susceptibles de readaptación social.

Conforme lo anotado, para MARC ANCEL, el fundamento de la pena es la necesidad del orden social, la corrección y la resocialización del delincuente, prescindiendo a este nivel de las necesidades de justicia del orden jurídico y de su restablecimiento. La pena entonces, no mira al pasado, sino al futuro, si se admite una retribución, será de dimensiones sociales no morales.

Se resumen los fines de la pena y de las medidas de seguridad en los siguientes conceptos: «prevención», «protección» y «reintegración»; asimismo estima que: "No se aplicará sanción alguna a los reincidentes incorregibles y anormales incurables, pues la prevención especial es imposible, sino tan sólo mediante la segregación de tipo humanitario"²¹³, al considerar al agente infractor como un ser "anormal", se desjuridizan los conceptos de delito y delincuente como consecuencia inevitable al estudio profundo de la personalidad del delincuente.

Al agente reincidente y al inimputable se les considera «intratables», como si la pena tuviese que cumplir un rol meramente terapéutico, aplicándoles una medida de seguridad indeterminada como respuesta punitiva monolítica, de

213 En: BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología - Estructuración Ideológica de la nueva Defensa Social*, cit., p. 184.

naturaleza segregativa, pues aquellos -en razón de su alta peligrosidad- deben ser confinados a perpetuidad, sin interesar el contenido antijurídico del hecho punible cometido (injusto) y al grado de su reproche culpable en el caso de los imputables, confundiendo así el fin entre pena y medida de seguridad.

Bajo tal postulado, a mayores necesidades de protección social más drástica será el grado de proporción de la sanción, a estas resultas la sanción va a convertirse en una retribución sin límites.

Esta nueva concepción de la pena, bajo la rotulación de la nueva Defensa Social, es de naturaleza más retributiva que preventiva, a pesar de postular que tanto las penas como las medidas de seguridad deben ser humanas²¹⁴.

2.2. Síntesis, Aportaciones Positivas y Objeciones del Pensamiento Re-socializador

La pena debe servir para evitar la comisión de futuros delitos, por ende, ésta debe orientarse como mecanismo de *enmienda y de rehabilitación para el agente infractor de la norma*.

El fin teleológico es de corregirlo, de darle la oportunidad de reivindicarse con los demás miembros de la comunidad a la cual pertenece, considerándose, por ende, susceptible de reintegrarse a los valores que rigen un determinado sistema social.

La prevención especial ha sido sostenida en diversos momentos, definidos en un determinado espacio histórico-social, mas su sustentación teleológica ha sido siempre la misma: de prevenir que el autor vuelva a reincidir, es decir, que su accionar antijurídico se manifieste contra el ordenamiento jurídico y, cómo se logra esta pretensión -a través del tratamiento de rehabilitación a tomar lugar en el establecimiento penitenciario-.

Los autores más antiguos, aquellos gestores de esta nueva idea de función de pena, como GROLMAN, eran de la consideración que el mal que producía la pena debía operar sobre la persona del transgresor, para que su impulso delictivo se convierta en una función antinómica, en la inhibición del impulso criminal.

Siendo así, la aflicción en que se constituía la sanción punitiva era orientada a neutralizar la tendencia delictiva del penado, pues éste no volvería a de-

214 A la ideología de la Defensa Social se le critica estar enmarcada en un excesivo paternalismo por parte del Estado autoritario, cayendo en la equivocidad de realizar diferenciaciones biotipológicas del delincuente, no centrando su foco de atención en el punto medular que es el hecho punible como una categoría social-normativa, tratándose al delincuente como un "enfermo social".

linquir a sabiendas que volvería a ser objeto de un castigo tan mordaz y gravoso como lo es la pena.

Se construye así, una especie de «prevención especial», pero bajo el contexto ideológico de una prevención general en sentido negativo, el temor a la sanción punitiva.

La «Prevención Especial» tuvo un relanzamiento teórico con el Positivismo en el siglo XIX, auge que inspiró las reformas legislativas de los Códigos penales de aquel tiempo. Lamentablemente, la acentuación del fin de prevención especial condujo a la estructuración o formación de un «Derecho Penal de Autor», contrario al moderno «Derecho Penal del Acto», pues al autor se le juzgaba por lo que era, por sus tendencias conductuales, por su status social, por juicios apriorísticos, mas no por el hecho punible cometido.

Esta reformulación teórica condujo a la imposición de penas elevadas, debido a la elevada prognosis de peligrosidad que revelaban algunos agentes delictivos. La pena en consecuencia es «prevención mediante represión».

A partir de la década del 60, se produjo una redefinición del concepto de la Prevención Especial expresado en términos de pedagogía social: «Resocialización»²¹⁵, abandonando conceptos antropológicos y biológicos, así como la co-responsabilidad de la sociedad en el delito²¹⁶, acentuándose el valor del tratamiento penitenciario, propuesto en la recuperación del penado.

Posteriormente, conforme a una consideración desde las ciencias sociales, al pensamiento de la prevención especial hay que atribuirle una serie de méritos, pues como primer punto su sistema teórico significó una revolución no sólo política sino también filosófica, planteando al Derecho penal, un fin que trasciende su esencia sancionadora, de proponer finalidades más allá del mal que supone la pena, es decir, desde una orientación finalista. Ha puesto de manifiesto el profundo abismo que separa la teoría de la práctica y los fallos de la primera, por desconocer la trascendencia del momento concreto de aplicación de la pena y su repercusión en el hombre también concreto, en el que tan

215 La resocialización expresa una fuerte dosis de contenido sociológico, lo cual viene secundado por el carácter eminentemente social de la ciencia del Derecho penal, pues toda norma jurídica tiene una función social que es la regulación de la realidad social configurante. No podemos olvidar que el delito tiene una triple naturaleza y una de éstas viene informada por su carácter social, pues éste se origina por la multiplicidad de relaciones sociales que se producen en el contexto de una determinada realidad social.

216 Fue DURKHEIM quien utilizó el método Sociológico para explicar las causas del delito, quien propuso la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, por ende, no sólo el transgresor necesitaba de resocialización sino también la sociedad como corresponsable. Para DURKHEIM el delito es un fenómeno social-normal, pues éste se deriva de la propia estructura de la sociedad, es por tanto, un producto cultural; importa la «anomia», informada por la falta de cohesión social, la que impide la prevención de delitos.

poco se había reparado²¹⁷, con aquello se desluce la posición retributiva, pues la pena no se agota con la aplicación de la pena, sus efectos desbordan dicho estadio ejecutivo e influyen sobremanera en la persona del condenado, en tanto se prosigue con todo un proceso dialogal entre el Estado y el penado que tiene incommensurables efectos para sus protagonistas.

La sanción punitiva no podía ser concebida como una mera aflicción o castigo que el penado habría que sufrir en compensación con su culpabilidad, en tanto la pena al ser una sanción de los hombres debe someterse a la humanidad y a la asignación de un fin, en este caso de procederse a todo un mecanismo rehabilitador a fin de prevenir que este mismo individuo vuelva a cometer delitos en el futuro.

La ideología resocializadora engloba una política paternalista del Estado, pero de naturaleza humanitaria y de orientación racional, es racional que una sociedad civilizada trate de controlar la criminalidad a través de su prevención, y para lograr este cometido, la prevención especial incide sobre el autor a través de objetivos, dependiendo de su naturaleza descriptiva a fin de reintegrarlo a la comunidad. Es más, pensando no ya en la pena en abstracto, sino en la pena ya impuesta, no cabe duda que ésta no puede tener otro "sentido" que el de facilitar la "integración" en la sociedad de quien la sufre, una vez cumplido el castigo, permitiendo la reconciliación de la comunidad y el delincuente, la aceptación de éste y la plena vigencia del principio de solidaridad y corresponsabilidad²¹⁸.

La prevención especial proporciona al condenado una nueva oportunidad para reintegrarse a los valores comunitarios y para tal fin asigna a la pena, finalidades de terapia social que tiene como fundamento permitir un nuevo enlace integracionista de la sociedad con el penado, bajo el presupuesto de que este último haya interiorizado esos valores que infringió con su proceder antijurídico.

Finalmente, como escribe MIR PUIG, quien vea en la protección de bienes jurídicos la función del derecho penal y atribuya consecuentemente a la pena la finalidad de prevención, deberá admitir que contribuye generalmente a la evitación de delitos una configuración de las penas que tienda a resocializar o al menos a impedir la definitiva perversión del delincuente²¹⁹.

217 SCHMIDHAUSER, E.; Vom Sinn der Strafe, cit., p. 72, citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 155.

218 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 156.

219 MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 58, en la teoría de la pena de GRACIA MARTÍN, la prevención especial cumple un doble rol: resocializador cuando sea necesario y limitador-restrictivo en función de la gravedad del injusto que en algunos casos puede ameritar su prescindencia, "La prevención especial en mi teoría de la pena, desempeña un papel muy importante en el sentido de que la imposición de la pena debe orientarse siempre en todo lo que sea posible a la resocialización del delincuente; no es, sin embargo, necesario que así sea en todo caso, y, por otro lado, la prevención especial

Se objeta al programa resocializador, desde variadas sustentaciones doctrinarias, entre ellas se argumenta que en aquellos delitos graves en que no se evidencia posibilidad de reincidencia, se prescindiría de una pena por no existir necesidades preventivas, pues el delincuente no amerita ser rehabilitado y resocializado, lo que en la práctica significaría un resquebrajamiento de la justicia material, produciéndose grandes espacios de impunidad²²⁰; en tanto aquellos infractores que han cometido un verdadero Injusto penal se librarían de una pena únicamente por el beneficio de la ocasionalidad.

En segundo lugar, y por el contrario, daría lugar a la imposición de penas desproporcionadas a los delincuentes peligrosos que hubieran realizado delitos de escasa gravedad²²¹.

Finalmente, en aquellos casos donde el delincuente revele una peligrosidad sumamente peligrosa, por ende, no susceptible de recuperación social, habrá que inocuizarlo y segregarlo de la sociedad en virtud de un criterio defensivo y proteccionista de la sociedad, mediante esta fórmula se legitima la imposición de la pena de cadena perpetua a través de juicios de pronóstico médico terapéuticos, como una antisocialidad de carácter perpetuo²²².

no puede nunca justificar la imposición de una pena que rebase la gravedad del delito (en nuestras palabras renunciando a criterios peligrosistas); su función, como la prevención general, es meramente restrictiva en el sentido de que la pena pueda dejar de aplicarse a aplicarse por debajo de la medida del injusto culpable cuando así lo indiquen consideraciones de prevención especial"; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 60.

220 Así, MIR PUIG, señalando que: "Se suele argumentar, contra la prevención especial, que por sí sola llevaría al intolerable resultado de impunidad para todos aquellos casos en que, aun tratándose de delitos graves, el delincuente no precise ser intimidado, reeducado ni inocuizado porque deje de existir peligro de que reincida"; Introducción a las bases del Derecho Penal, cit., p. 58; asimismo GRACIA MARTÍN "...si la pena se fundamentara en la prevención especial, no cabría aplicarla a quienes, habiendo realizado un hecho punible, no fueran peligrosos y, por tanto, no fuera necesaria la prevención de delitos futuros de los mismos"; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit. ps. 59-60.

221 GRACIA MARTÍN; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 60. Asimismo WELZEL, al señalar "Si hay un pequeño peligro de repetición, se concluye también que para delitos graves habrá que aplicar una pena ínfima (Denkzettel), como a la inversa, en el caso de gran peligro de repetición se llega a penas graves por hechos insignificantes (p. ej., en contra del tramposo habitual). Sus legítimas pretensiones no pueden realizarse, por tanto, desde el punto de vista de la pena, sino del de las medidas de seguridad"; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 332.

222 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; "E incluso con relación a los infractores habituales y profesionales plurirreincidentes -"incorregibles" en expresión de VON LISZT- respecto a los cuales la idea ambiciosa, pero equívoca, de prevención especial sólo puede esgrimir en su faz negra y vergonzante (en definitiva, metas inocuizadoras y segregadoras abiertamente antagónicas y opuestas a cualquier programa resocializador de integración o reinserción social); *Derecho Penal -Introducción*, cit., p. 157; la inocuización en su sentido más literal y

Es de verse, entonces, que se llega al equívoco de fundamentar la sanción no en la culpabilidad del infractor sino en el sustrato de su personalidad en relación al delito.

La clave central de la pena se desplaza, desde el hecho punible en sí mismo, a las necesidades concretas de prevención especial, esto es, a la demanda de resocialización que pueda llegar a determinarse en la personalidad antisocial del ofensor²²³.

Al convertirse el presupuesto de pena en la peligrosidad del autor, mas no en su culpabilidad jurídica se altera la proporción entre delito y pena, vulnerándose las garantías penales del Estado de Derecho, pues a un individuo únicamente se le puede imponer una pena en proporción a su culpabilidad, la culpabilidad es el límite de la pena justa. En palabras de ROXIN, la teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho Penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delito sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones²²⁴.

Fundamentar la pena únicamente en consideraciones de prevención especial no proporciona límites a la pretensión punitiva del Estado, el programa correccionalista muchas veces trascenderá el límite de la pena justa, asimismo el concepto de peligrosidad trasvasa los fundamentos generales del «Derecho Penal del acto», por un «Derecho Penal de Autor», de significado autoritario y maximalista, de que el Estado por medio del *ius puniendi* ingrese a ámbitos de la personalidad del individuo que sólo a él le pertenecen.

clásico, señala POLAINO NAVARRETE M., consiste en hacer inofensivo al infractor, neutralizar su riesgo desvirtuando definitiva o temporalmente, su capacidad criminal. En: "¿Medidas de Seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos?. Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre su fundamento y clases de las medidas de seguridad. La Ley. Actualidad Penal, p. 912; Citado por HERRERA MORENO, Myriam; Publicidad y Control Penal. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, 2002, p. 54; asimismo NILS CHRISTIE, quien desnuda las falencias del tratamiento por medio de las siguientes palabras "Pero no todas las enfermedades pueden curarse. El concepto de "no tratable" es la extensión lógica de las ideas de tratamiento. A veces no es posible ayudar a los enfermos a regresar a la vida ordinaria; es pues, necesario retenerlos, como a los ancianos en asilos o a los completamente incapacitados en unidades especiales. Ni sería justo esperar un éxito completo dentro del sistema de control de la delincuencia. Por lo tanto, este sistema también necesitaría unidades más permanentes para los recalcitrantes, particularmente porque se tendría que enfrentar asimismo con personas que hayan sido diagnosticadas como criminales peligrosos"; *Los Límites del Dolor - Tratamiento de la Delincuencia*, cit., p. 28.

223 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 115.

224 ROXIN; *Sentido y Límites de la Pena Estatal (Sinn und Grezen)*, cit., p. 17.

En cualquier caso señala CRESPO, parece claro que una orientación exclusivamente preventivo-especial de la pena es incompatible con los sistemas dualistas de consecuencias jurídicas del delito (principio de la doble vía)²²⁵, confunde ambas sanciones mediante la pretensión de unificar sus criterios en términos de *peligrosidad* en base a una posición monista, cuando la pena presupone siempre culpabilidad.

La «prevención especial», no puede sin más legitimar la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho, en un Estado donde se respetan las libertades humanas no se puede incurrir en un excesivo paternalismo-correcionalista, puesto que cabe preguntarse como dice ROXIN, qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla²²⁶, con qué derecho el Estado puede inmiscuirse en la esfera interna del individuo y someterlo a vías conductuales ajenas a su razón.

Castigamos pues, escribe GARCÍA-PABLOS DE MOLINA -se reconozca o no- fundamentalmente por razones de prevención general. La humanidad acude a la pena para proteger el orden social, garantizando la vigencia efectiva de ciertos intereses y valores de capital importancia (bienes jurídicos) sin los cuales no sería posible la convivencia. El origen histórico de la pena como institución, por tanto, tiene más que ver con la necesidad, que con ideales de justicia o resocialización del infractor²²⁷; la pena importa un medio necesario para fines sociales, de asegurar la participación del individuo en los diversos procesos sociales, protegiendo los valores jurídicos preponderantes para la satisfacción de intereses colectivos e individuales del individuo.

Se ataca la voluntariedad del penado, sólo a él le atañe decidir si se somete o no al tratamiento penitenciario, un estado democrático de derecho no puede imponer al penado contra su voluntad una determinada ideología o filosofía de vida.

No puede instrumentalizarse al hombre para los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto por su dignidad, importa el núcleo vital sobre el cual yergue el Estado de Derecho.

Con la imposición de tales medidas el mismo Estado se deslegitima. ROXIN se pregunta críticamente qué es lo que puede legitimar a una mayoría

225 CRESPO DEMETRIO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 65.

226 ROXIN, *Ibidem*; En palabras de BUSTOS RAMÍREZ la resocialización o el tratamiento como criterio de validez general o sustento fundamental de la pena parece cuestionable en su propia legitimidad y sólo podría, con determinadas condiciones -en especial con el consentimiento del sujeto-, acogerse frente a ciertos casos particulares y, en todo caso, prescindiendo de la ideología de la diferenciación que preside; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 87.

227 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Tratado de Criminología*, cit., ps. 953 y ss.

para subyugar a una minoría, conforme a sus formas de vida, de donde surge un derecho a educar contra su voluntad a personas adultas, por qué ciertos ciudadanos no pueden vivir como les plazca. Pareciera, por cierto, muy probable como fundamentación de ello el hecho de que tales personas son molestas o incómodas para la mayoría²²⁸.

La democracia reside en el respeto por la individualidad, por la diferenciación de raza, sexo, ideología política, así como de tendencias conductuales, es decir, de determinados *modus vivendi*.

El Derecho penal como medio de control social sólo encuentra legitimidad para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, así como en las libertades fundamentales, cuando se manifiesta una lesividad externa, cuando se lesiona o pone en peligro bienes jurídicos tutelados. Sobrepasar este ámbito social significa desnaturalizar y contradecir un Derecho penal mínimo, más allá de la imposición de la sanción y su efectiva ejecución, el Estado está impedido de sobrepasar este muro de contención, que ejercen positivamente los derechos fundamentales.

Siguiendo el hilo conductor, diremos que el Estado debe respetar la libertad individual, como corolario de sujetos auto-responsables y como pilar de un Estado de Libertades que respeta y promueve la individualidad.

En definitiva, como ha puntualizado CORDOBA RODA, la resocialización sólo significaría reconocer como fin de un Estado democrático la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado, y con ello la falta de control y rediscusión de éste, ya que las pautas de resocialización son determinadas por él y sus instituciones, lo que puede significar en definitiva el totalitarismo de uno, de algunos, o de la mayoría sobre la minoría.

Todo este bosquejo situacional ha llevado con razón a BARBERO SANTOS, denominar la "crisis del pensamiento resocializador"²²⁹. Una crisis que comienza con preocupaciones de índole ética, que ponen en duda la equidad del modelo, pues justamente desde el prisma de la equidad queda en evidencia la hipocresía de la rehabilitación penal²³⁰.

A ello se suman problemas de orden práctico, es decir, el tratamiento penitenciario exige el desembolso de grandes remesas dinerarias y esto es muy difícil de acceder, aún en países en grandes niveles de desarrollo, piénsese, en el Perú, una Nación sumida en la más extrema pobreza, con un Estado aqueja-

228 CLAUS ROXIN; ob. cit.

229 Marino BARBERO SANTOS; *Marginación Social y Derecho Represivo*, Barcelona, edit. Bosch, 1980. ps. 175 y ss.

230 WOLFGANG; *Orientamenti attuali nel campo de lla filosofia penales*; citado por D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 116.

do de gran endeudamiento público, con una economía recesiva, nuestros Establecimientos Penitenciarios, debido a la falta de recursos materiales no cuentan con las condiciones mínimas para que la prisión detente efectos socializadores, máxime si sus efectos perniciosos son los que arrojan las estadísticas numéricas, convirtiéndose las prisiones en Instituciones, Totales como las definía GOFFMAN²³¹.

En consecuencia, para que la resocialización no sea el mero reflejo de una metáfora lírica de contenido abstracto, se debe iniciar una verdadera Reforma del Sistema Penitenciario, pero no sólo una reformulación normativa, sino desde una plataforma esencialmente social.

Fracaso del programa resocializador se le atribuye al considerarse a la prisión como un factor criminógeno, de eminentes efectos perniciosos para el penado, la ideología del tratamiento estaba basada en los conceptos del pensamiento utilitario y científico²³², que no se corresponde con una realidad insostenible, incluso en los pocos casos en que ha habido realidades detrás de la terminología del tratamiento, no se ha confirmado ninguna reducción en las tasas de reincidencia²³³.

Se vive una actual crisis de la pena privativa de libertad que exige al Estado buscar nuevas fórmulas sustitutivas a la pena en aquellos delitos menos graves, que detentan un menor contenido disocializador.

Amén de que la innegable realidad de la ejecución penitenciaria produce, de por sí, magros resultados resocializadores, la idea de re-socialización penal hace crisis en sí misma, porque ve irremisiblemente afectada su base de legitimación²³⁴; su legitimidad decae irremediabilmente en su ocaso, cuando su base programática se enfrenta a una realidad que desborda su imaginación y que cuestiona sus líneas argumentales básicas.

Con un Régimen Penitenciario en libertad, sin paredes y muros que separen al penado de la sociedad y de sus lazos familiares, del cual sobrevenga

231 Así, IÑAKI RIVERA BEIRAS; al decir que: "El análisis relativo a las instituciones totales reconoce GOFFMAN a uno de sus más preclaros investigadores. El deterioro que sufre la personalidad de los internados -tanto en los establecimientos psiquiátricos cuanto en los centros penitenciarios- y la estigmatización que produce en ellos el paso por este tipo de instituciones, son aspectos centrales de su obra que, a su vez, suponen claros exponentes de las teorías que se enmarcan, en el llamado "enfoque del etiquetamiento" (o "labeling approach"). En: *Historia y Legitimación del Castigo, Sistema Penal y Problemas Sociales*, Director: Roberto BERGALLI, cit., p. 113.

232 Así, NILS CHRISTIE; *Los Límites del Dolor*, cit., p. 33.

233 NILS CHRISTIE; *Ibid.*

234 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 116.

un mayor margen de libertad del penado, mayores resultados rehabilitadores podrán obtenerse.

La postmodernidad ha traído consigo a nuestra aquejada realidad penal un retorno a las ideas de VON LISZT en su variante inocuizadora²³⁵, el crecimiento significativo de la criminalidad, así como la disfunción del Sistema Penal, ha llevado a la elaboración del discurso ideológico a una reformulación de la política penal, ya no inspirada en pretensiones preventivas de naturaleza individual, sino la metáfora se ha construido en términos funcionales colectivos de aseguramiento ajenos al contractualismo social llevado al campo de la ideología oficial de la Defensa Social.

En efecto, señala HERRERA MORENO, de la exasperación de las discrepancias ideológicas entre un inmovilismo ultra ortodoxo, en parte legitimador de los modelos punitivos retributivos, y un reformismo utópico e impracticable, nace el desaliento y el ansia pragmática de buscar, sin más, soluciones penales meramente resolutivas a corto plazo²³⁶, pues la actual tendencia punitivista ha significado una involución política criminal y una ruptura de las garantías penales obtenidas con la instauración del Estado Liberal de Derecho, una política penal orientada únicamente a los fines inmediatos, a un efectivismo en el control de la criminalidad²³⁷ y de encontrar en la policitación de la norma una forma útil para tranquilizar a la sociedad, es decir, a partir de la vigencia de la norma se busca asegurar la estabilidad del sistema social de una forma cognitiva.

La resignación por el utopismo resocializador ha reconvertido los fines del Sistema Penal, de reconducir la política penal por el sendero de los resultados estadísticos y del enfoque pragmático ante el desprestigio de la teorización pura; en efecto, nuestra legislación penal en los últimos años ha significado un endurecimiento de las penas y la creación de más tipos penales, una muestra palmaria es la institución de la pena de cadena perpetua que refleja un contenido meramente inocuizador.

En resumidas cuentas, debemos cuestionar la misma terminología empleada por esta postura teórica, pues no podemos *resocializar a quien no estuvo socializado; asimismo, los delincuentes, pertenecientes a un estrato socio-eco-*

235 Así, MIR PUIG, al sostener que: "Se habla de un retorno a VON LISZT. Se ha reflejado, como resultado más sobresaliente, en el Alternativ-Entwurf que opusieron un grupo de profesores como alternativa "progresiva" al Proyecto Oficial del Código Penal de 1962, cuya vinculación con el programa de VON LISZT fue reconocida en la Strafrechtlehrtagung celebrada en Münster en 1967..."; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 57-58.

236 HERRERA MORENO; *Publicidad y Control Penal*, cit., p. 41.

237 En un Sistema Penal regido bajo modelo del "Crime Control" o de tolerancia cero, se priorizan los fines del sistema arriesgando las libertades de los ciudadanos, priman los intereses estatales en desmedro de los derechos y libertades individuales.

nómico elevado, son precisamente, los más socializados; a nuestro entender, entonces, a lo más que se puede pretender es a rehabilitar a quien infringió la norma, mediando un programa encaminado a evitar la comisión de delitos de cara a futuro.

2.3. La Prevención General Positiva o Integradora

Para los representantes de la «prevención general positiva o integradora», la misión de la pena no puede circunscribirse únicamente en una mera función intimidatoria o disuasoria, pues, la norma penal por medio de la amenaza legal debe desplegar efectos positivos en cuanto función de afirmación del Derecho, mediante el respeto o la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico, mediante la afirmación positiva de las convicciones jurídicas fundamentales²³⁸.

La prevención general ha dejado de ser entendida exclusivamente en sentido negativo, equiparada a la simple evitación potencial de delitos, realizable por medio de la pena estatal²³⁹.

La prevención general positiva o de integración alude al aspecto de la inhibición de realización de delitos por la comunidad en general, tomando para ello en consideración un doble cauce; por un lado mediante el restablecimiento del derecho como mecanismo regulador de conductas y por otro lado como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva²⁴⁰.

Dicho lo anterior, la norma vendría a actuar como referencia comunicativa de integración social, a través de su interiorización individual, fomentando el respeto hacia el ordenamiento jurídico, por ende, la sanción punitiva cumple un rol estabilizador a partir de la función del ordenamiento jurídico en una comunidad social.

La pena pone fin a la conflictividad social producida por el delito, en tanto su imposición está orientada a la integración social por medio del enlace normativo que une al Estado con la sociedad.

Bajo este postulado teórico-conceptual, a la norma se le asigna la función conservativa e integradora del sistema social mediante su auto-confirmación fáctica, en pos de sus efectos «socio-pedagógicos-comunicativos».

La prevención general positiva es la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo y un auxilio para la conciencia

238 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 56.

239 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*. cit., p. 121.

240 DÖLLING, Dieter; *Generalprävention*, op. cit., ps. 2-5; citado por CRESPO DEMETRIO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 109.

normativa social, esto es, la "afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales"²⁴¹.

La función de prevención general positiva o integradora viene a fundamentar, explicar y limitar las necesidades de prevención, conforme a las funciones del derecho positivo en una comunidad social, en razón a una teoría sistémica social²⁴².

La ideología de la «prevención general positiva», aparece como una respuesta pacificadora, al "terror penal" argumentado por las teorías de la prevención general negativa esgrimida por VON FEUERBACH, a la crisis del pensamiento resocializador, fruto de su antagonismo con la realidad social y como una forma de superar las teorías retributivas, poniendo límites a las necesidades de justicia mediante un concepto de culpabilidad en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, se presenta en la prevención general positiva un nuevo concepto, cuyo objeto no es la intimidación sino la afirmación de la conciencia social de la norma²⁴³.

Una opción prevencionista en términos generales positivos obedeció a una reformulación metodológica en la dogmática penal alemana en los años setenta²⁴⁴; con el alejamiento de la preocupación por el sistema y el paso de la "aplicación" a la "concreción" de la ley en la realidad²⁴⁵, como un intento de acercar al Derecho penal a las necesidades reales de la sociedad

Esta nueva tendencia doctrinaria, fue impulsada por un mayor papel protagonista de la política criminal, así como de otras ciencias como la criminología,

241 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 147.

242 La teoría sistémico-social se deriva de la formulación de NIKLAS LUHMANN, para quien el derecho es una normación generalizada que debe ser aceptada mecánicamente sin requerir motivación alguna: se legitima sólo porque es aceptado; a tal efecto, la norma cumple el rol de mantener la estabilización y conservación del sistema social, pues el cuerpo social se encuentra integrado y cohesionado mediante las normas fundamentales del ordenamiento jurídico.

243 Así, DEMETRIO CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 111.

244 En cuanto al auge en las últimas décadas de las teorías de la prevención general positiva, CLAUS ROXIN lo explica del siguiente modo: "Eso se debe a varias razones. En primer lugar, porque una concepción de la pena orientada a la corrección individual se concilia mal con la tendencia descrita de minimizar los riesgos de la sociedad. Los eventuales déficits de personalidad de un autor individual, que además resulta a menudo difícilmente identificable en este ámbito, tienen desde el principio un papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad en su conjunto. Además, las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales"; *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, cit., p. 28.

245 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 257.

sociología, ciencias empírico-sociales que fueron impregnando la funcionalidad del Derecho penal, conforme a los nuevos retos y misiones que la realidad social proporcionaba, de esta forma se tiende un puente entre la dogmática y la política criminal facilitada por la criminología, con la intención de abordar el problema de una forma más realista, percibiendo al delito en su real contexto que desborda la esfera normativa -como un problema "social"-.

El aumento de interés por la política criminal y su puesta en relación con la dogmática penal constituye una de las bases en las que se apoya la prevención general positiva para conseguir un primer plano de actividad penal, ya que, esta teoría surge en el marco de la teoría de los fines de la pena, y éstos se conciben como necesidades político-criminales²⁴⁶; entonces, las categorías dogmáticas del delito no pueden ser concebidas como meras categorías sistemáticas, sino desde un punto de vista funcionalista, como instrumentos que sirven al servicio de los fines privativos del Derecho penal, dicho en otros términos: *a la prevención de las conductas desviadas, sea dirigiendo un mensaje de confirmación normativa hacia el colectivo o, incidiendo en una limitación de la pena, conforme a las necesidades del sujeto infractor.*

Las teorías «preventivas-integracionistas» concilian la función de la pena con la función del derecho positivo, la función de la pena tiende a cohesionarse *funcionalmente con los objetivos que persigue primordialmente el Derecho penal*. En tal sentido, CALLIES, para quien la pena no puede ser sino consecuencia de la función del derecho penal positivo²⁴⁷.

En su formulación teórica, CALLIES como bien señala MIR PUIG, en nuestras propias palabras, busca circunscribir la función de la pena en la misma esfera del sistema penal, pues así se centra la problemática en sus verdaderos contornos sociales, en su terreno específico: en la realidad de los procesos sociales, que han de reflejarse en una teoría del derecho positivo como "estructura de los procesos sociales"²⁴⁸, importa una positivización teórica, apoyada en la base de los sistemas sociales, de explicar el funcionamiento del derecho penal positivo, conforme a la estructura del entramado social.

Mediante la norma se produce un proceso dialogal entre los sujetos intervinientes, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado (*alter ego* y tercero en la terminología de CALLIES), que se hallan en una relación de interacción y de

246 PÉREZ MANZANO, Mercedes; *Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid. Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 37.

247 Ver CALLIES; *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974; Citado por MIR PUIG S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 69 y SS.

248 Así, MIR PUIG; *Ibidem*.

comunicación recíproca, definible como “complejo de expectativas recíprocamente referidas unas a otras”: Cada sujeto hace nacer expectativas específicas en los otros dos, a la vez que las posee respecto de ellos²⁴⁹; este orden comunicativo se explica a través de los comportamientos que asumen cada uno de los protagonistas por medio de la sanción punitiva, el Estado mantiene la expectativa que los ciudadanos adecuen su conducta conforme a Derecho, asimismo la sociedad espera una reacción legítima del Estado, frente a la comisión de los hechos punibles.

La regulación propia de la norma penal opera mediante la intervención de la pena: Si el derecho se presenta como una red de interacciones y comunicaciones esperables, la pena es un momento constitutivo en el complejo proceso de regulación de acciones comunicativas referidas recíprocamente unas a otras²⁵⁰, entonces la pena actúa como puente comunicativo-regulador entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, como una dirección funcional, que debe marcar la actuación conductiva de los sujetos protagonistas que desenvuelven su rol a través de ella.

Dicho así: la función de la pena se explica en razón de la misión fundamental del Derecho penal: la protección de bienes jurídicos, no considerado en su acepción originaria por parte de la doctrina, sino como posibilidades participativas de los individuos en la sociedad.

En efecto, la pena cumple, en el actual régimen de ejecución de la pena, la función social de creación de posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal²⁵¹; por tales motivos, se asume una posición resocializadora en sentido sociológico, pues la función de la pena no se agota en la ejecución de la pena en su acepción retributiva, sino debe propiciar y crear mecanismos sociales participativos, la resocialización se logra por medio de la actuación decidida del delincuente, pues la pena es un diálogo entre el Estado y el condenado.

Esta es una teoría del derecho que pretende cohesionarse con la estructura principista del Estado Social y Democrático de Derecho, como postula la Constitución alemana (arts. 20, 28). El mismo MIR PUIG se ha pronunciado a favor de esta teoría, para quien esta teoría limita el *ius puniendi*, evitando la tendencia peligrosa de la prevención general (negativa) hacia fórmulas de rigor (terror penal), además, prevenir el delito no sólo a través del miedo al castigo, sino de la afirmación del Derecho -y ello manteniendo los límites

249 Así, MIR PUIG; *Ibidem*.

250 Así, MIR PUIG; *Ibidem*.

251 R.P. CALLIES; *ob. cit.*, p. 173; MIR PUIG, *Ibid*.

eficaces del ius *puniendi* propios de un Estado social y democrático- es muy satisfactorio²⁵².

A nuestro entender, esta postura teórica-conceptual, importa una aproximación de la teoría del Estado, combinando las funciones del Estado de Derecho con la del Estado Social, fija límites sociales a la pretensión punitiva²⁵³ y provee de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad.

La orientación preventiva, se aparta entonces, de la prevención general dirigida al terror penal y por eso mismo propone una prevención sometida estrictamente a los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, que implica su sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y dignidad de la persona humana²⁵⁴.

En resumidas cuentas, el catedrático de Barcelona entiende la prevención general en sentido restrictivo²⁵⁵, la intervención del ius *puniendi* se limita a su función fundamental, que es la protección de bienes jurídicos.

En cuanto al origen de la prevención general positiva²⁵⁶ se la debemos al penalista alemán WELZEL de acuerdo a las funciones que aquél asignaba al Derecho penal, distintas a las que actualmente le asigna la doctrina jurídico-penal, en sus acepciones actuales.

252 MIR PUIG; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 57; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 149.

253 Así, DEMETRIO CRESPO al escribir que: "la función imitadora de necesidades preventivo-especiales, y preventivo-negativas o intimidatorios; así por ejemplo el Código Penal alemán en los párrafos 47, 56 y 59, alude a la defensa del ordenamiento jurídico como criterio limitador en los supuestos en que por razones de prevención especial se aplica la no imposición de una pena de menos de seis meses y dos años de privación de libertad, o la amonestación con reserva de pena como sustitutivo de las penas de multa de hasta 180 días multa"; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 110; en nuestro ordenamiento jurídico penal, la prescindencia de una pena efectiva de privación de libertad (artículos 57° y ss: suspensión, reserva y exención de pena), se guían fundamentalmente por razones de prevención especial limitadora, sin mencionar a una defensa del ordenamiento jurídico, su aplicabilidad obedece a la sanción de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad menos desocializadores, pero sustentados sistemáticamente en razones de prevención general positiva en tanto el penado acepta las consecuencias negativas de su infracción penal sometiéndose a determinadas Reglas de Conducta que implican una auto-confirmación del Derecho positivo.

254 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 219.

255 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 127; asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, ibidem.

256 Así, QUINTERO OLIVARES; "En la actualidad tiene dos manifestaciones: la teoría, de origen WELZELIANO, que conecta a la pena con la conciencia ético-social del individuo, y la sistémica, de raíz luhumaniana, que representa fundamentalmente Jakobs en Alemania"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 105.

Para WELZEL la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-social²⁵⁷.

El Derecho Penal lleva a cabo esta protección de bienes jurídicos -dice WELZEL- del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera²⁵⁸, es decir, las normas jurídico-penales cumplen la función de proteger esos deberes ético-sociales, utilizando a la pena como un mecanismo efectivo para asegurar su vigencia como normas fundamentales.

Para este autor las normas penales se encuentran subordinadas a las estructuras lógico-objetivas (*Sachlogische Struktur*), pues son aquellas las que vinculan a los hombres mediante su contenido ético-social; en consecuencia, al constituir la misión fundamental del Derecho Penal proteger los valores fundamentales de una naturaleza ético-social y de carácter positivo, al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica²⁵⁹.

Conforme lo anotado, se evidencia una apelación a la conciencia social de la comunidad a través de la auto-confirmación del ordenamiento jurídico que se expresa tanto en la amenaza legal como en su imposición efectiva. Ante este estado de cosas, como afirma HASSEMER, la prevención de integración, a diferencia de la concepción clásica, revierte la misión de la pena, que ya no busca atemorizar ni intimidar a los posibles delincuentes, sino afirmar la conciencia social de la norma en todos los integrantes de la comunidad²⁶⁰, es decir, todos los ciudadanos son destinatarios de las normas (*Adressatnormen*), en concreto, el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya confianza en el sistema -perjudicada por el delito-hay que restaurar y fortalecer²⁶¹.

A este nivel es importante, destacar la formulación *normativista*, de «prevención general positiva», elaborada por el penalista alemán JAKOBS, quien des-

257 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 16.

258 WELZEL; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 16.

259 WELZEL; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 13; así también CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 111.

260 HASSEMER, W.; *Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*, En: autores varios. *Derecho Penal y ciencias sociales*, cit., p. 137.

261 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal- Introducción*, p. 149; como dice JAKOBS: "... destinatarios de la pena, ante todo, no son algunas personas consideradas autores potenciales, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones..."; BACIGALUPO ZAPATER: *Principios del Derecho Penal*, cit., p. 24.

de una posición de la teoría de los sistemas, se aparta de la misión que la mayoritaria doctrina le asigna al Derecho penal: la protección de bienes jurídicos, para dar paso a una proposición sociológico-normativista, siendo el núcleo fundamental de su sistema penal la función de la norma en el sistema social -desde una perspectiva funcionalista-²⁶², en la concepción de JAKOBS, el Derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación al contacto social²⁶³.

Bajo el denominado postulado «sistémico», la prevención general positiva juega un rol fundamental en el sistema penal: garantizar el ejercicio hacia la fidelidad en el Derecho. La función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir “prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma”²⁶⁴.

Esta prevención general, que se denomina positiva, porque no es meramente intimidatoria sino confirmatoria de la conciencia psíquica de la comunidad hacia el orden jurídico, se manifiesta en tres aspectos diferentes. Por un lado y ante todo, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas, pese a su ocasional infracción (“ejercicio de confianza en la norma”). En segundo término, la pena se orienta al “ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho” en el sentido antes mencionado. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (“ejercicio en la aceptación de las consecuencias”)²⁶⁵.

262 Así el mismo autor, quien señala “En correspondencia con la localización de quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma”; *Allgemeiner Teil* (Fundamento y teoría de la imputación). Los bienes jurídicos, pues, se encuentran tutelados a través de las normas, entonces son ellas las que asumen el control social, preservando su mantenimiento como proposición sociológica.

263 JAKOBS, Günther; *Allgemeiner Teil (Derecho Penal. Parte General)* - Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2da.edición, corregida. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997.

264 Así, Enrique PEÑARANDA RAMOS, CARLOS SUÁREZ GONZÁLES y Manuel CANCIO MELIÁ; *Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*, Grijley, Biblioteca de autores extranjeros N° 4, Lima-Perú, 1998, cit., ps. 15 y ss.

265 PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLES y CANCIO MELIÁ; *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gontfrier JAKOBS*, cit., ps. 16-17.

En este contexto, se entronca vigorosamente, la función de la norma como instrumento estabilizador del sistema social, que mediante la sanción punitiva se reafirma la validez fáctica del ordenamiento jurídico; JAKOBS prescinde de efectos psicológico-individualistas de contenido resocializante y propone un mayor énfasis en la función que la norma debe desempeñar como instrumento regulador de la convivencia social sistémica; por tales motivos, el Derecho no sirve para restablecer las cosas al estado anterior a la comisión del delito, es decir, en su connotación reparadora, sino tiene un significado social, pues la pena impuesta al autor lo desautoriza como modelo de comportamiento en el aglomerado social.

El quebrantamiento de la norma consiste pues en esta contradicción con lo que ella establece y en la desautorización de la misma que conlleva²⁶⁶.

Ante esta formulación «normativista», se advierte un dialectismo en donde la pena sirve como fundamento que restablece el orden social alterado por el delito -contradicción del quebrantamiento de la norma que se ejecuta a costa de su autor- y que en términos positivos, revierte la defraudación de los asociados hacia la fidelidad en el Derecho.

La pena cumple pues, una función estabilizadora porque garantiza las expectativas sociales que el delito defraudó²⁶⁷.

En la teoría funcionalista de JAKOBS y otros autores que se adscriben a esta corriente penalista, se evidencia que la culpabilidad cumple un rol distinto a las teorías sistémicas político-criminales, así ha podido afirmar SCHÜNEMANN que la noción de culpabilidad constituye en sí un cuerpo extraño en el seno de un moderno derecho penal preventivo, cuya inclusión, desde el punto de vista político-criminal y sistemático, o se fundamenta de una forma nueva respecto al viejo derecho penal retributivo, o debe ser rechazada²⁶⁸.

266 JAKOBS, G.; *Fundamentos y Teoría de la Imputación*, (AT), cit.

267 GARCÍA-PABLOS DE ACUNA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 149.

268 SCHÜNEMANN, B.; *La Función del Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo*, En: "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 152.; citado por DONNA, E. A.; *Teoría del delito y de la pena*, cit., p. 73; en palabras de JAKOBS la relación entre culpabilidad y el fin preventivo de la pena sólo puede consistir en que el propio fin coloree la culpabilidad. Más concretamente, la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general y se mide conforme a dicha prevención, que se concibe en términos positivos y aún preferentemente como ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho; Schuld und Prävention (Culpabilidad y Prevención), aunque en la lengua alemana se utiliza también la palabra "Verhütung"; *Estudios de Derecho Penal*, cit, ps. 7 y ss; a través de la culpabilidad se selecciona de entre todas las condiciones del hecho que ha producido una defraudación de expectativas una sola como jurídico-penalmente relevante y esa condición consiste en un defecto de motivación del autor, que a su vez aislado de sus condiciones determinantes;

A nuestro entender, la «culpabilidad», no puede ser utilizada en términos de necesidades preventivas generales, sino como un límite y basamento de todo el sistema de punición, que el juzgador no puede desbordar y desconocer, al momento de la «determinación judicial de la pena».

2.4. Argumentos a Favor y en Contra de la Teoría General Positiva o Integradora

A favor, se le atribuye a esta teoría, formular una orientación integracionista fundada en la función de la pena, de cohesionar el sentimiento jurídico a partir de la funcionalidad preventiva de la sanción punitiva, la afirmación del Derecho como objetivo ineludible en el «Estado Social y Democrático de Derecho».

Se aparta de una concepción preventiva –a todo consecuencia-, de instrumentalizar al infractor como ente ejemplificador para evitar la comisión de delitos en el futuro, que termina finalmente en un “terror penal”, en una inflación de la red penal sin límites, entonces, esta teoría ya no previene el delito mediante el miedo al castigo (disuasión), sino mediante la afirmación del orden jurídico, limitando el *ius puniendi* a las exigencias de un Estado Social de Derecho²⁶⁹.

Esta teoría no hace concebir falsas expectativas sobre la ejecución penal de la privación de libertad, y, en consecuencia, origina necesariamente una discusión sobre las alternativas reales a la misma, lo que es muy necesario²⁷⁰, de esta forma, se hace a un lado del programa resocializador en mérito a su utópica ideología, y hace frente a la realidad social tratando de proponer mecanismos sustitutivos a la pena de prisión, una sanción que en las últimas décadas ha ingresado en una profunda crisis.

así, PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, cit., ps. 65- 66.

269 La prevención general positiva difiere sustancialmente de la prevención general negativa en cuanto a la forma de cómo intenta internalizarse a la sigue del individuo, mientras que la negativa pretende coartar los frenos delictivos mediante un efecto contramotivador de naturaleza psicologista, la prevención positiva tiende un puente comunicativo entre el colectivo y el ordenamiento jurídico, apelando a la conciencia del “buen ciudadano”, de incidir en valores comunitarios de carácter integracionistas. Por eso se dice, que la prevención general negativa se dirige a todos los potenciales infractores, en tanto que la prevención general positiva se circunscribe al ciudadano honesto. Al criticar a la teoría de la prevención general positiva, señala LUZÓN PEÑA que: “En esta medida la prevención general “estabilizadora” carece de base racional: bajo una ornamentación estético-racional, la teoría legitima impulsos racionales y emocionales primarios ante el hecho criminal, así la pena se entiende como medio de reequilibrio psíquico de la sociedad”; *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979.

270 BACIGALUPO E.; *Principios del Derecho Penal*, cit., ps. 24-25.

El concepto de prevención general (positiva) integradora evoca y describe matizadamente -con un lenguaje más sociológico o psicosocial que normativo-²⁷¹, otros fines de la pena no propuestos en las teorías utilitarias, importantes sí pero no únicos en un concepto de pena en una comunidad social que necesita de respuestas racionales a la conflictividad social producida por el delito, no pudiendo ser circunscritas únicamente a una determinada función. Por lo que la teoría de la prevención general positiva se apunta a ofrecer criterios limitadores a la utilización de la pena, tomando como referencia la culpabilidad del autor, no estrictamente comprendida en su acepción jurídica, sino como una especie de retribución moral expiatoria, de que el penado asuma los costes gravosos de su infracción, la obligación de soportar sus costes, en palabras de JAKOBS.

En esta proposición metodológica, más son las objeciones y críticas, que los argumentos favorables, resulta indudable que deba reconocerse que la pena en orden a la justicia material cumpla la función de afirmar el Derecho como una reacción legitimada a quien con su obrar antijurídico ha quebrantado las bases sociales tuteladas por la norma penal. El problema se plantea, argumenta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, cuando se pretende legitimar la intervención penal por el solo cumplimiento de dicha función, con independencia de que la pena proteja los bienes jurídicos²⁷². Ello sería inadmisibile: equivaldría a dar prioridad a una función accesorio y simbólica, sobre la función instrumental básica que legitima la pena: la eficaz tutela de los valores fundamentales del orden social²⁷³, con esta proposición *sistemática-funcional* se subvierten las esenciales funciones del Derecho penal en una comunidad social, que es de tutelar los intereses jurídicos más vitales -tanto para la sociedad como para el individuo- de garantizar que el individuo pueda participar en los diversos procesos sociales, y que en el caso del infractor se le proporcione medios viabilizadores de reintegración e inserción social.

Un orden democrático de derecho, no fundamenta su legitimidad únicamente en la afirmación simbólica del ordenamiento jurídico, con ello se olvida que la justicia se realiza en función a una necesidad social básica: el mantenimiento de la paz social en una determinada comunidad, pero teniendo como eje principal al individuo, como una estructura psico-social, cuyo ontologismo no

271 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 150.

272 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - introducción*, cit., p. 148; así también QUINTERO OLIVARES en cuanto a las objeciones que se formulan a la proposición de JAKOBS "En primer lugar, se señala que el problema de la pena queda desligado de la función de protección de bienes jurídicos, propia del Derecho Penal, de suerte que nos hallamos ante un neorretribucionismo, que elimina de su ideario aquellos únicos aspectos "garantistas" insitos en el retribucionismo", el llamado principio de proporcionalidad"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 105.

273 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *ibidem*.

puede ser desconocido, a nombre de una pretendida reafirmación de la vigencia de las normas; las normas se funcionalizan a partir de un simbolismo que en realidad se dirige a proteger bienes jurídicos y que cumplen una función informativa de aquello que es prohibido y sancionado.

Si bien es cierto, que la pena cumple esta función simbólico-comunicativa, ésta se agota en la imposición de la sanción que recae sobre la persona del culpable, pues, si como hemos sostenido -en apartados anteriores-, que la pena es un proceso dialogal entre el penado y el Estado -que trasciende dicho estadio ejecutivo-, no se puede dejar al vacío los fines que la pena debe cumplir en tal desarrollo ejecutivo en prisión; de hacerlo significaría instrumentalizar -tal como lo hacían las teorías retributivas-, al penado por los fines en puridad *sistémicos*, que en este caso sería la vigencia de las normas.

Es importante hacer una delimitación programática en esta teoría, -como ya señaló en 1986 MIR PUIG²⁷⁴- entre un grupo que otorga a la prevención general, carácter fundamentador e incluso ampliatorio de la intervención penal, y otro que por el contrario utiliza la prevención general positiva con un sentido limitador de la misma. En el primer grupo se sitúan las teorías de autores como WELZEL y JAKOBS, en el segundo las de HASSEMER²⁷⁵, ROXIN y ZIPF²⁷⁶.

Si bien es cierto que el planteamiento de MIR PUIG pretende ajustarse a las exigencias de un Derecho penal democrático; no es menos cierto, que en general, esta teoría vendría a esconder una retribución al más estilo «hegeliano», que pretende estabilizar el orden social mediante la imposición de un mal que es la pena, ya no a nombre de una justicia moral o divina, sino en nombre de la afirmación del Derecho que trata de argumentar su legitimidad interna en los fines del orden jurídico, coincidentemente se pronuncia PEREZ MANZANO al apuntar, que es evidente que asignar al Derecho Penal la misión de conformar una actitud interna fiel al Derecho es un planteamiento que se aleja del absolutismo de la retribución pura, para acercarse más hacia el utilitarismo de la prevención, lo cierto es que quizás sea más lógico hablar en este caso de teorías mixtas y no absolutas, aunque hay que reconocer que ponen el acento en la

274 MIR PUIG, Santiago; *Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva*, PC. N° 1, 1986, ps. 51 y ss; citado por DEMETRIO CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 113.

275 HASSEMER plantea un rechazo de la Prevención General "Especial" de carácter intimidatorio, al estilo de FEUERBACH y su sustitución por una Prevención General amplia, porque sólo persigue la estabilización de la conciencia jurídica de la comunidad. En: Código Penal - Estudio Preliminar por ALONSO PEÑA CABRERA F.; Jurista Editores, Lima-Perú, 2004, p. 24.

276 DEMETRIO CRESPO; *ibid*; así, HEINZ ZIPF al señalar que "Hallamos este aspecto positivo principalmente en el concepto de defensa del ordenamiento jurídico". En: *Introducción a la Política Criminal (Kriminalpolitik) - ein Einführung in die Grundlagen*. Traducción: Miguel Izquierdo Macías-Picavea. De la edición española Edersa, 1979, cit., p. 143.

retribución²⁷⁷. Convenimos que dicha aseveración teórica, más se acerca a los postulados retributivos que a los propuestos en las teorías mixtas en razón de la función estabilizadora que se le asigna a la pena.

La pena se aleja del hecho punible en sí mismo, prestándole más atención a las necesidades sociales de prevención, según el criterio de que "sólo la pena necesaria es una pena justa"²⁷⁸. De este modo, se produce una ruptura de la culpabilidad del autor en relación a la gravedad del injusto cometido, tomando fuerza las necesidades preventivas en su función macrosocial e instrumental, de naturaleza estabilizadora.

En lo que refiere a la construcción dogmática-conceptual, «preventiva-general positiva» de JAKOBS, resulta importante hacer un acápite aparte, a partir de las objeciones que se han formulado contra su posición sistémico-funcionalista.

Para JAKOBS la pena tiene la función de desautorizar la desobediencia de la norma, como función estabilizadora que garantiza las expectativas sociales defraudadas por la infracción del autor, es entonces un retorno al dialectismo propugnado en la teoría hegeliana de la pena, la prevención general positiva es más una teoría "simbólica" que "relativa" o "instrumental". Y que presenta un llamativo parentesco con la teoría (absoluta) de la retribución jurídica de HE-GEL, puesto que no orienta a la pena a la protección de bienes jurídicos, sino al fortalecimiento del sistema y a la obtención de la confianza del ciudadano²⁷⁹.

Asimismo en palabras de CRESPO, el aspecto de defensa del ordenamiento jurídico recuerda a la teoría hegeliana del derecho de la pena, en la que la pena actúa, como negación de la negación, cuya consecuencia última es el restablecimiento del derecho²⁸⁰.

JAKOBS, al concebir a la Culpabilidad según las necesidades preventivo-generales, imputa y sanciona con pena allí donde la sociedad cree ver necesidad de pena, de este modo, se estructura un bien jurídico macro-social (la estabilización del orden social) en desmedro de los derechos preventivo-individuales (imputación individual y resocialización). Según FERRAJOLI, JAKOBS en su teoría sistémica no añade nada nuevo a la teoría de la desviación de E. DURKHEIM que

277 PÉREZ MANZANO, M.; *Culpabilidad y Prevención*, cit., p. 29.

278 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 125.

279 ZUGALDIA ESPINAR; J. M.; *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 72; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 148.

280 DEMETRIO CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., ps. 111-112; asimismo, FERRAJOLI "JAKOBS, inspirado en la teoría sistémica de NIKLAS LUHMANN, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social, merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las Instituciones (Derecho)"; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, cit.

concebía a la pena como un factor de estabilización social "destinado sobre todo a actuar sobre las personas honestas", señala el autor que dicha teoría es una ideología de legitimación apriorística -tanto del Derecho Penal como de la pena-, reduce al individuo a un sistema físico-psíquico, funcionalmente orientado a los roles derivados de un determinado sistema social²⁸¹.

Esta posición preventiva puede ser tildada de antidemocrática, pues reduce la función confirmatoria de la norma a su relación comunicativa con sólo un grupo de ciudadanos, marginando a los desviados o por los que variados motivos no pueden sujetar su acción conductual conforme al directivo de conducta contenido en la norma, es evidente que una pena integradora puede llegar a desbordar largamente el marco previo impuesto por el hecho punible, ocupada en la consecución de la meta preventiva y en el afianzamiento de la conciencia jurídica dentro de la comunidad²⁸².

Al reducir esta teoría al individuo a los fines autoconservativos del sistema social trae como consecuencia un poder penal-estatal sin límites, de tendencia maximalista²⁸³.

El Derecho Penal -en palabras de QUINTERO OLIVARES- queda vacío de contenido y de funciones intrínsecas y específicas²⁸⁴.

La eliminación de los límites del "*ius puniendi*" tanto en su aspecto formal como material conduce a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de legitimación democrática²⁸⁵.

Alessandro BARATTA, desde una objeción vinculada a la teoría de los sistemas en referencia a la teoría de LUHMANN, señala "Estaríamos pues ante una concepción conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal y promotora de la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes y, en particular, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación"²⁸⁶.

281 FERRAJOLI, L.; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, cit

282 D. FERNÁNDEZ; *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 125.

283 Así, también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; "Se reprocha también, a la teoría de la prevención general positiva, que potencie la intervención penal del Estado, lejos de limitarla"; *Derecho Penal -Introducción*, cit., p. 150; asimismo BARATTA A., *Integración-Prevención*, cit., p. 537.

284 QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 105.

285 QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit. ps. 105-106.

286 Alessandro BARATTA; *Integración-prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica* (traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huer-tas), CPC 24 (1984), ps. 533 y ss.; citado por PENARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO

Es claro que se produce una sustitución en el Derecho penal, de la prevención especial positivo resocializadora, propuesta por el positivismo de VON LISZT, por una prevención confirmatorio-integracionista, vulnerando las garantías del Derecho penal liberal, los principios de subsidiariedad y de ultima *ratio*, permitiéndose la intervención del Derecho penal en esferas de conflicto social que pueden ser abordadas por otras esferas del control jurídico, funcionalizando el derecho punitivo como una respuesta meramente represiva o sintomatológica a los conflictos allí donde se manifiestan, en el lugar donde se producen²⁸⁷.

Al respecto señala ROXIN, que la acentuación de las orientaciones preventivo-generales conduce a una extensión de la penalidad en todos los ámbitos socialmente relevantes, incluso en aquellos carentes de lesividad social²⁸⁸, por lo tanto se deslegitima el Derecho penal por vulnerar su legitimación interventora. Esto es legitimar el sistema de punición a partir de consideraciones ético-conservativas del sistema que conlleva trascender los fundamentos legitimadores del Derecho penal en una real democracia; como bien ha sostenido MIR PUIG, la injerencia del Derecho penal en la conciencia moral de los ciudadanos, esto es la imposición de aceptaciones éticas del Derecho, por medio de la pena es inaceptable desde los postulados del Estado Social y democrático de Derecho²⁸⁹.

En síntesis, si bien hay que reconocer que la teoría de la prevención general integracionista de MIR PUIG trata de trazar límites al *ius puniendi* estatal, por medio de los principios legitiman la intervención del Derecho Penal, éstos no son suficientes para legitimar la sanción punitiva reconducida al Estado Social.

Los valores ético-sociales que afirman la tesis de esta teoría por medio de la estabilización del sistema, vuelven a cubrir al Derecho penal, de un contenido ético-moral que no encuentra cohesión sistemática con un «Derecho Penal del Acto», como una garantía penal de primer orden en el Estado de Derecho, situación que termina por legitimar intervenciones punitivas expansionistas en las esferas de libertad del individuo –aquel ámbito que no puede ser intervenida por la normativa legal en el marco del Estado de Derecho-.

En esta línea de análisis argumental, la teoría de la prevención general positiva no aportaría nada esencialmente nuevo, pues sigue invocando los principios limitadores del “*ius puniendi*” heredados del retribucionismo y de la

MELIÁ; *Consideraciones sobre la teoría general de imputación de Günther Jakobs*, cit., ps. 22-23.

287 BARATTA, A.; *ibidem*, PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ; *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, cit., p. 23.

288 ROXIN C.; *Grundlageprobleme*, cit., p. 28; citado por PEÑA CABRERA F.; A.R.; *Los fines de la pena y la Inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua*, Revista de Derecho y Política “Directum”, N° 4, Lima-Perú, ario 2003, p. 63.

289 Citado por QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 106.

prevención especial, de tal forma que lo único novedoso sería la imbricación de esos principios en la prevención general, en una suerte de nueva redefinición sistemática de los mismos²⁹⁰; es decir, únicamente lo que cambia es el medio por el cual se pretende obtener el fin: la prevención de delitos en el futuro mediante una instrumentalización sesgada del individuo.

Esta teoría fundamenta su pragmatismo en una pretendida homogeneidad del ser humano, como si la persona humana respondería a una clase de arquetipo o de molde generalizado como una especie de ente automático, circunscribiendo arbitrariamente el círculo destinatario de las normas, esta equivocidad obedece a concebir una culpabilidad fundamentada en las necesidades preventivas, sin tomar en cuenta la culpabilidad en sentido material, al hombre no se le debe juzgar por lo que los demás necesitan de él (protección social) o en razón de las necesidades conservativas del sistema, sino por lo que hizo (el acto) y para tal fin se debe indagar cuáles fueron las causas que llevaron a ese hombre a hacer lo que hizo (déficit en la estructura interno-organizativa de acuerdo a una motivación normativa en relación a su estructura psico-física-social).

En definitiva, pues: la pena puede cumplir, también, una función "integradora"²⁹¹, y ésta se concretiza en la imposición de una pena mediante la realización de la justicia, pero como ya lo hemos señalado en líneas precedentes, la pena produce una relación dialogal entre el Estado y el penado, que trasciende dicho estado, que debe buscar su rehabilitación y tal efecto, la pena en el Estado Social se justifica y legitima en cuanto se orienta a la protección de bienes jurídicos -como bases existenciales imprescindibles que posibilitan la participación del individuo en los procesos sociales- mas no a la auto-confirmación del sistema mediante la vigencia contrafáctica de la norma. Mientras que las estrategias punitivas en los países democráticos no encuentren fórmulas más pacíficas a la conflictividad social producida por el delito -mediante la implementación de sustitutivos menos disocializadores que la pena privativa de libertad²⁹² de acuerdo con una orientación minimalista, las orientaciones preventivas-generales (sea en su tendencia negativa o en su faz positiva) van a reclutar cada vez más adeptos en los prácticos y un mayor acomodo en una sociedad que cada vez se siente más desprotegida ante una criminalidad emergente²⁹³.

290 QUINTERO OLIVARES G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 107.

291 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 151.

292 Sin embargo, señala QUINTERO OLIVARES, en la actualidad se constata una reducción del papel de estas últimas, anudada a una profunda crisis valorativa; los sistemas penales contemporáneos van siendo revisados a la luz de nuevos sustitutivos penales, nuevas penas y medidas encaminadas a la evitación de la separación del delincuente de la sociedad"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 110.

293 Al respecto, ROXIN; señala que la llamada prevención general positiva, esto es, el mantenimiento y la práctica en la fidelidad al Derecho, representan en Alemania el papel de la

La sensación de inseguridad, que perciben cognitivamente los ciudadanos, trae como inmediata reacción social la demanda al legislador de que se apriete con mayor severidad las redes de represión penal y como aquél no legisla siempre en sujeción a los lineamientos de un Derecho penal democrático, va a recurrir siempre al simple recurso instrumental que la «prevención general positiva» le proporciona, produciéndose un enfrentamiento entre el Derecho Penal y la política criminal, entre «garantías» vs. «eficientismo».

3. LAS TEORÍAS DE LA UNIÓN O SINTETIZADORAS

ROXIN, explicando la deslegitimación e insatisfacción de las teorías reseñadas, escribe que la teoría de la retribución, ajena a cualquier finalidad social de la pena, está en contradicción con la tarea social del Derecho Penal. Sigue señalando el autor, que tampoco resultan convincentes, consideradas en sí mismas, las teorías de la prevención general y de la prevención especial, pues ninguna de ellas ofrece un criterio limitador máximo de la pena a través de la culpabilidad del hecho²⁹⁴.

Las teorías «retributivas», al inspirarse únicamente en razones de justicia (también moral), no reconocen a la culpabilidad como un límite jurídico de la pena, entonces al satisfacer las necesidades de justicia imponen una pena ahí donde preventivamente no resulta aconsejable, llevada a toda consecuencia, legitiman la imposición de la cadena perpetua y porqué no decir lo de la pena de muerte.

Por su parte, la teoría de la «prevención general», como función sintomática, de vinculación psicológica, se encamina a interiorizarse en la pique del individuo, a fin de inhibirlo en sus motivaciones delictivas, para tal finalidad a más necesidades preventivas, más severa deberá ser la sanción penal llegándose a extremos indeseables «terror penal», donde la sanción asume una simbolización ejemplificante.

En tanto, que la teoría de la «prevención especial»²⁹⁵, consiste en una actitud paternalista y correccionalista del Estado, que pretende evitar la comisión

finalidad principal de la pena; La evolución de la Política Criminal, del Derecho Penal y el Proceso Penal, cit., p. 29.

294 ROXIN, C.; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., ps. 63-64; asimismo M. COBO DEL ROSAL / T.S. VIVES ANTÓN; "... los inconvenientes de las teorías absolutas radican en la idea misma de una pena sin finalidad, así como en lo evanescente del recurso a una idea abstracta de justicia, desvinculada de las necesidades concretas de la sociedad y del delincuente. Las teorías absolutas corren el peligro de hacer de la pena un indefendible mecanismo de venganza. Por su parte, las teorías relativas presentan el inconveniente de que, en aras de la prevención general o de la prevención especial, pudieran llegar a imponerse penas inmerecidas o desproporcionadas"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 818.

295 Así, QUINTERO OLIVARES, al apuntar que: "Además la prevención especial puede dar lugar a injustas desproporciones, pues si el criterio es la "peligrosidad demostrada" no hay ningún

de futuros delitos, corrigiendo al infractor; mas una prevención sin límites, pues al considerar un juicio de prognosis de *peligrosidad* del autor va a legitimar la imposición de penas indeterminadas, pre-delictivas, en defensa de la sociedad.

Por todas estas razones, era obvio que la doctrina jurídico-penal busque respuestas más conciliadoras y pacíficas al conflicto penal en cuanto a los fines asignados funcionalmente a la pena²⁹⁶.

Siempre en la evolución epistemológica del saber jurídico-penal, se ha puesto en evidencia, que después de dos posiciones antagónicas surge una tercera con el objetivo de conciliar las precedentes.

Dicho lo anterior, a fin de conciliar aspectos programáticos de las teorías retribucionistas con las preventivas, surge una posición ecléctica²⁹⁷ o «unificadora», que se encamina sintetizar ambas funciones en un único concepto de pena.

Estas teorías reconocen que la retribución es la esencia de la pena, pero creen que han de perseguir simultáneamente los fines preventivos²⁹⁸. Sin embargo, no intentan llegar a éste mediante una mera adición de principios de diverso origen y, a menudo, contradictorias, sino a través de una reflexión práctica y de una experiencia atenta al fenómeno global, total del fenómeno de la pena; y de un método: el método dialéctico²⁹⁹; por ende, la pena despliega sus efectos en forma ambivalente: ante la ley, propone la realización de la justicia en cuanto es justo, y ante los hombres, propone necesidades preventivas en razón de su acepción social.

límite a que la peligrosidad del sujeto se aprecie en la comisión de un hecho de mínima importancia, pero que haya podido poner de manifiesto, por ejemplo, una alteración psíquica del sujeto, en cuyo caso, y a pesar de que el hecho no sea "grave" en sí mismo, su autor puede ser sometido a un largo tratamiento penitenciario privado de libertad"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 99.

296 Así, QUINTERO OLIVARES; "Los inconvenientes que en sus últimas consecuencias plantean tanto el retribucionismo, como la prevención especial o la prevención general, han ido inclinando a buena parte de los penalistas a optar, en relación con el problema de la pena, por soluciones mixtas o eclécticas, hasta el punto de que este tipo de soluciones puede tenerse hoy por el "dominante" en la doctrina y en el Derecho positivo"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 99.

297 El eclecticismo de esta teoría surge como consecuencia de la lucha de escuelas que se produjo en Alemania, diera como resultado una dirección ecléctica, iniciada por MERKEL que en la actualidad constituye la opinión dominante de aquel país: MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 59; para MERKEL, que si bien señalaba que la pena es un mal y una respuesta a la acción realizada, estimaba que ella tiene en cuanto a tal fin que es fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa; En: BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 88.

298 DEMETRIO CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 66.

299 JESCHECK, H.; LEHRBUCH (AT), cit., p. 54.

Son teorías que tratan de combinar los principios legitimadores de las teorías absolutas con las relativas, en una teoría «unificadora»; en tal entendido, se trata de combinar al mismo tiempo la capacidad de reprimir y de prevenir, es decir, la utilización de la justicia con fines utilitarios. Según esta posición finalista, la orientación en palabras de SAUER sería reparar el injusto grave y expiar la culpabilidad, y además también, en cuanto sea posible, asegurar a la comunidad estatal contra el injusto y actuar (intimidar) mejorando (educativamente) al autor y a los otros miembros de la comunidad³⁰⁰.

La pena "es" retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se "orienta" a la realización de otros "fines" de prevención general y de prevención especial: a la prevención de futuros delitos y a la resocialización del delincuente³⁰¹; la pena se sostiene en si misma, por su utilidad, como meta de toda justicia, con arreglo en los fines del Estado de Derecho; pero aquella debe ser sometida a necesidades sociales, por lo tanto, debe someterse a fines preventivos -ora en razón de la individualidad (especial) ora en razón del colectivo (general)-, *punitur quia peccatum est, ne peccetur*.

Se admite la retribución, pero, normalmente, concebida al servicio de la protección de la sociedad, función ésta que justifica la retribución³⁰², empero, dicha retribución no puede rebasar el límite máximo de la prevención³⁰³.

Entonces, la pena será legítima en cuanto sea justa y útil³⁰⁴; mas es sabido, que ambos cometidos, al manifestar contenidos ambivalentes, en si —de diversa naturaleza—, no pueden coexistir de una forma proporcional, de manera que ha de otorgar preponderancia de uno sobre el otro.

La que más se acerca a los fines de un Estado Social es aquella que distribuye como subraya BACIGALUPO en momentos distintos la incidencia legítima de la utilidad y la justicia³⁰⁵.

La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena cuando opera preventivamente, pero, esta utilidad está sujeta a un límite, sólo resulta legítima en cuanto no supere el límite de una pena justa.

300 SAUER; *Derecho Penal*, cit., p. 362.

301 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - introducción*, cit., p. 164.

302 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 59.

303 Así, mediante esta proposición metodológica se arriba a la teoría del espacio del juego (Spielraumtheorie) en Alemania; así, DEMETRIO CRESPO op. cit., p. 66; MIR PUIG, S. "ámbito circunscrito por la culpabilidad dentro del cual, y no más allá, pueden tomarse en cuenta los fines preventivos"; cit., p. 59.

304 BACIGALUPO E.; *Principios de Derecho Penal*, 5ta. ed., Akal ediciones, Madrid, 1998, p. 22.

305 BACIGALUPO, E.; *Principios de Derecho Penal*, 5ta. ed., Akal ediciones, Madrid, 1998.

La pena se encuentra limitada por el grado de reproche culpable del autor, en cuanto al Injusto penal atribuible; de manera, que la culpabilidad importa un límite infranqueable, que no puede ser avasallado por razones de justicia, y en ese marco delimitador, la pena debe buscar una compensación entre los fines de prevención general y de prevención especial, cuyo propósito resocializador puede significar -en determinados casos- graduar la pena por debajo del grado de culpabilidad³⁰⁶.

En resumidas cuentas, las teorías de la unión son en esencia integradoras, al enlazar unas con otras.

Se las denomina, también, en la doctrina alemana «Spielraumtheorie» o «Rahmentheorie» por el modo que combinan las exigencias derivadas de los principios de culpabilidad y de prevención: porque reclaman una pena proporcionada a la culpabilidad, en el marco de la culpabilidad, si bien dentro de este ámbito (RAUM) admiten que puedan operar los principios preventivos³⁰⁷; la pena justa no puede exceder las necesidades preventivas, por ende, la culpabilidad asume una posición limitadora que los fines retributivos deben respetar al momento de la imposición judicial de la pena.

La teoría mixta se manifiesta en dos variantes a saber: -una concibiendo al fundamento de pena un contenido retributivo, donde la prevención juega un rol meramente complementario, y otra más innovadora, que -como escribe MIR PUIG- propuesto por un sector progresista de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución correspondiente únicamente a la función de limitar las exigencias de prevención³⁰⁸.

306 Así, ROXIN, al decir que: "Los fines de la pena consistentes en la compensación de culpabilidad, la resocialización y la prevención general deben perseguirse en el marco penal establecido por la culpabilidad personal del sujeto y en la medida más equilibrada posible, lo que no impide que pueda variarse el acento en una u otra dirección según las características del caso concreto"; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 64.

307 BAUMANN, J.; STRAFRECHT, A., T., cit., p. 12; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Derecho Penal -Introducción*, cit., p. 165.

308 MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 60; la dirección progresista en la dogmática germana se evidencia en el Proyecto Alternativo de 1966 (Alternativ Entwurf) que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, en la protección de bienes jurídicos, donde la prevención y retribución operan como límites de la pena. La pena es pues "una amarga necesidad en una comunidad de seres tan imperfectos como son los hombres", y no un proceso metafísico para realizar la justicia sobre la tierra. Los jueces pronuncian las sentencias a nombre de los hombres no a nombre de Dios, si no fuese así, aquélla no sería legítima aunque aquellos que no poseen la fe cristiana, la justicia en una democracia se basa en la posición de igualdad, asimismo la justicia se justifica y legítima en cuanto una necesidad social de regular una convivencia pacífica entre los hombres, por lo tanto, las respuestas jurídico-penales deben elaborarse en función

La primera dirección denominada "conservadora", que encuentra -en Alemania- encaje en el proyecto oficial de 1962, ve en la retribución el "fundamento" de la pena³⁰⁹, en esta variante unificadora se observa una sustentación teórica de la pena, encaminada a una a una posición, sobre todo retributiva, aparejada de forma subsidiaria por fines preventivos como meta político-criminal³¹⁰, pero oponible a las tesis sostenidas por los partidarios de una retribución "pura", de que la pena no ha de tener un "fin", pues el Derecho, como factor ordenador de convivencia, con el propósito teórico de "mejorarla", no puede consistir en un mero sistema de retribuciones, sin perjuicio de que en algún sector del Derecho, como sucede en el Derecho privado, baste con procurar la restauración de la situación anterior³¹¹.

El Derecho penal, como último medio de control social al cual hay que acudir para garantizar la autorrealización personal del individuo así como su participación en los procesos sociales, a partir de la exclusiva protección de bienes jurídicos no puede ser empleado, conforme a la idea de una aplicación *ab initio* de la norma con el pretérito fin de restablecer las cosas a su estado anterior, si bien en el derecho punitivo se alberga la función indemnizatoria (de contenido civil), ésta se limita a restituir en lo posible el estado del bien afectado antes de su lesión, pero no en sentido retributivo, pues el mal de la pena se suma al mal del delito, agravando la conflictividad social y no procurando vías de reiterancia, instrumentalizando al penado como un bandolerismo de la "justicia" negando su integridad y dignidad humana, como fundamento ético-social entre las relaciones Estado-ciudadano. Las principales diferencias que se observan entre la dirección conservadora y la progresista residen en tres datos -en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA³¹² -: la función que se le asigna al Derecho Penal; la relación entre proporcionalidad de la pena con el delito y las necesidades de prevención; y modo en que la articulan; y, por último, prioridad

de dicho ontologismo y con baremos racionalmente graduables (sólo una culpabilidad en sentido jurídico, pero influenciado de valoraciones político-criminales).

309 La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que "además" pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y -de forma más duradera- mediante la recuperación del delincuente, Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bonn, 1962, citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 169.

310 Asimismo, se desprende una función de prevención general positiva cuando la pena tiene a la "reafirmación del orden jurídico", que en nuestro concepto incidiría al momento de la determinación judicial de la pena, donde despliega inminentes efectos comunicativo-simbólicos hacia la comunidad, de integración social sobre la fuerza cognitiva del Derecho.

311 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 100.

312 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 169.

de la prevención general o de la especial, en el marco de una política de pura prevención.

Es de verse, por tanto, que la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad, en tal sentido, la pena justa en proporción a la culpabilidad no puede ser desbordada, ni por fines preventivos especiales ni por fines preventivos generales, en tanto, que ambas funciones preventivas son interdependientes funcionalmente, es decir, la prevención general requiere siempre de la prevención especial (se le conceda simple función correctora o bien preeminente), pues de otro modo la prevención general lleva a una contradicción en sí, que es la de ser, más que retribución, castigo puro y llano respecto del sujeto concreto: utilización absoluta de él en aras de la comunidad³¹³.

Las teorías dualistas o mixtas de primera época se limitaron a yuxtaponer los fines de prevención especial y general, reproduciendo por tanto las insuficiencias de las teorías monistas³¹⁴.

Al respecto anota ROXIN que el intento de subsanar estos defectos (de las teorías retribucionistas y las teorías relativas) yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas tiene por fuerza que fracasar, ya que la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo³¹⁵, el asunto no es sólo sumar los fines y aglomerarlos arbitrariamente, sobreponer unos sobre otros lo único que resulta es un antagonismo indefendible, ya que refleja y anticipa el problema de las antinomias de los fines de la pena³¹⁶.

Lo importante es discernir y saber diferenciar los fines preventivos con los absolutos, tratando de armonizarlos o dígase conjugarlos, con suficiente criterio valorativo en el proceso de punición, procurando limitarlos a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho.

Antonio BERISTAIN -conspicuo penalista español- antes de la reforma del actual Código Penal español de 1995, proponía desde una perspectiva de *lege ferenda* en su obra "Derecho Penal y Criminología" una serie de modificaciones que habría que introducir en el campo de la sanción punitiva desde una posición ecléctica basada en la ideología de la Defensa Social, pues así dice "Convendría, sin duda, distinguir más el período conminativo de las penas privativas de libertad, el impositivo y el ejecutivo. En el primero, la pena pretende intimidar

313 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 91.

314 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 100.

315 ROXIN; *Sentido y Límites de la Pena Estatal*, cit., p. 19.

316 DEMETRIO CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 67.

a todos apartándolos del delito con el aviso de que si alguien lo comete se le aplicará una sanción concreta (finalidad pedagógico-cautelar). En el segundo, el fin de la pena es pluridimensional, además de la prevención general en sentido estricto, pretende dar satisfacción a las víctimas del crimen cometido, y reprochar al delincuente su conducta pasada (predomina la finalidad retributiva, no vindicativa). En el tercero, en cambio, el fin es, o debe ser, unidimensional: la ejecución de las penas privativas de libertad pretende únicamente resocializar al condenado (finalidad reeducativa)³¹⁷.

Superando un concepto únicamente acumulador de los fines de la pena y en sustrato antagónico por su mera yuxtaposición de finalidades preventivas y retribucionistas, corren otros de carácter más complejo, pues pretenden una integración mayor o una visión más amplia del derecho penal³¹⁸.

Surge así una teoría «unificadora» o «integracionista», aún vigente en tiempos actuales, que otorga una serie de criterios legitimantes de la pena en sus distintos momentos aplicativos, en ese sentido ROXIN³¹⁹ que ha propuesto que la pena alcanza su legitimación en cuanto ella cumpla con tres fines: en el momento de la amenaza en abstracto, el fin de la pena es la prevención general, en el de determinación judicial de la pena los fines preventivos serán limitados por la medida de la responsabilidad penal del autor (culpabilidad), y, en el momento de la ejecución penal propiamente dicho adquieren preponderancia los fines resocializadores, es decir, la prevención especial, pero respetándose las

317 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*.

318 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 91.

319 ROXIN, Claus, *Grundlagenprobleme*, cit., p. 28; así, MIR PUIG al calificar de simple la construcción de ROXIN comparándola con la corriente representada por SCHMIDHAUSER ("teoría de la diferenciación"), pues no distingue entre finalidad general de la pena y fines específicos según los sujetos intervinientes en el proceso de punición. Se limita a centrar la problemática en las tres fases esenciales de la vida de la pena: la conminación penal, la medición de la pena y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde una respuesta distinta a la función de la pena, pero de tal modo que cada una de ellas presupone la anterior"; cfr. cit., ps. 63-64; para SCHMIDHAUSER la pena se justifica por su necesidad y tiene un sentido diverso para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo, debiendo operar el legislador con miras de prevención general, aun cuando debe también tener en cuenta la justicia; el juez con criterios de justicia y de prevención especial y los organismos penitenciarios ante todo, con estos últimos; *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1963, ps. 69 y ss.; Citado por M. COBO DEL ROSAL T.S. VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 821; en la construcción punitiva de SCHMIDHAUSER se desprende un mayor apego a la función retributiva de la pena, es decir, en razones fundadoras de justicia, así será lícito castigar por razones de prevención general para prevenir la comisión de delitos en el futuro, pero en sentido empírico -para reducir la tasa de la delincuencia-, no para atemorizar al colectivo a través de la amenaza penal, caracterizando en su programa, una mayor vitalidad al sentido e impresión que la pena debe generar en la comunidad, que en sentido benéfico para el infractor.

exigencias de la prevención general positiva³²⁰, es pues, en esta fase donde se expresa la eficacia de la amenaza legal, en concreto se afirma la vigencia fáctica del Derecho.

Posteriormente, ROXIN precisa su concepto de prevención de integración, como un supra-concepto, el cual tiene tres consecuencias. La primera de aprendizaje social-pedagógico, que lleva a producir un efecto de fidelidad al derecho. La segunda, de confianza, que es la que se produce cuando el ciudadano ve cómo se realiza el derecho y, por último, un efecto de pacificación, que es cuando el delincuente se ha esforzado de tal manera que la conciencia jurídico-general se pacifica, con lo cual el conflicto se soluciona, por encima de la contravención jurídica. En consecuencia, en este sistema funcional se integra la culpabilidad con la prevención, ya que el límite de la pena continúa siendo la culpabilidad, no como elemento puramente jurídico, sino en sentido político criminal, a la construcción de ROXIN se le denomina "Dialéctica de la Unión" (dialektische Vereinigungstheorie)³²¹, pues combina las funciones antagónicas de la sanción punitiva.

320 Como bien anota SCHÜNEMANN, la ejecución de la condena por parte de la Justicia Criminal, transmite en la colectividad un acto de comunicación simbólica de la condena, produciendo un fortalecimiento en el respeto de los ciudadanos hacia los bienes jurídicos de terceros.

321 Asimismo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 168; M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 820; de posición contraria, DONNA, quien en su monografía comprende a la tesis de ROXIN en la posición finalista de la Prevención General Positiva; *Teoría del delito y de la pena*, cit., ps. 69 y ss., tal vez por el hecho de incidir ROXIN en el aprendizaje social-pedagógico, que produce un defecto de fidelidad hacia el Derecho, pero éste no puede ser considerado como el efecto prevalente en su construcción teórica a pesar de que en sus últimas monografías el prolijo penalista alemán hace alusión a una teoría preventivo-integradora, así el mismo autor señala "De ello resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia (refiriéndose a las incidencias de la prevención especial y de la prevención general), que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado Social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor"; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., p. 59; una teoría preventiva limitadora ajustada a las exigencias del Estado Social, donde el merecimiento y necesidad de pena ya no son necesarios por razones de prevención general o de prevención especial, la pena carecerá de legitimación social y política, si el fin esencial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, sólo aquellos esenciales para garantizar una vida pacífica en comunidad social, la pena se encuentra limitada a la función subsidiaria del derecho punitivo, en tanto, no es necesario afirmar estos valores mediante la sanción, se deberá prescindir de aquélla, su construcción teórica al ensalzar la función de la pena al Estado Social, de cierta forma "minimalista", creemos que en el caso concreto las necesidades de prevención especial van a incidir sobremanera en relación a las de prevención general.

En palabras de ROXIN: "La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad"³²². Pareciese que ROXIN trata de reformular su planteamiento metodológico en base a la prevención especial positiva sin redefinir la misión fundamental del Derecho penal, por ende, sirviéndose para tal cometido de la prevención positiva; en tal entendido, la protección de bienes jurídicos toma lugar a través del orden externo, previniendo la realización de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, más no conductas que vengan contenidas por un matiz moralizante. Es de cierto modo, asegurar al ciudadano sus capacidades autogestionarias y que éste pueda servirse de los bienes comunitarios indispensables en su posibilidad de participación social. Por lo tanto, en el sentido y la finalidad de la pena se fundamentan simultáneamente en la defensa del orden jurídico, al igual que en la prevención especial positiva, concebida como una ayuda prestada al infractor a fin de que pueda superar sus dificultades de inserción social³²³.

La eficacia del Derecho penal surge, entonces, cuando la imposición de la pena sirve de protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual, de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena esté limitado a la medida de la culpabilidad³²⁴. De esta afirmación, se infiere que el autor trata de sintetizar la labor de la prevención general con la prevención especial, de distribuir sus incidencias legitimantes en determinados momentos, pero, fusionando su funcionalización en un sentido teleológico coincidente: la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos y el aseguramiento de que la pena no sobrepase la barrera que le viene impuesta por la culpabilidad³²⁵, no sólo como elemento o nivel normativo, sino también como un verdadero valor político-criminal, pero la finalidad preventiva de la pena no sólo podrá asegurarse con la culpabilidad del autor, la pena tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo³²⁶.

El objetivo es claro: que la pena suficiente sea proporcional a la responsabilidad del autor, una pena que sea lo suficientemente racional que permita su «reinserción» (prevención especial), por ende, la afirmación del sistema no

322 ROXIN, Claus; *Die Wiedergutmachung im System der Strafzweck*, cit., p. 37.

323 DREHER-TRONDLE; *Strafgesetzbuch*, p. 221; citado por D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y teoría del delito*, cit., p. 120.

324 ROXIN; *Sentido y Límite de la Pena Estatal*, cit., p. 31.

325 La construcción del sistema de imputación de ROXIN, en la definición de las categorías dogmáticas en lo referente a la culpabilidad, aquél la denomina "responsabilidad". Al respecto ver ROXIN, *Allgemeiner Teil (PG)*.

326 ROXIN; *Evolución de la Política Criminal, del Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., p. 61.

puede rebasar la individualidad, pues, el ciudadano no puede ser un objeto del sistema, sino el valor al cual el sistema debe respetar y salvaguardar.

En resumidas cuentas, las tesis de la «unión» hacen esfuerzos para limitar el *ius puniendi* superponiendo, para ello las funciones preventivas de la pena y distribuyendo equitativamente sus funciones legitimantes, para ello el límite de la pena justa es la culpabilidad del autor, de que ésta no puede sobrepasarla pero los fines prevencionistas pueden limitarla, incluso prescindirla.

Pero, en cualquier caso -señala QUINTERO OLIVARES³²⁷- estas teorías centran los fines del Derecho penal en la idea de prevención; en su entramado teórico la retribución, ya sea a través de la culpabilidad o de la proporcionalidad (o ambas a la vez), juega un papel limitados (límite máximo y mínimo) de las exigencias de prevención.

3.1. Objeciones y Críticas a las Teorías de la Unión

Una teoría que pretenda integrar una finalidad retributiva con una finalidad preventiva de la pena, sin incidir en diferenciaciones aplicativas de seguro que no puede estar exenta de críticas, al margen de sus construcciones conceptuales primigenias.

Importa una disfuncionalidad, producto de convergencias argumentativas, que van más allá del marco de legitimación de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho, pues con la formulación teórica DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ se proclamó una integración inconciliable de la «prevención» con la «retribución», a menos que se tenga como plataforma fundamental, la defensa de la persona humana.

Sin embargo, según nuestra concepción de pena, aquélla es un mal indispensable, por el mal causado por el delito que no se corresponde con las finalidades que sobre ella recaen en virtud de las necesidades sociales del Estado de Derecho, la razón de la pena radica en la autocomprobación ideológica del Estado en palabras de BUSTOS RAMÍREZ³²⁸.

La disfuncionalidad para BACIGALUPO, es una consecuencia de las teorías unitarias de la pena, ya que pretender articular la retribución y prevención conduce a una esquizofrenia en la que por un lado el límite de la pena se sitúa en la culpabilidad del autor, y por otro hay que atender a las exigencias del tratamiento³²⁹; empero, no podemos confundir la justificación de la pena como

327 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 100.

328 BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 95.

329 BACIGALUPO, Enrique; *Significación y Perspectiva de la Oposición "derecho penal-política criminal"*. En: R1DP, N° 1, 1978, ps. 16 y ss.

respuesta jurídica del delito y su legitimidad en cuanto las finalidades que ésta debe generar en una comunidad social, necesitada de respuestas racionales a la conflictividad social producida por el delito; una antinomia que a la larga va a hacer prevalecer los fines preventivos de la pena.

Se critica a esta teoría una mera adición de los fines -tanto de prevención especial como de prevención general-, sin considerar criterios legitimadores, según su grado de incidencia en todo el proceso del sistema de punición, sin hacer un análisis pormenorizado de cuál es el fin preponderante y qué lugar ocupa en el sistema constructivo-conceptual.

La mera acumulación, por otra parte, destruye la lógica interna y la coherencia de cada una de las teorías que inútilmente tratan de armonizarse, con lo que en lugar de subsanarse los defectos que presentaban, se multiplican éstos³³⁰, no se puede reconciliar una pena dirigida a la realización de la justicia, y por otro lado, una pena que tenga como límite las posibilidades de un tratamiento resocializador, una reprochabilidad jurídica, que difícilmente podrá armonizarse con el cometido preventivo-especial.

Estas teorías -como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA- fracasan en la práctica donde significarían un serio peligro si se aplicaran hasta sus últimas consecuencias, ya que aumentan el ámbito de aplicación de la pena y convierten a ésta -que siempre se justificaría- en un medio de reacción para todo uso³³¹. El problema de estas tendencias que se basan en una dirección teórica en concreto, es que si bien logran reducir sus fallas, en caso alguno logran eliminarlas totalmente y más que todo se trata de argumentar críticamente contra el modelo existente, que evidentemente no logra sustentarse³³².

QUINTERO OLIVARES fundamenta una crítica de las teorías unitarias, en el sentido de que aquéllas fundamentan la pena en la culpabilidad, y en su virtud, la retribución proporcionada a la misma limita el alcance y gravedad de la pena³³³, pues, en la imposición judicial de la pena se colmarán ambas finalidades: de producir un efecto conminatorio de alcance disuasivo a la colectividad y de fijar una pena al alcance de las necesidades resocializadoras del infractor. Pero sucede, como este autor agrega, que el sillar (la culpabilidad en sentido clásico...) está lleno de grietas, pues la moderna ciencia penal, o, al menos, la más avanzada, no admite que un concepto cuya validez científica ha sido am-

330 ROXIN, C.; *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., p. 11 (Sinn und Grenzen).

331 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 170.

332 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 90.

333 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 101.

pliamente rebatida pueda ser invocado razonablemente como «fundamentador y medidor» de la pena³³⁴.

En consecuencia, dado que la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad ha de conducir, *eo ipso*, a la supresión de la pena y sustitución de la misma por un sistema de "medidas"³³⁵.

Conforme lo anotado, hay que responder que si bien las teorías unificadoras pueden tener un precedente teológico³³⁶, las posteriores ubican su dogma metodológico en una culpabilidad en sentido material o como lo propone el mismo ROXIN, como una categoría dogmática de la «responsabilidad» a la cual impregna de valoraciones político-criminales y que opera en el momento de la aplicación de la pena en un sentido limitador, concepciones añejas evocan una culpabilidad de contenido ético como una reprochabilidad moral en términos indeterministas del libre albedrío, como un concepto asistemático por su naturaleza metafísica y su carácter empíricamente indemostrable o por el determinismo positivista de matiz psicologizante, ambas carecen de validez en un Derecho penal democrático.

Al autor no puede reprochársele por no haber actuado de un modo contrario al que pudiese haber actuado (conforme a Derecho) en la situación concreta, la culpabilidad debe nutrirse de un fundamento material, no sólo desde una dirección de motivación normativa -de que el autor conozca de la antijuridicidad y que en base a dicho conocimiento se ordene conductivamente-, la culpabilidad viene a ser entendida por la motivación del autor, conforme al directivo de conducta contenido en la norma, condicionado por una serie de factores que engloba todo un juicio de imputación individual comprendiendo su particular estructura psicosomática y, sobre todo, su grado de desarrollo participativo en la sociedad a partir de su socialización y el rol que éste cumple en el sistema social, entonces se debe hacer una distinción entre la culpabilidad como fundamento de pena y la culpabilidad como límite de la pena, la pena presupone la culpabilidad del autor, pero su margen aplicativo viene limitado por aquélla.

334 QUINTERO OLIVARES, *ibid*; asimismo, GIMBERNAT ORDEIG, quien rechaza el concepto de culpabilidad para medir y limitar el contenido de pena. En: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?* Estudios de Derecho penal. Segunda edición ampliada. Editorial Cívitas S.A., 1981, cit., ps. 105-130.

335 ROXIN, C.; Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad, cit., p. 143; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 176.

336 Así, DEMETRIO CRESPO; al señalar que estas teorías, tienen su raíz en ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, han sido sustentadas por teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, la escuela correccionalista española (Silvela, Concepción Arenal)...; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 66.

La pena viene a resultar una respuesta estatal de carácter coactiva, pero necesaria en cuanto a la atribución del Derecho de regular los procesos de interacción social y de dirigir mecanismos de control social para asegurar la paz social de sus asociados. Mas no le falta razón a QUINTERO OLIVARES, al anotar que la decisión de aplicar una pena, la duración de ésta y su clase, en la política moderna, no depende ya de juicios científicos, sino de la fidelidad a una política criminal³³⁷, y aquella es una estrategia programática que ha ido acentuándose en los últimos años con la introducción de una teoría del delito a partir de una concepción funcionalista sistémica, cargada de contenido sociológico y sobre todo de consideraciones político-criminales; sin embargo coincidimos con MIR PUIG, quien considera que la problemática disfuncional de la teoría de la pena obedece a "...la desvinculación de la dogmática tradicional respecto de la política criminal, pues el sector de problemas más afectado por las consideraciones político-criminales no es el de la teoría del delito, sino el de la pena y de las medidas de seguridad, cuya teoría dogmática no ha alcanzado, el grado de elaboración necesario"³³⁸.

La teoría de la pena a la luz del derecho positivo no puede encaminarse exclusivamente en valoraciones político-criminales, hacerlo significaría una estrategia punitiva sin límites y únicamente dirigida al control de la criminalidad en términos de eficiencia; la actual dogmática se esfuerza en una mayor aplicación empírica de acuerdo a los datos reales de la sociedad (la aproximación a la realidad como tendencia actual)³³⁹, apoyándose en la sociología y en la criminología, sólo así puede construirse un sistema de punición preventivo que tenga como límites los derechos fundamentales del ser humano.

En cuanto, a la teoría «eclectica» de ROXIN, se reconocen dos ventajas principales. La primera, haber intentado precisar los límites de la prevención general, concretando, de esta forma, el contenido de la función de prevención general que corresponde al derecho penal³⁴⁰. La segunda, haber perfeccionado el punto de partida diferenciador de SCHMIDHAUSER³⁴¹ vinculando entre sí con

337 QUINTERO OLIVARES; *ibidem*.

338 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 77.

339 Al respecto ver MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., ps. 257 y ss.

340 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 66.

341 SCHMIDHAUSER, fundamenta una teoría diferenciadora de la pena, parte de la distinción total entre una teoría de la pena en cuanto fenómeno social totalizador, global, y el aspecto vivencial o experiencial de la pena, contemplado en los diversos momentos del proceso por el que discurre la pena estatal, y las diversas personas que protagonizan los mismos. La distinción viene a corresponder con el binomio: fin (Zweck) y sentido (Sinn) de la pena; el primero, objetivo o función que con una institución se persigue y alcanza (erreichen), el segundo, contenido ideal de significación que se experimenta (erlegen) con la misma;

claridad las funciones propias de cada momento de la pena, de modo que se consiga dar unidad a todo el conjunto³⁴².

ROXIN trata de armonizar ambas funciones preventivas al momento de la determinación judicial de la pena, poniendo un énfasis especial en las necesidades resocializadoras del agente infractor³⁴³, una prevención limitada que se ajusta a las exigencias del Estado Social de Derecho.

La legitimidad de la construcción teórica de ROXIN, es de verse por su unicidad al ubicar en su estadio exacto las finalidades preventivas de la pena, ubicando en su posición una retribución como manifestación cognitiva del orden jurídico adecuado a los cometidos de justicia material.

Se rebate a esta posición que el principio de culpabilidad pueda funcionar como fundamento o límite de la pena, porque no es posible calcular con certeza y seguridad la pena adecuada a la medida de la culpabilidad, no es fácil concebir una pena justa de acuerdo al contenido de dicho principio, se podría propiciar márgenes de arbitrariedad en su uso judicial. Al respecto -ha dicho ROXIN-, que el principio de culpabilidad cumple su importante función político-criminal sin necesidad de que se consiga -y evidentemente no puede conseguirse- un cálculo exacto de la pena que merece cada delito³⁴⁴; en efecto dicha proposición se condice con las facultades discrecionales del juzgador al momento de la determinación judicial de la pena, en base al denominado criterio de conciencia y a un razonamiento lógico jurídico, el juzgador deberá imponer la pena de acuerdo con criterios eminentemente racionales, sin necesidad de una demostración empírica apoyada en datos reales. Últimamente ha predominado el deseo de otorgar al Juez la libertad conveniente para medir con criterio subjetivo la aplicación de la pena en cada caso concreto³⁴⁵.

Asimismo, se ha refutado a estas teorías, al no ofrecer un criterio limitador en lo referente a las medidas de seguridad, si la pena presupone culpabilidad, al autor incapaz de culpabilidad por deficiencias de motivación normativa, no se

Strafrecht, A.T., cit, ps. 52 y ss; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 171.

342 MIR PUIG; *ibidem*.

343 ASÍ, BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 92.

344 ROXIN; *Reflexiones Político-criminales sobre el Principio de Culpabilidad*, cit., p. 149; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 178; asimismo, ROXIN al escribir que: "...para mi concepción la culpabilidad y las necesidades preventivas (generales y especiales) forman conjuntamente la categoría que yo denomino "responsabilidad" (y que ya no corresponde con la "culpabilidad", porque ésta sólo es un presupuesto necesario pero no suficiente por sí solo para la responsabilidad)"; *Evolución de la Política Criminal, del Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., p. 50.

345 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 89.

podría renunciar al tratamiento, es decir, no existiría un criterio que ordenase prescindir de su imposición, proponiéndose un sistema unitario de medidas. Sin embargo, tanto la pena como las medidas de seguridad se sostienen, en razones preventivas y en defensa y protección de los derechos individuales y por qué no decirlo, de la sociedad, pero su imposición se determina bajo criterios diferenciadores, la pena recoge un hecho pasado antijurídico que se le reprocha al autor (retrospectivo), mientras que la medida de seguridad se proyecta al futuro en base a criterios de *prognosis de peligrosidad*, imposibilitados de desbordar el margen de penalidad previsto para el injusto cometido, es decir, proporcionalmente³⁴⁶, la proporcionalidad es un criterio derivado de la retribución, que se corresponde con la necesidad de que la pena se adecue a la gravedad del hecho cometido y aquello toma lugar, tanto en la graduación de la pena como de la medida de seguridad, pero sin duda denota un mayor protagonismo en las medidas de seguridad.

Entonces, ROXIN dirige su posición sistemática a fijar la pena adecuada mediante el límite de la culpabilidad mediante lo imprescindible preventivamente. Ciertamente, la posición constructiva de la teoría unificadora (eclectica) responde a la necesidad de limitar el uso de la pena en razón de las funciones preventivas de la pena desde fundamentos político-criminales, esforzándose seriamente a legitimarla según los límites impuestos por el «Estado Social de Derecho».

3.2. Posición Actual y Toma de Posición

La comunidad social, como colectivo, sujeto a una serie de disfunciones y de erosiones en su seno, propicia la aparición de comportamientos socialmente negativos, que en términos de ofensividad, *supone la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, merecedores y dignos de tutela penal*.

Dicho lo anterior, y tal como ha sucedido a lo largo de la historia de la humanidad, se ha necesitado de medios de control social destinados a sancionar comportamientos humanos de tal naturaleza y para tal efecto, se ha hecho uso del derecho punitivo, como violencia institucional estatal.

En un principio antes de la aparición del Derecho Romano, la violencia punitiva se encontraba en manos de los particulares, en tanto, ellos de propia mano asumían la función sancionadora, tomando lugar una especie de Justicia de Cadi o dígase el *ius talionis*, como tamiz de una justicia meramente compensatoria.

346 El principio de proporcionalidad se encuentra sancionado en el artículo 73° del CP, que prescribe que las medidas de seguridad deben ser proporcionales a la peligrosidad delictiva del agente, a la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

A medida que fue avanzando la civilización y con la estructuración de las grandes ciudades, tránsito que culmina finalmente con la irrupción de los Estados Nacionales, se ve la urgente necesidad de delegar la función subjetiva a perseguir y a penar, a este ente ficticio reconocido por toda la colectividad («Estado»); bajo este esquema cada ciudadano pierde una porción de libertad en aras de una mayor seguridad jurídica y política. De esta forma el Derecho penal se convierte en un instrumento de control social institucionalizado y formalmente estructurado a través de cuerpos codificativos, conforme la idea del principio de «legalidad»; dichas conquistas son producto de la civilización del Derecho penal como medio de control social y del avance de la humanidad como colectivo que desea vivir bajo el imperio de la razón y de la justicia.

El Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico más gravosa e afflictiva, pues cuenta con las sanciones más coactivas (*de mayor aflicción*), con las cuales se puede gravar a la esfera de libertad a un ciudadano, con una pena a los sujetos penalmente responsables y con una medida de seguridad a todos aquellos que racionalmente no les puede hacer responder por la producción del conflicto, de conformidad al Sistema Vicarial que rige nuestro actual sistema de punición.

Conforme lo anotado, el Derecho penal o *ius puniendi* pretende insertarse como proceso de comunicación simbólica en la esfera psíquica de los ciudadanos a fin de que éstos adecuen su conducta conforme al directivo de conducta contemplado en la norma penal.

Por lo tanto, la norma penal al contener la materia prohibitiva (acción) o de mandato (omisión) ejerce una función de garantía a los ciudadanos, definida por el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege praevia*), tal como lo demanda los dictados del Estado de Derecho.

Las normas como derecho objetivo contemplan la conducta que se pretende evitar, que se encuentra estructurada en tipos penales que finalmente delimitan el ámbito del Injusto, pero en su conformación utiliza necesariamente una sanción jurídica, con el objetivo de asegurar su cumplimiento, y esta función de injerencia, la ejerce la pena -como especie pública-.

Es de verse, entonces, que la pena como consecuencia a imponer a todos aquellos transgresores que con su obrar se manifiestan contra el ordenamiento jurídico, cumple una función garantizadora del fin primordial del Derecho penal, en cuanto a la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos.

Según la línea argumental descrita, la pena encierra en doble fin o mejor dicho funciones, en sí misma: -la prevención de delitos en abstracto a través de la conminación legal y asimismo su efectividad en su ejecución transmite un doble mensaje: la necesidad de recuperar a través de un tratamiento rehabilitador

a la persona del penado y por otro lado afirma la vigencia fáctica del Derecho-, plasmado a través de la eficacia de la amenaza legal en el colectivo-.

Ante lo mencionado, cabe hacer una importante salvedad, en principio es inevitable sostener que la pena tiene su esencia retributiva³⁴⁷; la pena importa una sanción que se impone como un «mal» a quien mediante su acción se ha infringido una norma penal culpablemente; por consiguiente, no podemos confundir el sentido de la pena o su esencia (*Sinn*) con las finalidades que una sanción tan drástica -como lo es la pena- debe generar y desencadenar, en una sociedad democrática (*Zweck*), en cuanto a sus fines utilitarios.

En palabras de MAURACH, la pena es un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento del derecho³⁴⁸, el infractor mediante su obrar antijurídico lesiona bienes jurídicos ajenos soslayando la paz social de la comunidad, en tal virtud toda acción legítima una reacción y esta reacción que se patentiza en la pena viene justificada ante las funciones de injerencia estatal, que se ejercen por medio del Derecho penal, entonces el delito es la causa que desencadena una reacción y aquella consecuencia es la pena.

Como bien dice DONNA, nadie, en su sano juicio, puede sostener que la pena no sea un daño causado a la libertad, al patrimonio o al honor del delincuente³⁴⁹ -desde un punto de vista naturalístico-, la reprobación jurídica tiene su fundamento en el carácter obligatorio (prescriptivo) de la norma violada y se apoya en el sentimiento de respeto a la Ley, que es básico para la subsistencia del orden jurídico³⁵⁰.

La pena, entonces, como sanción jurídica obedece a una pretensión estatal que se efectiviza en la instauración de un procedimiento penal, que luego del decurso de su iniciación y culminación, se comprueba una infracción culpable de la norma y que justifica la privación de un bien jurídico, que es la libertad personal, y sus derechos conexos; la pena es expresión de pura coacción estatal, que se comprende en una función pública de primer orden que es el *ius puniendi*, de carácter irrenunciable e indelegable; sin embargo, un aspecto muy diferente a saber, significa otorgarle una finalidad meramente retributiva a la pena, pues aquello significa orientarla a un *sin sentido*, a una *fuentes vacía de alternativas y de oportunidades a los protagonistas de la conflictividad social producido por el delito*, pues las finalidades de la pena deben construirse a partir

347 DONNA, E. A.; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 73.

348 MAURACH; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. 1, cit., p.79.

349 DONNA; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 73.

350 ROSS, A., COLPA, responsabilidad e pena, Milán, 1972, ps. 67 y ss.; citado por M. COBO DEL ROSAL/ T.S.VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 797.

del rol que el Estado juega en una sociedad democrática, y aquella es la de proteger bienes jurídicos, de crear y asegurar mecanismos participativos sociales, en tal fin, la pena debe dirigirse a evitar la comisión de delitos, sea incidiendo en la colectividad, mediando la amenaza penal, sea incidiendo en un plano de rehabilitación social.

La respuesta punitiva estatal institucionalizada, requiere de límites, y estos límites vienen informados por los derechos fundamentales, en concreto por el principio de culpabilidad y por exigencias político-criminales, de norte democrático.

El actual «Estado Social y Democrático de Derecho», tiene como base existencial a la persona humana, aquel importa su carácter fundamental, que no puede vaciarse de contenido material, en pos de un determinado objetivo político-criminal; la lucha contra una determinada manifestación criminal, exige la armonía de la legalidad, con toda esperanza de racionalidad y de razonabilidad.

Según lo anotado, la utilización de la pena como fin preventivo, necesita de finalidades que tengan por fin afirmar la conciencia jurídica de los ciudadanos, de saber que su proceder conductivo, no sólo contraviene normas jurídico-penales, sino también, normas mínimas de convivencia social, cuyo respeto resulta esencial para asegurar la vida social en democracia.

Finalmente, cuando esta pena es determinada judicialmente -cuando se ha comprobado la comisión u omisión del *injusto penal* y la consiguiente responsabilidad penal del imputado-, ésta deberá definir un intervalo de tiempo lo suficientemente razonable, para que el penado pueda recuperarse y volver a insertarse a la comunidad social que pertenece, pero no en criterios de una resocialización de contenido paternalista del Estado, en los asuntos individuales que sólo le incumben a la persona.

De lo que se trata, en otros términos, es de que el propio Estado ofrezca al sujeto una coincidencia consigo mismo, con su propio fin, esto es, ser un sujeto liberado y crítico³⁵¹, para ello el Estado debe proporcionar al penado mecanismos e instrumentos que le permitan desarrollarse conforme a los valores comunitarios, a fin de evitar la comisión de delitos y de fomentar la integración social.

Estos límites vienen asegurados y cubiertos por el principio de culpabilidad, pues la pena no puede sobrepasar la responsabilidad del agente, como productor del conflicto social, por ello, todos los delitos vienen premunidos por marcos penales mínimos y máximos, cuya funcionalidad permite graduar la pena conforme al contenido del Injusto, al grado de imputación individual; a su

351 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 96.

grado de -aportación delictiva-, conforme al examen de su socialización y culturización; aparejado a todo esto, al principio de «proporcionalidad».

La comisión de un delito produce un conflicto social y una alarma social justificada, por ende, su solución debe afrontarse en base a criterios de razonabilidad y de humanidad; en esa medida, la pena como respuesta sancionadora, no puede significar una venganza, una vindicta pública, sino que aquélla debe ejercer una suerte de puente entre el infractor y la comunidad, y como tal debe ofrecer soluciones que permitan que el penado esté en condiciones de reintegrarse y de retomar el rol que se le ha asignado como componente de un determinado sistema social.

La sociedad, al estar compuesta por seres imperfectos, como lo son los hombres, necesita de controles sociales y uno de estos controles o mecanismos sociales, viene atribuido fundamentalmente al Derecho penal; como medio de control social dirigido a prevenir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos y en esta directriz se justifica la pena como método de aflicción, que afirma el poder penal estatal destinado a preservar la estabilidad del sistema social; empero, dicha función debe tener una base preventiva, mas no represiva, pues si al Derecho penal se le encarga un fin netamente represivo, éste terminará finalmente por vaciar de contenido material, los intereses jurídicos, que precisamente tiene el rol de proteger.

La prevención no puede transformarse en represión, pues aquello significaría la retrospectiva a un oscurantismo punitivo, caracterizado por un Derecho penal maximalista, propio de Estados dictatoriales que instrumentalizan al Derecho penal como un medio opresor de las minorías y de preservar únicamente el *establishment* político imperante.

Tal como se ha sostenido, a un nivel dogmático y político-criminal, la pena como sanción institucionalizada, aparece como un problema de gran envergadura sociológica y porqué no decirlo de política criminal; en cuanto a la proyección de los instrumentos y mecanismos que ha de hacer uso el Estado, para contener y prevenir toda manifestación delictiva.

La función que el Estado atribuya a la pena a través de la legislación positiva, va a tener incidencias nítidas, en todos los sectores de una sociedad democrática, que encuentra su sustento legitimador en el respeto por la pluralidad y por la diversidad de ideologías y de pensamientos, pues, aquellos sectores duros o dígame radicales de la sociedad, demandaran de seguro, una mayor sobrecriminalización de las penas, es decir, la obtención de una respuesta más represiva del Estado frente al delito.

Conforme lo anotado, la apelación a la «prevención general» en sentido negativo, la posibilidad de intimidación pura a la colectividad a través de la san-

ción punitiva ejemplificante; mientras, aquellos que asienten sus bases ideológicas sobre la legalidad y sobre el cimiento que edifica al Estado Social de Derecho, optaran por asignar a la pena una función preventiva, dirigida a preservar la coexistencia social, de hacer uso de todos los mecanismos posibles que permitan la recuperación del agente infractor, al ser considerado éste un miembro importante de la comunidad social a que pertenece, sin que aquello implique avasallar los ámbitos o las esferas de libertad, que sólo a él le pertenecen.

La *rehabilitación* debe respetar la individualidad autonómica del penado, pues, el tratamiento no debe realizarse en contra de su consenso y conformidad, la «reinserción» del penado a la sociedad no debe sujetarse a condiciones ideológicas o políticas, basta que haya cumplido la pena y que haya realizado labores educativas o prestaciones laborales, para que éste haya saldado su deuda con la sociedad; el límite viene precedido por la culpabilidad, en concordancia con el principio de proporcionalidad.

A la «prevención especial», se le atribuye el mérito de haber concentrado su interés sobre el individuo, considerando como tal sus particularidades, así como las diversas características psico-físicas hasta de socialización que éste puede presentar, y no referirse solamente a un ser abstracto e indefinible, como es el caso de la teoría «retributiva» y de la «prevención general».

Conforme la postulación mencionada, se refleja una vocación humanista, pues pretende el encuentro con un hombre real y no imaginario; es finalmente es el hombre en sentido individual y racional el centro de imputación jurídico-penal. Por otro lado, despoja a la pena de un matiz moralizante hasta religioso, ya que la adecuación de la pena se basa en magnitud de su obrar antijurídico -que se manifiesta en el grado de afectación producido en el bien jurídico- y en una culpabilidad en sentido individual, son a estos los baremos, que deberá remitirse el Juzgador al momento de determinar el cuántum de pena a imponer, lo suficientemente temporal para alcanzar la rehabilitación y posterior reinserción del penado a la sociedad. Aquello expresa una ideología social, de un Estado preocupado por la suerte de sus ciudadanos y de hacer todo lo posible por recuperarlos, sin tomar en cuenta -únicamente-, las disfunciones que propicia la perpetración del hecho punible, en el ámbito social de la colectividad.

Aquello no significa de ninguna manera, renunciar a la función de prevención general, pues la comunidad debe saber que sus acciones u omisiones que constituyan delito son susceptibles de ser sancionadas y por ende ejecutadas en la eficacia de la amenaza legal a través de la pena. Esta posición no es una aspiración de *lege ferenda*, sino es una realidad de *lege lata*, puesto que los fines que el legislador del CP de 1991 le ha asignado son claros: el fin de la pena es la «prevención, protección y resocialización», a través de la protección de bienes jurídicos, en concordancia con la consagración de nuestra Carta Política de 1993, que establece como fin del Régimen Penitenciario en su artículo

139° inc. 22): la «reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad».

Dicho lo anterior, somos categóricos al afirmar que la función del Derecho penal se armoniza plenamente con los fines de la pena: la «protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos», es decir, asegurar la posibilidad participativa de los ciudadanos, de las prestaciones sociales y estatales.

La prevención tendrá incidencia general y especial, pero, esta última tendrá mayor preponderancia al momento de la ejecución de la pena.

En resumidas cuentas, las teorías de la pena planteadas, a lo largo de la evolución epistemológica del saber jurídico-penal, han obedecido a una determinada concepción de Estado, de la sociedad y del individuo, conforme a una visión determinada del estado de la discusión; es sabido, por tanto, que por medio de la pena el Estado auto-confirma una determinada relación con los ciudadanos.

La pena no es sólo expresión de la legalidad como sanción jurídica a la norma violada, sino en la pena el Estado formula una determinada forma de combatir el delito, de manera que su legitimación es también de orden también política; mediante la pena se produce una serie de efectos comunicativos a los protagonistas del delito y la incidencia que despliega sobre aquéllos, propone una naturaleza diferenciada que se corresponde con la orientación filosófica, que en tal o cual teoría se propongan conceptualmente.

A las teorías «absolutas», le corresponde un Estado absoluto que aún no encontraba respuestas al delito más allá de aquellas refundidas en una retribución por el mal causado; una filosofía revestida de un racionalismo *ius-naturalista* que confundía el Derecho con la moral y donde la justicia consistía en un talión material de naturaleza compensatorio; en tal virtud, al mal producido por el delito había que sumar otro mal que era la pena, y de esta forma se restablecía el orden social confirmándose la fuerza coactiva del derecho; un poder penal sin límites y ajeno a valoraciones que trasciende el umbral de su propia legitimidad y justificación ante el colectivo.

Al apoyarse en el libre albedrío o en una pretendida «libertad moral», se reconduce a resultados equívocos en razón de su naturaleza empíricamente indemostrable; al sujeto se le instrumentaliza pues como un objeto al servicio de la auto-conservación del sistema al cual había que aniquilar para desaparecer sobre la Tierra cualquier germen que implique su corrupción y perversión.

Posteriormente, con el nacimiento del «Estado Liberal de Derecho», definido en la formación del Estado organizado en poderes públicos, se asume una función utilitaria de la pena, de dirigir la sanción hacia el futuro, proponiendo evitar la comisión de delitos, y para ello se emplea la amenaza legal en abstracto,

para disuadir y conminar al colectivo potencial de cometer delitos, en base a una concepción psicológica de la culpabilidad, es la prevención general negativa que lleva al terror penal como arma letal ante los potenciales infractores de la norma jurídico-penal.

La prevención general, en sus inicios se corresponde a un Estado Liberal que aún no encontraba límites en el poder penal, que si bien reconoce el principio de legalidad, éste no se encuentra sujeto a determinadas garantías individuales, con FEUERBACH y BINDING se formula una teoría de derecho penal del Estado de Derecho, liberal la del primer autor y autoritaria la del segundo; la prevención general definida por la inhibición al temor por la sanción significó también la utilización del hombre por el hombre, a partir de la ejemplificación del castigo que debía infundir en los demás el respeto por las normas.

Luego, con la aparición de un «Estado de Derecho», de inclinación social, se gesta una corriente sociológica y político-criminal (VON LISZT), que ve en la sanción penal un mecanismo de control que incidiendo sobre la individualidad debía evitar la comisión de delitos en el futuro por medio de los conceptos de corrección, tratamiento, educación y resocialización (prevención especial).

La idea de un Estado paternalista que somete al penado a un tratamiento psico-terapeuta, desconociendo su individualidad, y confundiendo la pena con la medida de seguridad al adoptar un criterio de «peligrosidad», como el fundamento de la sanción que implicaba la adopción de un sistema único de medidas (incompatible con un sistema de doble vía), lo que conllevó a tres cosas puntuales: la imposición de penas pre-delictivas, a la segregación absoluta del delincuente cuando éste no era susceptible de rehabilitarse y a la configuración de un «Derecho Penal de Autor»; siendo que la denominada «resocialización» encubre una política manipuladora del Estado de controlar ideológicamente la mente de los ciudadanos.

Por su parte, que la «prevención general positiva», consiste en la auto-confirmación del Derecho y la incidencia en el sentimiento jurídico de la comunidad -su conformación-, como una vía de integración social entre los asociados, el de establecer el vínculo social mediante el orden social-político del Estado como única vía capaz de conservar la estabilidad del orden social y de restaurar la confianza colectiva hacia las instituciones; si bien se reconoce que en la etapa de la determinación judicial de la pena está presente esta función, más que en la amenaza legal en abstracto, aquélla no puede por sí sola fundamentar funcionalmente la pena, pues la pena como proceso dialógico entre el Estado y el penado trasciende dicho estadio, es a partir de ahí que se debe proporcionar mecanismos de reintegración hacia el penado, para que pueda reinsertarse a la sociedad únicamente sobre los valores que emanan del orden jurídico.

Asimismo, es de verse que, una posición «sistémica-funcionalista», subvierte la finalidad esencial del Derecho penal —en cuanto a la tutela de bienes jurídicos— y pone énfasis en la validez cognitiva de la norma como núcleo que fomenta la fidelidad hacia el Derecho y estabiliza el orden social alterado por el delito, olvidando que la norma contiene en su seno dicha protección, la cual la legitima en cuanto a su intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos; entonces la pena va a presuponer las necesidades auto-confirmatorias del sistema, va a propiciar la imposición de penas desproporcionadas bajo las variables que se desprenden de un «Derecho penal maximalista», las normas suponen prevención pero aquello es un medio para el fin esencial que es la protección de bienes jurídicos. Con ello, se degradan las garantías individuales, sobre todo las que emanan del principio de culpabilidad, el cual pasa a convertirse en un receptáculo de intereses colectivos, dejando de lado, su sustento como límite de pena.

En cambio, a las teorías de la «unión», aquellas que combinan ambas funciones con distintos criterios se le reconocen su legitimidad, porque han sabido combinar con singular acierto en las distintas fases de la sanción penal las funciones antes mencionadas. Esto último es realizado con gran apremio por las teorías diferenciadora y dialéctica, que distribuyen las funciones mencionadas según los distintos momentos de la vida de la pena³⁵². Toda la teoría de la pena se vuelca en un esfuerzo de superar las críticas que siempre se han objetado a las teorías prevencionistas, en el sentido de una instrumentalización del hombre por el hombre, pues el infractor debe ser tratado respetando su dignidad, su reconocimiento implica necesariamente que el hombre es un fin en sí mismo y, por tanto, no puede ser instrumento del Estado para sus fines³⁵³.

Sin embargo, a una función prevencionista de la pena se le objeta no poder fundamentar válidamente de por qué no se le castiga al inculpable, cuestión ésta que las teorías preventivas, no menos aun las actuales concepciones funcionales pueden hacer del derecho penal³⁵⁴; aquella afirmación es válida desde una concepción en la cual la pena únicamente es un mal que se le impone al agente que vulneró culpablemente la norma, pero de lo que se afirma acá es su esencia retributiva, mas no sus fines.

La pena y la medida de seguridad responden a criterios diferenciadores, en tanto la pena presupone «culpabilidad», mientras que la medida de seguridad presupone «peligrosidad objetiva», empero ambas se armonizan e integran en un solo fin rector del sistema de punición, en cuanto a la protección de bienes

352 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 69.

353 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 96.

354 DONNA; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit., p. 75.

jurídicos y de la defensa de la persona humana en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del CP, que dispone a la letra lo siguiente: "*Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad*".

Conforme lo anotado, tanto la pena como las medidas de seguridad se cohesionan en fin preventivo, lo que pasa es que la pena como fundamento del control social institucional no resulta una respuesta racional ante aquellos autores que detentan determinadas deficiencias, en sus estructuras internas organizativas, pero ambas suponen un mal: -la privación de la libertad, como justificación del poder coactivo estatal; tanto el culpable como el inculpable pueden cometer verdaderos injustos penales y esa infracción normativa es sancionada mediante un mal (esencia imperativa de la norma secundaria) rotulados con una nomenclatura distinta, pero en su función la medida de seguridad es esencialmente la prevención especial (tutela y corrección)³⁵⁵; mientras que la pena en cambio tiene funciones -tanto conminatorias como rehabilitadoras-.

En resumidas cuentas, ambas responden a una función *preventiva*, pero fundamentadas por criterios distintos: -culpabilidad y peligrosidad, aparejados ambos por la categoría de la proporcionalidad; en tal sentido, el principio de culpabilidad (*Schuldprinzip*) actúa como un eje de contención ante una pretensión excesiva estatal y como un límite del poder penal estatal; la culpabilidad suministra -una vez más- el eje de contención al sistema de coerción penal³⁵⁶; la pena en las teorías de la unión debe ser proporcional a la culpabilidad, abriendo

355 Al respecto, MIR PUIG anota que: "La función asignada al derecho penal de la medida de seguridad es, según opinión unánime, la prevención especial en forma de aseguramiento, reeducación o curación del sujeto. En consecuencia, la función del derecho penal sólo será unitaria para quienes conciban la pena al servicio exclusivo de la prevención especial"; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 69; así, DAMÁSIO, J. E., "La pena tiene un carácter retributivo-preventivo, con tendencias actualmente a readaptar socialmente al delincuente; en cambio, la medida de seguridad posee una naturaleza esencialmente preventiva, en el sentido de evitar que el sujeto que actúa delinencialmente y sea peligroso vaya a cometer nuevas infracciones penales"; *Código Penal anotado*, 5ta. edición, ampliada y actualizada. Saraiva, Sao Paulo, 1995, p. 251. Sin embargo, no es posible al reflejo del derecho positivo concebir a la función de la pena como pura función resocializadora, la posición defendida aquí se ajusta a una prevención sintetizadora de base integracionista que equilibra ambas (funciones de prevención general y especial), relegando a una posición secundaria su contenido retributivo. Las medidas de seguridad si bien integran el sistema de punición, aquellas son una excepción al principio de culpabilidad, que sirven para dar respuestas diferenciadas a sujetos diferenciados, pero que se engarza finalmente en la idea de protección de bienes jurídicos y en la idea de defensa de la individualidad que amerita un tratamiento particularizado sin que aquello signifique un declinamiento de la tutela de los intereses públicos, pues seamos sinceros, las medidas de seguridad se orientan fundamentalmente a la protección de la sociedad, en tanto el internamiento en las instituciones hospitalarias difícilmente podrán cumplir con el rol que se le asigna a este tipo de medidas en el ordenamiento punitivo codificador.

356 D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y Teoría del Delito*, cit., p. 132.

espacios a descender el límite del máximo establecido en función de la culpabilidad en razón de las funciones preventivas limitadoras, sobre todo, de prevención especial en el momento de la individualización judicial³⁵⁷.

Las últimas tendencias doctrinales apuntan a una mayor connotación a las orientaciones preventivas, marcadas por un desplazamiento de la prevención especial hacia la prevención general; mas, una prevención general no en sentido negativo (intimidatorio), sino en sentido positivo, lo que las posturas teleológicas sistémicas denominan «prevención general positiva», aquella encaminada a la estabilización de la conciencia jurídica de la comunidad, pues, para JAKOBS la función esencial del Derecho penal no es la exclusiva protección de bienes jurídicos sino de garantizar la vigencia fáctica de las normas, el mantenimiento del sistema es la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, una función meramente preventiva general de la pena, su concepto de culpabilidad dependerá exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (aseguramiento del sistema), no tomando en cuenta la culpabilidad del autor en sentido individual.

Un Derecho penal orientado a los fines de prevención general, significa una redefinición del *ius puniendi* como instrumento protector de bienes jurídicos hacia un medio de contención de focos de riesgos.

Al respecto anota ROXIN, que la acentuación de las orientaciones preventivo-generales conduce a una extensión de la penalidad en todos los ámbitos socialmente relevantes, incluso en aquellos carentes de lesividad social, en vulneración al principio de «ofensividad».

Con lo dicho también se tiene, que la prisión, mejor dicho la pena efectiva de privación de libertad, como instrumento predilecto por la judicatura, ha de ser duramente cuestionada, desde sus propósitos *preventivos*, sobre todo, desde el paradigma de la *prevención especial positiva*, bajo la utópica «resocialización», que el penado ha de obtener en el marco del tratamiento terapéutico a tomar lugar en el Establecimiento Penitenciario, tanto por cuestiones éticas, como por motivos de facticidad.

No puede decirse hoy en día, que la ejecución de la pena privativa de libertad alcance el fin de *rehabilitación social*, que se le asigna normativamente; ha quedado fehacientemente demostrado, en mérito a las estadísticas arrojadas por las instituciones competentes, que la prisión, es una institución imposibilitada -por sus propias condiciones inherentes-, a propiciar la rehabilitación social del penado, en el sentido de evitar que vuelva a delinquir de cara a futuro. Precisamente, la institución de la «Reincidencia», constituye una variable que de mejor manera, demuestra que las reclusorios están muy lejos de instituirse

357 A este margen o segundo momento de valoración se le denomina "Spielraumtheorie".

en verdaderas Escuelas rehabilitadoras, todo lo contrario, se instituyen en focos latentes de contagio criminal. Son muchos los penados que vuelven a delinquir, sea por haber pagado por entero su condena o al haber sido excarcelados a partir de la concesión de Beneficios Penitenciarios.

BACIGALUPO, citando a HASSEMER, señala que la posibilidad de una «terapia emancipadora» no parece realizable en el marco de la ejecución penal. Inclusive subrayó la dificultad de justificar la práctica de la ejecución penal basada en la resocialización desde un *punto de vista ético*, pues «se parece más a un adiestramiento que a una ayuda para resolver problemas personales» dado que se practica «sin libertad y con sometimiento»³⁵⁸.

Puede abogarse por aquellas posturas doctrinales, que se orienten a una *prevención general integradora, de encontrar respuestas dialogales entre el Estado y el sujeto infractor, sin dejar de lado las posibilidades de la rehabilitación del penado y, sobre todo, lo más importante de ofrecer un abanico de alternativas para prescindir de una pena efectiva de libertad*, cuando las características personales del infractor así como el disvalor del injusto cometido así lo aconsejen. Son en definitiva, estas denominadas *alternativas a la prisión*, en términos de nuestra legislación positiva «Penas Limitativas de Derechos», que al parecer, no son funcionales por la administración de justicia penal.

Sobre esta nueva forma de entender el estado de la discusión, se dice en la doctrina que en esta nueva perspectiva *el delito* es la expresión de una norma personal del autor con pretensión de configurar la sociedad y la *pena* es la respuesta expresiva de su desautorización y la ratificación de la norma vigente³⁵⁹. Empero, tengamos cuidado cuando recitemos postulados en estricto *normativistas*, que hayan de eclipsar cualquier intento por encontrar soluciones comunicativas al conflicto, dejando de lado los intereses individuales del sujeto infractor. Una posición así concebida, es que puede llenar de contenido valorativo, reformas políticas penales conducentes a una *retribución extrema*, si lo que se pretende es estabilizar la norma, el individuo queda fuera del diálogo, convirtiéndose en un convidado de piedra.

Siguiendo RIGHI, podemos decir que el modelo exige desdeñar toda proposición que sobredimensione la función preventiva del derecho penal, admitiendo que la delincuencia es un fenómeno inextirpable, que no es factible eliminarlo totalmente sin soportar un elevado costo social, y que el remedio penal no es el más idóneo de los recursos a disposición del Estado³⁶⁰.

358 BACIGALUPO, E.; *Sobre el Derecho Penal y su Racionalidad*. En: Teoría de Sistemas y Derecho Penal, cit., p. 332.

359 BACIGALUPO, E.; *Sobre el Derecho Penal y su Racionalidad*, cit., p. 333.

360 RIGHI, E.; *Teoría de la pena*, cit., p. 53.

En todo caso, las nuevas funciones que se intenten atribuir a la pena estatal, deben ser estrictamente cotejadas con los principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho³⁶¹.

A decir de CEREZO MIR, la concepción del Estado social y democrático de Derecho es incompatible con las teorías absolutas de la pena. Una concepción unitaria de la pena, que encuentre su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro, satisface en mayor medida las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas³⁶².

No se puede vaciar de contenido el fin preventivo-especial de la pena, que ha de tomar lugar en sede de ejecución penal, para ello el Estado y la sociedad han de procurar su mejor esfuerzo a fin de lograr dicho cometido. Siguiendo a ROXIN, diremos que una ejecución penal basada en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar al condenado a una desocialización definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia las formas de conducta humanas y sociales que él necesita urgentemente³⁶³.

Es de verse, entonces, que determinar mayores posibilidades de internamiento carcelario, mediando la aplicación rigurosa de la Reincidencia y de la Habitualidad, a nuestro parecer, no tiene ningún sostén con justificaciones de orden *preventivo*, al margen de la postura que se tenga al respecto, al detentar una naturaleza que sólo puede ser sostenida bajo la ideología del Retribucionismo, de las teorías Absolutas de la pena, donde el castigo se perfila como una reacción jurídico-penal del Estado, carente de propósitos para el penado, sólo se sanciona como una forma de reafirmar la vigencia del orden jurídico y, de generar efectos simbólicos hacia el conjunto de la sociedad.

3.3. La Función de la Pena en el Derecho Positivo Nacional

El Derecho penal debe orientarse a la prevención de delitos y a practicar la prevención combinando las exigencias del Estado de Derecho con las del Estado Social; a tal efecto, la prevención general que sirve para la afirmación del Derecho y su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la libertad ciudadana, ésta no puede desbordar los límites de la segunda, su sometimiento

361 Cfr., BACIGALUPO, E.; *Sobre el Derecho Penal y su Racionalidad*, cit., p. 334.

362 CEREZO MIR, J.; *Los fines de la Pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003*. En: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, T. I, cit., p. 220.

363 CLAUS, R.; *Cambios de la teoría de los fines de la pena*. En: *La Teoría del delito en la discusión actual*, cit., p. 84.

significaría contradecir las bases sociales del Derecho penal; los individuos no pueden ser sometidos en aras de la auto-confirmación del sistema y no deben ser utilizados como instrumento al servicio de la utilidad social.

Según lo descrito, estamos en condición de afirmar que la función de la pena que le asigna nuestro derecho positivo no es la realización de la justicia³⁶⁴, sino, la protección de bienes jurídicos a través de la prevención³⁶⁵, que a decir de CALLIES se asegure la posibilidad de participación de los individuos en los sistemas sociales.

En tal mérito, el castigo individual no puede sobrepasar la medida racionalmente necesaria para lograr la rehabilitación del penado (prevención especial), así como servir de ejemplo intimidatorio ante los demás (prevención general negativa); es así que garantizaremos, que el instrumento punitivo, como mecanismo opresor institucionalizado resulte menos afflictivo, que otros medios de control social, en suma, la estructuración de un Derecho penal más humano y democrático.

Es así, que formulo mi posición dentro del marco de una prevención sintetizadora de -integración limitada-, sometiéndola a las máximas del «Estado Social y Democrático de Derecho», revestida de una dogmática realista, que ha de corresponderse con nuestra realidad carcelaria (prisionización), para no degradar el programa de *prevención especial*; desde un enfoque real, donde las cárceles se muestran como instituciones totales de alto contenido disocializante para el penado.

Ya no bajo el aforismo «tanta pena como sea necesaria» sino «a menos pena, mejor»; donde el fin retributivo (prevención general) ejerce un rol subsidiario en la ejecución de la pena, tomando como límite máximo la culpabilidad del autor, en el cual las finalidades de prevención especial juegan un rol limitador con la posibilidad de rebajar la pena por debajo de las exigencias del principio de culpabilidad.

364 Un Estado Liberal de Derecho busca poner límites a la pretensión punitiva, asignando a la pena, más que una función intimidatoria, una función preventiva, tomando como referencia los nuevos valores primordiales que fueron asentándose en el ideal de justicia: libertad, igualdad y solidaridad; el sentido y concepto de la pena se deriva de su innegable naturaleza retributiva que se engarza en su justificación como imposición coactiva sobre aquel que se comportó culpablemente vulnerando los bienes sociales fundamentales.

365 Esta es la función que el legislador le ha asignado a la pena en el art. I (prevención general) y IX (prevención especial) del Título Preliminar del CP, consagrado constitucionalmente en la actual Constitución en el artículo 139° inc. 22); ello confirma la necesidad de adecuar las bases de un Estado Social y Democrático de Derecho con la función social que debe desempeñar el Derecho penal, como medio de control social destinado a proteger bienes jurídicos.

Como afirman M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN la pena se justifica por su utilidad (esto es, por sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales): pero sólo dentro de ciertos límites, en los que se expresa la idea de justicia distributiva propia de un Estado de Derecho³⁶⁶, una justificación que se armoniza en el contenido retributivo de la pena, sobre su esencia en sentido negativo, que recoge su sentido positivo, por medio de su dirección «preventiva-limitadora».

La «prevención especial», entendida como la posibilidad de suministrar al agente medios y mecanismos, para reintegrarse a los valores comunitarios sancionados legalmente -no como una meta manipuladora y coactiva del Estado-, en tal sentido la prescindencia de pena en casos de mínima culpabilidad o de un injusto insignificante se coligen con políticas despenalizadoras (minimalistas)³⁶⁷ consagradas de *lege lata* en el principio de oportunidad, así como la institución alternativa de las penas cortas de prisión (sustitutos penales: «pena condicional, reserva del fallo condenatorio», etc.); de esta forma se evita el contenido disocializante y prisionizador de la pena privativa de libertad definida por una crisis de sus bases legitimadoras que se evidencia en la actual coyuntura histórico-social que pone de relieve el panóptico de BENTHAM, que a decir de FOUCAULT -un sistema general de vigilancia-encierro penetra a través del espesor del tejido de la sociedad³⁶⁸.

La evolución de las ideas penales se conducen hacia una humanización que limita lo más posible la utilización del *ius puniendi*, -en tal hilo conductor deben discurrir las aguas del sistema de punición-, sometándose estas limitaciones punitivas a los principios de proporcionalidad, de humanidad de las penas, de dignidad humana y de culpabilidad, adecuados a las bases ideológicas y políticas del «Estado Social y Democrático de Derecho».

En resumidas cuentas, la potestad punitiva debe ajustarse al humanitarismo, que no es simple caridad o benevolencia -conceptos moralistas o paternalistas que no tienen nada que ver con el tema- sino como manifestación del respeto a la dignidad del hombre, incluso cuando repugne lo que ha hecho,

366 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit. ps. 822-823.

367 Para FERRAJOLI un Derecho Penal Mínimo y Garantista sólo se realiza, mediante la tutela del inocente y la minimización de la reacción del delito, lo que sirve para distinguir el Derecho Penal de otros sistemas de control social, de tipo policial o disciplinario; Derecho y Razón -Teoría del Garantismo Penal, cit; el Derecho penal debe servir pues como ente tutelador de los intereses jurídicos (bienes) así como de los derechos fundamentales, si bien es cierto que ambos se yuxtaponen en el conflicto penal, al Derecho penal le corresponde sopesar ambos, a partir de una función integracionista ponderativa de los bienes en conflicto.

368 FOUCAULT; *La Vida de los Hombres Infames*, p. 61; citado por D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y teoría del delito*, cit., p. 133.

pues si se admiten excepciones a este principio nos colocarnos de nuevo en el camino de la admisión de la pena de muerte³⁶⁹; afortunadamente desterrada, no podemos caer en el camino de la desilusión, desconsuelo, ante una realidad, que vislumbrante de una altisonante criminalidad, así como ante el descrédito del programa resocializador; urge continuar con la saga minimalista de encontrar nuevas respuestas al delito, sujetas a la racionalidad humana, de buscar sustitutivos a la pena privativa de libertad y de combatir a la criminalidad no sólo con mayores argumentos político-criminales, sino con políticas sociales de largo alcance, de incidir en la educación y en la cultura como baluartes de una nueva sociedad que pretende formar generaciones reveladoras, de un futuro más esperanzador de nuestra sociedad.

No podemos alentar, por tanto, una justicia punitiva encaminada únicamente en su función retributiva, de imponer castigos y males, sino de proyectar el castigo en un para qué, cuál es la funcionalidad de la pena; de elegir la razón en vez del instinto, y, de preferir la libertad antes que la pena.

En lo referente a la «función de la pena» en el ordenamiento positivo nacional, habrá que mencionar lo siguiente: -nuestro ordenamiento punitivo vigente fue la resulta de toda una innovación ideológica de las ciencias penales nutridas por la escuela finalista del delito y otras posturas dogmáticas contemporáneas, de nuevas valoraciones político-criminales y de la compaginación de un «Derecho Penal del Acto», a expensas del «Derecho Penal de Autor», que sostenía el Código de Maurtua, de sólidas bases positivistas.

En cuanto a las penas, la Comisión reformadora en la Exposición de Motivos, reconoce la potencia criminógena de la prisión, pero considera que la pena privativa de libertad mantiene aún su vigencia para aquellos delitos (injustos) considerados «graves», amén de racionalizar la respuesta punitiva del Estado, así como en criterios de austeridad material, se formulan nuevas sanciones punitivas, alejadas de una concepción puramente retributiva, como la asignada a la ppl.

Asimismo, el sistema de sanciones se perfecciona unificando la pena privativa de libertad (eliminando las penas de internamiento, penitenciaría, relegación y prisión)³⁷⁰, por otras medidas que *per se* no significan la privación del bien jurídico: libertad personal. Su unificación tiene como origen en el proyecto alternativo del Código Penal alemán de 1966 (parágrafo 36). Se comprenden en

369 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 103.

370 Así, la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 654): "La unificación de la pena privativa de libertad en el nuevo Código Penal (eliminando las penas de internamiento, penitenciaría, relegación y prisión) no ha significado ninguna modificación al Sistema Penitenciario, pues éste ya estaba diseñado en función a la ejecución de la pena privativa de libertad".

el sistema de punición las siguientes sanciones: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa.

En lo concerniente, a las «medidas de seguridad», el actual *corpus* punitivo redujo el catálogo de medidas: a la internación y el tratamiento ambulatorio en mérito de las falencias económicas del Estado peruano, de poder sufragar con todo el abanico de medidas que establecía el Código Penal de 1924.

De las premisas argumentativas propuestas en la Exposición de Motivos, se colige que todo el sistema de punición se fundamenta en la pena, tal vez relegando la medida de seguridad en razón de su naturaleza excepcional. Pero, valga la salvedad el legislador de 1991, atribuyó a la pena una función marcadamente preventiva³⁷¹ equiparándola a la función primordial del Derecho penal, tal como lo consagra en el Título Preliminar art. I, que reza así: "*Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas, como medio protector de la persona humana de la sociedad*".

En igual medida la Constitución Política de 1993, en su artículo 139° inc. 22, consagra que el Régimen Penitenciario tiene por fin la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad³⁷², en concordancia con el Artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal que establece a la letra lo siguiente: "*La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*".

Las medidas de seguridad responden al fin preventivo especial, sin que esto signifique que no pueda tener un carácter aflictivo, intimidatorio de prevención general, constituyendo esta finalidad ajena, a las medidas de seguridad³⁷³.

Las medidas de seguridad en el derogado cuerpo punitivo, se sometía únicamente a un criterio indeterminado y antigarantista como es la «peligrosidad», que bajo su ámbito regulador, justifica la imposición de largas y duras detenciones en base a un juicio de mera prognosis de *peligrosidad*, de cara a futuro.

371 El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, establece que la pena tiene una función preventiva protectora y resocializadora; como bien argumenta PEÑA CABRERA, Raúl, "Hoy la importancia teórica y práctica de la pena manifestada en la necesidad social de protección de bienes jurídicos, ofrece la garantía para el delincuente, así como para la propia sociedad de que el Estado sólo intervendrá en su convivencia, en la medida de lo necesario para mantener el orden establecido y que la aplicación de la pena debe ejecutarse en armonía con la proporcionalidad y las exigencias de la prevención general y especial": En: Penal - Estudio Programático Tratado de Derecho de la Parte General, cit.

372 TERRADILOS BASOCO, Juan; *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, ps. 131-132.

373 PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO R./ FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, 2da. edición, Editora Fecat, Lima-Perú, 2003, p. 59.

A lo que habría que añadir, que la moderna ciencia penal rechaza rotundamente la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad pre-delictivas que descansan en el principio de "peligrosidad social"³⁷⁴, por responder además, a criterios superados de la escuela positivista. Admitir esta medida de seguridad sería concebir que en el Derecho Penal existen penas sin delitos³⁷⁵, lo que significaría un flagrante quebrantamiento al principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Por lo expuesto, el texto punitivo vigente, diferencia legalmente la pena de la medida de seguridad, mientras la pena reprime comportamientos socialmente insoportables; pero limitados por el principio de culpabilidad, la medida de seguridad se encuentra restringida por el principio de proporcionalidad³⁷⁶.

Es así que la ley vigente recoge el sistema vicarial como fundamento de la medida de seguridad, alejándose de la doble vía que precisamente adoptó el Código Penal de 1924³⁷⁷.

374 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, EDIAR -Buenos Aires, t. V, 1983, p. 59.

375 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R./ FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 60.

376 Es importante hacer mención, tal como lo propone BERNALES BALLESTEROS, que no se entiende bien -y en esto repite el error de la Constitución de 1979 (en su artículo 234° segundo párrafo, consagra este régimen que reza de la siguiente manera "El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal."- si se refiere a la finalidad del régimen penitenciario o el de la pena, que son dos cosas distintas. Por régimen penitenciario -dice el autor- se debe entender el conjunto de previsiones estatales para la readaptación social de los penados. La pena, en sentido lato, es sinónimo de castigo. En: *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, 5ta. edición, con la colaboración de Alberto OTÁROLA PEÑARANDA. Rao - Editora, Lima-Perú, septiembre de 1999. p. 663. Consideramos que el autor cae en una equivocidad de sentido y de concepto, a lo largo de esta monografía hemos hecho hincapié que el sentido de la pena o dígame su significado es un mal que se inflige al autor por haber vulnerado culpablemente una norma jurídico-penal, esto es su naturaleza que implica una privación de su libertad, sin embargo la pena en un constitucionalismo social no puede únicamente legitimarse en su propia naturaleza o en su justificación coactivo-estatal, sino necesita orientarse funcionalmente a un "para qué sirve la pena", como escribe MIR PUIG no coinciden las nociones de "concepto" y función" de la pena; según dicha descripción, concebimos que la actual Constitución únicamente se ha referido a la función que la pena debe desplegar sus efectos en la etapa de ejecución penal, únicamente definida por la prevención especial positiva, dejando de lado la función que la pena debe ejercer a lo largo de toda su vida de concreción legal (general y retributiva positiva), es decir, en un sentido restrictivo. A este estadio conceptual, corresponde a la reforma constitucional comprender la función de la pena desde un sentido integrador más amplio a fin de evitar interpretaciones equívocas.

377 Cfr. Ibidem; como afirma JESCHECK, lo característico del sistema vicarial reside en el plano de la ejecución de la pena y la medida, concretamente, no sólo la posibilidad de aplicar primero la medida, sino que la ejecución de ésta sustituya o haga innecesaria la posterior ejecución de la pena, computándose en todo caso, a los efectos del eventual cumplimiento

Conforme lo anotado, sólo sobre aquellos individuos que al momento de la comisión del injusto presentan deficiencias de motivación normativa (inimputables), se les puede imponer legítimamente una medida de seguridad, en tanto, que a aquellos que poseen capacidad de responsabilidad penal únicamente se les puede sancionar mediante una pena a la medida de su culpabilidad, desaparece entonces la medida de seguridad para los imputables³⁷⁸.

Según lo antes anotado, se entiende que la reforma introducida en el CP vigente se adhiere fundamentalmente, en instituciones que obedecen a la prevención especial (suspensión de la ejecución de la pena, prestación de servicios a la comunidad, conversión de la pena privativa de libertad), mas no en razón de una prevención especial positivista, que ponía el acento en el concepto de la «peligrosidad», sino en introducir mecanismos socializadores menos aflictivos que la pena privativa de libertad, en tal sentido se da énfasis a las ideas preventivas y de dar oportunidad a una tendencia utilitaria de buscar fines teleológicos de la pena, adecuadas al Estado Social, en principio en perjuicio de las finalidades de prevención general.

La función preventiva de la pena sirve en su propia esencia a la prevención de futuros delitos, tanto respecto del autor cuando con respecto de la propia sociedad como tal³⁷⁹. Sin embargo, esta orientación socializadora del texto punitivo, se fue resquebrajando paulatinamente a medida que el legislador era tentado por las exigencias retributivas en razón de un incremento sustancial de la criminalidad marginal y la compleja, apelando continuamente a inflar los marcos penales, tendencia «neo-criminalizadora» que provocó la entrada en vigencia normativa, de la pena de cadena perpetua³⁸⁰. Tendencia «paleo-represiva» que ha producido una inconsistencia penológica, al evidenciarse una desproporción punitiva entre los delitos convencionales -que vulneran bienes

de la última medida; LEHRBUCH, cit., p. 584., sobre todo, este sistema se fundamenta en delinquentes imputables peligrosos toxicómanos, reincidentes, alcohólicos, e inimputables relativos, tal como lo prevé el artículo 77° del CP; en cambio, se le reprocha al sistema de la doble vía, la posibilidad de acumulación de la pena y la medida, a partir de su errónea distinción entre pena y medida de seguridad, señalándose que la pena únicamente apunta a la prevención general -como resorte retributivo-, en tanto que la medida de seguridad se encamina a partir de la prevención especial, argumentación que ha sido rebatida a lo largo de este trabajo temático, se incurre pues, a un doble castigo por un único injusto cometido.

378 En cuanto a los inimputables relativos, la ley les extiende el sistema vicariante.

379 GÖSSEL, Karl H.; *Esencia y Fundamento de las Sanciones Penales*, En: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, p. 82.

380 El Decreto Legislativo N° 895 (Ley Contra el Terrorismo Agravado del 23/05/1998 expedido con arreglo a la Ley N° 26950), modificó el artículo 29° del CP (duración de la pena privativa de libertad).

jurídico-personalísimos³⁸¹ en relación a otros delitos «pluriofensivos», una simbolización únicamente cognitiva que trata de tranquilizar a los miembros de una sociedad amenazada por una criminalidad emergente, de acuerdo al fenómeno del «punitivismo».

Por lo expuesto, la utilización desmedida de la prevención general ha provocado una suerte de retribución, que dinamita y vacía de contenido, las bases preventivas sociales del Código vigente, expresado en una disfunción política criminal, una huida hacia el «normativismo», de querer solucionar todos los conflictos sociales mediante los efectos intimidatorio-disuasorios del derecho punitivo, por ende, la política criminal ha desbordado los márgenes definidos por los principios dogmáticos del Derecho penal, en virtud de un Estado que pretende dar la imagen de eficiencia a costa del «garantismo penal».

Nuestro CP, define el sistema de punición, en concreto el baremo de pena, conforme a un sentido retributiva que se corresponde con la pena justa y merecida a la medida de la culpabilidad del autor, estableciendo el grado o el quantum de pena conforme a la gravedad del injusto cometido y el grado de reproche culpable.

Todos los tipos penales comprendidos en la Parte Especial del CP, se encuentran normativamente integrados y sistematizados, bajo la sistematización del bien jurídico protegido de acuerdo a un principio rector que legitima la intervención del Derecho penal en una comunidad de gentes; sin embargo, el legislador ha establecido y sancionado marcos penales diferenciados en los diversos tipos penales comprendidos en dicha nomenclatura, pues cada tipo penal describe en sus elementos constitutivos una forma particular y singular de realización típica, que obliga al legislador a prever sanciones diferenciadas en razón del principio de proporcionalidad y del principio de culpabilidad.

Los tipos penales (delitos) se diferencian constitutivamente conforme a los elementos que le otorgan determinadas notas particulares; así tenemos que la lesión de un determinado bien jurídico puede realizarse bajo variadas circunstancias y formas -en razón del contenido del injusto o del reproche jurídico a su autor-, así el homicidio que parte de lo general a lo especial, conforme se agregan determinados móviles (lucro, ferocidad o placer) se convierte en un asesinato que recibe una pena mayor, asimismo por su forma de ejecución (alevosía, con gran crueldad), por los medios (veneno, fuego o explosión) o en conexión con otro delito; aquello demuestra que un tipo penal al agregarse determinados

381 Asimismo los Delitos Agravados - Decreto Legislativo N° 896, sancionando a la pena de cadena perpetua como una sanción jurisdiccionalmente aplicable, que a pesar de ser derogada mediante la Ley N° 27472 del 05/06/2001 que aminoraba los marcos penales imponibles, luego fue restituido por la Ley N° 27507 del 13/07/2001, en razón de las demandas de mayor punición por parte de sectores de la sociedad civil.

elementos sustanciales lo convierten en un tipo agravado en razón del injusto penal o del grado de reproche personal.

Asimismo, en cuanto a la intensidad de reproche jurídico (*culpable*), el artículo 107° sanciona el delito de Parricidio, que se fundamenta en un mayor disvalor ético-social que significa matar a sabiendas a un pariente, más allá de nuestras reservas de este tipo penal por vulnerar las garantías de un Derecho penal democrático al igual que los tipos penales comprendidos en los artículos 121°-A y 122°-A que fundamentan una relación de garante en base a relaciones de carácter institucional³⁸². Del mismo modo, las bases de punición se definen según un elemento intelectual identificado en la sigue del agente delictivo, la mayor energía criminal se traduce en una mayor esfera cognitiva de la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, por lo tanto, los delitos dolosos merecen una mayor pena en virtud de un mayor disvalor del hecho, mientras que el injusto imprudente fundamenta su disvalor en la producción de un resultado lesivo, como consecuencia de una lesión del deber objetivo de cuidado.

Tal como lo establece el artículo 11° del CP: *"El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley"*.

Hasta este nivel de la discusión, hemos hecho referencia a la pena justa a la medida de la gravedad del injusto y del grado de reproche jurídico, mas como hemos sostenido —líneas atrás—, esta retribución jurídica se corresponde con la justificación coactiva, que el Estado ejercita por medio de la sanción de las normas secundarias, mas no en la orientación finalista de la pena.

No todos los hechos penalmente antijurídicos a su vez *reprochables personalmente*, son sometidos a un estado de punición; es ahí donde el legislador por razones de oportunidad y de prevención, prescinde o en su defecto atenúa la penalidad. Tal es el caso de las «condiciones objetivas de punibilidad» y de las «causas supresoras legales de punibilidad» (desistimiento voluntario, excusa absolutoria), que limitan y condicionan el merecimiento y la necesidad de pena; las primeras actúan en forma positiva, y las segundas en forma negativa, pero ambas responden a un criterio único de oportunidad, en mérito a consideraciones político-criminales, orientados a fines preventivos.

Asimismo, es de verse, los «estados de inexigibilidad» (estado de disculpa y el miedo insuperable), que definen ámbitos del injusto que merecen un tratamiento punitivo diferenciado, en razón de las circunstancias excepcionales en las cuales se produce la comisión del ilícito penal, donde el agente no actúa en condiciones normales de motivación normativa, decayendo fuertemente la necesidad de pena —tanto por motivos de prevención general, pero por sobre

382 Así, el artículo 46°-A, definido por una circunstancia agravante en el caso de que el agente cometa el delito en relación a un prevalimiento de la función pública encomendada.

todo de prevención especial-; de una forma no excluyente pero atenuada de la responsabilidad penal responde el artículo 21° del CP, que permite al juzgador disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Luego, nuestra codificación penal hace alusión a los delitos perseguibles a instancia del ofendido, aquellos perseguibles por acción privada, donde la iniciación de la persecución penal se condiciona a instancia del ofendido como titular del bien jurídico (disponible) quien finalmente estimará si es que el hecho cometido, ha vulnerado realmente sus intereses legalmente protegidos en términos de impedimentos sociales participativos, tal como sucede en los delitos contra el honor (artículo 138° del CP), que se explican según finalidades preventivas³⁸³.

Vemos, también, las instituciones punitivas de la «suspensión de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, la conversión de la pena privativa de libertad», así como las otras penas (limitativas de derecho) responden armónicamente a un único criterio preventivo, tratando en lo posible de prescindir la utilización de la pena privativa de libertad con motivo de sus efectos esencialmente criminógenos.

Las instituciones penales mencionadas, se cohesionan con las disposiciones prescritas en el Código de Ejecución Penal, donde se manifiesta en concreto la punición, específicamente orientada a los fines de prevención especial, así el artículo II del Título Preliminar (fines de la ejecución de la pena: reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad), art. IV (el tratamiento penitenciario se realiza mediante el sistema progresivo)³⁸⁴ en concordancia con los derechos del interno, de los cuales los «beneficios penitenciarios» (semilibertad y liberación condicional), importan mecanismos rehabilitadores de primer orden; la ejecución penal supone una privación de derechos, en este caso la libertad personal, por lo tanto, la ejecución es la etapa donde los fines de prevención especial toman particular vigencia fáctica.

En conclusión, la asignación que nuestro derecho positivo le atribuye a la pena no es la realización de la justicia, conforme a una idea retributiva confirmatoria del Estado, sino una pena asignada a los cometidos preventivos, este planteamiento es contradictorio con una concepción absoluta de la pena³⁸⁵; una concepción de pena de acuerdo a la «prevención sintetizadora limitadora», a la

383 Así, también las causas extintivas de la acción penal prevista en el artículo 78° del CP, como la prescripción, la amnistía, el derecho de gracia y el perdón del ofendido. Los fundamentos materiales de las causas extintivas de la acción penal son expuestos en el Cap. referente a las causas extintivas de la acción penal y de la pena.

384 El tratamiento penitenciario al cual es sometido el penado, se identifica según las características particulares del mismo, tomando como base su individualidad, lo que confirma el programa rehabilitador.

385 Así, MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., ps. 83-84.

cual nos hemos adherido a toda consecuencia, se corresponde con la posibilidad de que el Código dispense o prescinda de una pena en función de caracteres preventivos en perjuicio de una orientación retributiva.

Una concepción absoluta de la pena no discrimina, es decir, aplica una pena a todos los hechos punibles sin excepción, en cambio una concepción preventiva otorga márgenes de limitación punitiva, filtros selectivos, propone excepciones, mecanismos sustitutivos y la posibilidad de aplicar una pena por debajo de la pena justa; entendimiento teórico-conceptual que se ajusta a la integración armoniosa que se desprende del Derecho penal material y del Derecho procesal penal, donde la racionalidad y los filtros de selectividad procesal, han permitido la inclusión de instituciones, que suponen un relajamiento del principio de legalidad, nos referimos a los «mecanismos de simplificación procesal», ajustados a los cánones de un «Proceso Penal Acusatorio», según el complejo normativo contenido en el Decreto Legislativo Nº 957 – nuevo CPP, propio de un Derecho penal mínimo.

La evolución de un derecho penal más humano y democrático ha permitido dar paso a nuevas respuestas sancionadoras menos aflictivas que la pena privativa de libertad y eficaces preventivamente. Ello es perfectamente compatible -como dice LUZÓN PEÑA- con un intento de configuración positiva de las sanciones y, en su caso, de los sustitutivos penales para lograr la prevención especial, evitando que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, anulando los posibles factores disocializadores de las sanciones y acentuando los resocializadores, en su caso mediante el tratamiento penitenciario del sujeto: «principio de resocialización», propio de un Estado social y democrático³⁸⁶.

Las normas penales (a diferencia de los postulados funcionalistas sistémicos fundamentadores), se instrumentalizan a partir de su función preventiva para llegar al fin esencial del Derecho penal: que es la protección de bienes jurídicos, en palabras de MIR PUIG, la protección de bienes jurídicos a través de la prevención³⁸⁷, la norma jurídico-penal cumple o intenta cumplir la función de protección de bienes jurídicos importantes, esto es, las condiciones indispensables de la convivencia social frente a ataques graves y, a través de ello, de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos³⁸⁸; en tal virtud, al asignar a la norma jurídico-penal la función del afianzamiento del derecho de los valores ético-sociales conformada de valores, se quiebra la equiparación de las funciones del Derecho penal con las funciones asignadas a la pena.

386 Consagrado constitucionalmente en el art. 25.2 CE. En: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *Curso de Derecho Penal - Parte General I*, Editorial Universitas S.A.- Madrid, primera reimpresión 1999, p. 89.

387 MIR PUIG; cfr; *ibidem*.

388 LUZÓN PEÑA; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 68.

El logro de la finalidad preventiva -general y especial-asignada a las penas y medidas de seguridad es el procedimiento por el que las normas penales intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos³⁸⁹; resulta claro entonces, que la función de la pena en nuestro derecho positivo es la prevención de delitos, cuya ulterior función radica en la necesidad de tutela de los intereses jurídicos fundamentales, de propiciar y garantizar la participación de los individuos en los diversos procesos sociales.

La función asignada a la pena encaja perfectamente con el sistema político-social consagrado en nuestra Constitución Política, en cuanto a la definición de un «Estado Social y Democrático de Derecho» (artículo 43º).

389 LUZÓN PEÑA; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 69.

CAPÍTULO XXIV

EL DERECHO A PENAR (*IUS PUNIENDI*)

Sumario: 1. Significado, Límites y Fundamento Político de la Pena (legitimación del *ius puniendi*). 2. Naturaleza del *ius Puniendi* y Toma de Posición.

1. SIGNIFICADO, LÍMITES Y FUNDAMENTO POLÍTICO DE LA PENA (LEGITIMACIÓN DEL *IUS PUNIEIVDI*)

El significado político de penar, resulta distinto al sentido formalista del Derecho penal (objetivo) que se patentiza a través de su formulación normativa que tiende a su legitimidad formal, al Estado se le legitima intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, por medio de las normas de control, reguladoras de las diversas formas de interrelación social.

Conforme lo anotado, las normas jurídico-penales se orientan a controlar y a sancionar, aquellos ataques más disvaliosos que se producen a los bienes jurídicos, aquellos declarados como insoportables por la sociedad, en sometimiento a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*.

La doctrina se refiere entonces, al *ius poenale*, al Derecho Penal "objetivo"³⁹⁰, empero, la justificación del Derecho penal se desdobra desde otra variante ajena a su legitimación formal, derivada concretamente del principio de legalidad, la cual viene informada por el derecho a penar, por los fundamentos que legitiman al Estado imponer penas al ciudadano en una comunidad de gentes (*ius puniendi*),

390 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 302; así, LUZÓN PEÑA "Prescindimos de la legitimación formal, que viene dada por la ley que autoriza al Estado a imponer sanciones penales, pero que no se explica de dónde procede a su vez la legitimación de la ley, y nos centramos en la justificación material de la potestad punitiva": *Curso de Derecho Penal. Parte General* cit., p. 78.

Es de verse, entonces, que su estudio y examen particular, se refiere a su justificación, límites y controles en su ejercicio, pues, si el Derecho penal es uno de los controles sociales más aflictivos, con los que cuenta el ordenamiento jurídico, por lo tanto aquél necesita de límites en un Estado Social de Derecho, de lo contrario importaría un poder penal sin límites; trasvasando el umbral de legitimidad, en cuanto aquellas esferas sociales donde se evidencia una lesividad social significativamente merecedora de pena.

La formulación normativa contenida en el Derecho penal objetivo, tiene como basamento en la propia legitimación que emana del derecho apenar del Estado como fuente de legitimación interna, pues si el penalista se preocupara solamente de los problemas que plantea la aplicación de las disposiciones legales a un hecho y a un autor concretos, renunciaría a analizar la operatividad que tienen las normas penales y las penas desde su promulgación y conminación³⁹¹.

Según lo mencionado, resulta importante decir que el Derecho penal no se reduce a ofrecer respuestas jurídicas como reacción ante la conflictividad social producida por el delito, sino es una configuración más sustantiva, en tanto la pena se auto-confirma ideológicamente el Estado, al hacer utilización de una actividad represora que se expresa en las relaciones de aquél con los ciudadanos; poder que sólo ha de hacer uso cuando se adviertan focos insostenibles de convivencia social, cuando uno de sus miembros acomete al otro, mediando la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales.

A causa de la autoridad del poder del Estado es el pueblo objeto del *imperium*, y se encuentra, desde este punto de vista, en una mera subordinación, mas como los individuos, en su cualidad de elementos del Estado, se hallan en la situación de miembros, y son, por tanto, sujetos, viven en ese sentido coordinados³⁹² a un poder político que rige su vida comunitaria, sostenida bajo el concepto del consentimiento popular como basamento de su legitimidad.

La pena significa la privación de un derecho fundamental, como lo es la «libertad personal», entonces su uso e imposición necesita de límites, pues en la práctica estamos frente a un mal que no puede ser impuesto sin justificación y menos sin legitimación, puede verse que la imposición de una pena privativa de libertad es la más grave intervención en la libertad de la persona que el ordenamiento jurídico autoriza al Estado, intervención que se proyecta incluso más allá del tiempo de privación de libertad, sobre todo la vida posterior del condenado³⁹³.

391 QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 14-15.

392 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos/ LANDA ARROYO, César/ RUBIO CORREA, Marcial; *Derecho Constitucional General* -Tomo I. Lectura N°1 "Georg Jellinek" - "El concepto jurídico de Estado". Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1992.

393 ROXIN, C.; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 20.

Ante la realidad descrita, cabe la preguntarse ¿De qué forma se legitima que el Estado intervenga a través de mecanismos, injerencia en la esfera de libertad de los ciudadanos, que legitima que a nombre la mayoría imponga a una minoría una sanción puramente coactiva? la pregunta porque resulta necesaria e indispensable, insustituible, no susceptible de ser suprimida.

Dicho lo anterior, el Derecho penal subjetivo es definido como la capacidad reactiva del Estado, como ente monopolizador y titular del *ius puniendi* conferidos políticamente por medio del voto popular, o en palabras de BACIGALUPO como conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado³⁹⁴, o como la potestad penal del Estado, en virtud de la cual se puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad³⁹⁵.

Lo anotado, llevado al campo de las justificaciones, importa definir si este poder punitivo es realmente un derecho o es simplemente una coacción represora atribuida a las instituciones estatales, como entes puramente coactivos que criminalizan conductas a fin de imponer el principio de autoridad y de someter a las mayorías de acuerdo a sus confines políticos o si aquél emana de una necesidad racional de control social pa'ra asegurar a los ciudadanos, mínimas formas de convivencia pacífica, como apunta QUINTERO OLIVARES, aparece un problema aparentemente teórico o técnico, pero que también recibe la incidencia de una dimensión política y jurídico-filosófica que no puede ser despreciada³⁹⁶.

Resulta de especial importancia, hacer un análisis sustancial de cuáles son los fundamentos que legitiman la aplicación de un instrumento intrínsecamente violento, como lo es la pena. La distinción expuesta -como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA- carece de carácter problemático para quienes ven en el llamado Derecho Penal "subjetivo" un mero reflejo o emanación del Derecho Penal "objetivo", y fundamentan sin más, en el delito la pretensión punitiva del Estados³⁹⁷.

No siempre el poder penal ha sido conferido monopólicamente al Estado, la evolución de la humanidad y porqué no decirlo, de la civilización humana evidencia que en un principio en sociedades arcaicas o primitivas (barbáricas) regía una violencia punitiva a cargo de los propios individuos, eran aquellos que en razón de la fuerza física ejercían directamente sobre sus pares, una vindicta o venganza de sangre denominada justicia del Cadí o del *ius talionis*, un poder punitivo que descansa únicamente en las capacidad de reacción, de aquel que

394 BACIGALUPO, E.; *Principios del Derecho Penal*, cit., p. 16.

395 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 20.

396 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 15.

397 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 302.

con sus fuerzas físicas podía imponerse ante el resto de individuos y de hacer imponer su voluntad ante su tribu o clan.

La migración del campo a la ciudad, dio origen a la formación de grandes imperios o reinos que empezaban a regir sus destinos y a regular las conductas de sus ciudadanos, conforme a normas consuetudinarias y de contenido religioso, normas que se imponían a otros, conforme iban conquistando nuevas tierras; de ahí aparece la glorificación y magnificación del Imperio Romano, todo el poder penal era ejercitado por el príncipe. Entonces, de ese derecho privado, nace con el derecho romano que el derecho a penar corresponda exclusivamente al Estado³⁹⁸; es así, que el Estado emerge, como una institución monolítica del poder penal, pero no con las formas y garantías del derecho penal liberal, pues el derecho romano -como sociedad clasista- reconocía ciertos derechos únicamente a los romanos y en la cual predominaba el señorío y la esclavitud, era expresión entonces de un poder penal de significado exclusivamente político (pena estatal). Tales derechos se explican en un primer momento como aspecto de la relación de vasallaje; del mismo modo acontece durante la monarquía absoluta, cuando los poderes se concentran en el monarca "justo y benéfico", que ejerce por sí mismo toda potestad terrena, justificada en la misma voluntad divina³⁹⁹.

Dicho lo anterior, las facultades de penalización, residían en el poder divino que era representado en la Tierra por el príncipe; la legitimidad material del *ius puniendi* era un derecho natural, hecho a la medida de la figura de monarca, el cual no podía ser objeto de cuestionamiento, en cuanto era un derecho natural ajeno a cualquier discusión de los hombres, pues no sólo era meta-jurídico, dentro de lo cual todavía cabe una discusión ética o de otro tipo, sino que era divino, es decir, un dogma totalmente absoluto por esencia⁴⁰⁰.

Sin embargo -señala LANDROVE DIAZ-, lo que se ha dado en denominar "medievalismo penal" se extiende prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XVIII⁴⁰¹. Hasta ese momento histórico dice el autor, el Derecho valoraba

398 Así, MIR PUIG describe, que pese a sus orígenes privatísticos, en los cuales el derecho de castigar correspondía a los particulares, hace tiempo sin duda ya en el derecho romano, constituye un principio indiscutido el que la pena -y la medida de seguridad- es un atributo del Estado; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 99-100.

399 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 15. Así, ROXIN "En tiempos anteriores el Derecho Penal aparecía íntimamente ligado a la religión, a la moral y las costumbres. Por ello se prohibían y, sin más, se castigaban con la pena criminal, conductas que se consideraban pecaminosas, heréticas, inmorales o simplemente inconvenientes"; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 21.

400 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 21.

401 LANDROVE DIAZ, Gerardo; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Tecnos. Tercera Edición, Madrid, 1991, p. 18.

muy especialmente la condición social del reo y, en consecuencia, era fuente de irritantes desigualdades; las sanciones eran extremadamente rigurosas y crueles, no guardando siempre una justa correspondencia con la entidad de los delitos que las determinaban⁴⁰².

Bajo el régimen del Antiguo Régimen, las penas eran básicamente corporales, las cuales no se justificaban en el castigo final, que debía recibir el hallado culpable judicialmente, sino como un método de tortura para arrancar del imputado una confesión y así al concebirse al delito como un pecado público, sometido a una expiación moral, como especie de arrepentimiento anímico, justificándose entonces la aplicación de sanciones inhumanas, como el azote, el suplicio y el garrote, etc. De aquella justicia divina, es decir, a nombre de Dios se cometían latrocinios y atrocidades, la manifestación de una imagen deleznable de una justicia muy apegada, al arribo de la verdad material u histórica, en cuyo fin no le importó vulnerar los derechos fundamentales del reo; es decir, el fin justificada los medios.

Después de la concentración del poder político en una misma mano⁴⁰³ (Ancien Regimen), que a través de la influencia de la Iglesia romana (recepción del Derecho romano-canónico) representó el nacimiento del Estado nacional como organización social, surgieron como consecuencia la persecución penal estatal y la búsqueda de la verdad como paradigma de la justicia penal, paradigmas, que lentamente, dieron fin, en el sentido del Derecho penal, al sistema compositivo del Derecho común⁴⁰⁴; hasta aquel tiempo el poder penal únicamente se erigía como un poder político que no encontraba límites y contornos fijos al no encontrar sentido legitimador en la juridicidad.

Recién se puede hablar, con propiedad de «Derecho penal» y de «Derecho procesal penal», en sentido propio, después de la Ilustración y del Estado de Derecho. Por ello reconocemos -señala MAIER- al pequeño libro del MARQUÉS DE BECCARIA, *De los delitos y las penas*, como partida de nacimiento del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal⁴⁰⁵, por lo tanto, fue la conquista de la Ilustración y del Iluminismo, como promotores de una nueva ideología -tanto política como jurídica-, que la violencia estatal punitiva ya no sea concebida como tal

402 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 18.

403 La concentración absoluta del poder se derivaba del hecho de que al monarca o al rey, se les conferían todos los poderes, es decir, legislativo, ejecutivo y judicial, pues, las leyes sancionadas y las sentencias que se imponían a los ciudadanos se proclamaban a nombre del rey.

404 MAIER, Julio B. J.; *¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el marco del Estado de Derecho?*. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales - Homenaje al profesor CLAUS ROXIN*. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba-Argentina, p. 780.

405 MAIER, Julio; *¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el marco del Estado de Derecho?*, cit., p. 780.

sino, como Derecho penal a partir de una serie de garantías que se construyen conforme su propio devenir evolutivo.

Humanización en el doble sentido de suavización del trato procesal y penal dado al reo y, sobre todo, de secularización del Derecho penal, alejándolo de consideraciones y finalidades pseudorreligiosas que no habían servido durante siglos, más que para endurecerlo⁴⁰⁶; es así, que el Derecho penal se desprende de matices marcadamente religiosos, de acuerdo a la idea de un Estado democrático de derecho, que tiene como basilar el principio de legalidad y en los otros principios que paulatinamente van apareciendo en escena y que se armonizan con la finalidad de ejercer un mayor control al ejercicio de la violencia institucionalizada

Sólo el Estado constitucional, con separación de poderes, creó el marco para una libertad jurídicamente institucionalizada, dentro de la cual se hizo realizable la idea iusnaturalista de la igualdad⁴⁰⁷. El Estado constitucional -dice DONNA- crea libertad, pero sólo para los asociados⁴⁰⁸.

Asimismo, resulta importante añadir, que el nacimiento del Derecho penal fue en el marco de un Estado Liberal de Derecho, dirigido sobremanera a proteger los intereses y derechos individuales de una nueva clase social emergente: la burguesía que destronó del control político, a la aristocracia encasillada en el poder absoluto del monarca.

En palabras de LUZÓN PEÑA, la concepción del Estado liberal de Derecho pone más énfasis en la protección de los derechos individuales, en el mínimo de intervención estatal para ello y que en cualquier caso se rodee de garantías jurídicas frente al Estado; por otra parte la orientación de las sanciones no será intervencionista, sino de retribución del mal causado o también de intimidación general frente a los potenciales delincuentes⁴⁰⁹. Así se fueron sumando distintos bienes jurídicos al bien jurídico originario y, por cierto, regularmente, los llamados bienes jurídicos individuales⁴¹⁰.

Conforme lo anotado, la justificación de castigar, de imponer penas o medidas de seguridad a quien con su obrar antijurídico infringió una norma jurídico-penal, obedece en el sentido funcional de proteger bienes jurídicos. Ello significa que el fundamento (funcional) del ius puniendi se corresponde con su

406 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 18.

407 DONNA; *Teoría del Delito y de la Pena*, cit. ps. 94-95.

408 DONNA; Cfr., ibidem.

409 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 80.

410 BARATTA, Alessandro; *Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Derecho Penal*, En: "Poder y Control", Barcelona, 1986, p. 79.

función⁴¹¹, y esta función debe ejercerla de acuerdo a los límites, que emanan del ordenamiento jurídico y que únicamente se pueden concretizar en la persona del culpable a través de su sometimiento a un procedimiento penal rodeado con todas las garantías y en sujeción estricta al Debido Proceso (*fair trial*)⁴¹².

Resulta indudable, que la eficacia del Derecho penal viene definida por su capacidad de garantizar y de crear mecanismos participativos de los individuos en los diversos procesos sociales.

En lo referente a su legitimación o fundamento político, éste corresponde a que obedece que sea el Estado el único legitimado para imponer penas y medidas de seguridad a los ciudadanos.

Este fundamento lo identificamos en los lazos comunitarios, fruto del contrato social que se establece como vínculo indisoluble de los ciudadanos, quienes pierden una porción de su libertad y se la delegan por entero al Estado, en pos de ganar legitimidad, control y límites al poder penal estatal.

A través de la teoría de la división de poderes y, de otra parte, de las tesis contractualistas -apunta QUINTERO OLIVARES- se impone la idea de que el derecho represivo, como la misma soberanía, pertenece a todos los ciudadanos, los cuales por su conveniencia renuncian a su ejercicio personal a favor del Estado⁴¹³. En tal sentido BECCARIA como precursor del contractualismo y fundador del derecho penal liberal, quien señala que las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una Nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar ese depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en un caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los

411 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 98.

412 Así, RODRÍGUEZ DEVESA, al sostener: "Que sólo el Estado puede ejercitar el *ius puniendi* (límite subjetivo); que el Estado se autolimita y sólo ejerce su poder en el marco del ordenamiento jurídico (límite objetivo); y que el *ius puniendi* no se realiza directamente, sino a través del proceso (límite funcional), es doctrina que goza hoy de consenso". *Derecho Penal Español. Parte General*, cit., ps. 34 y ss.; citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 304.

413 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 16.

infractores de aquellas leyes....El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho⁴¹⁴.

Toda pena (dice MONTESQUIEU) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica, proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico⁴¹⁵, el derecho a castigar, entonces, ya no se funda en un derecho natural y divino, sino en un derecho connatural de los ciudadanos, legitimado en el consenso natural que hace de su comunidad una sociedad basada en la integración, y donde la pena aparece como una necesidad para hacer prevalecer las condiciones del contrato contra todos aquellos que lo desconocen, con su proceder conductivo contrario a derecho, donde el Estado aparece como institución que ejerce ese derecho represor a fin de cautelar las libertades de los asociados.

El poder de crear normas incriminatorias se concebía como un derecho subjetivo de la comunidad, limitado por los derechos subjetivos de los ciudadanos, según el modelo del pacto social. BECCARIA fundamentó el *ius puniendi* en la doctrina del «contrato social», y el Derecho penal construido sobre estas bases se concibió como Derecho al servicio de las garantías, no como instrumento para la prevención y lucha contra el delito.

Esta nueva forma de fundamentar los poderes del Estado, en este caso el poder penal, es aún en tiempos actuales una sustentación basada en la voluntad popular, en la división de poderes y en el ejercicio del poder gubernamental que emana del voto de los ciudadanos, como reflejo de un Estado democrático, poderes que se estructuran en modelos constitucionalistas presidencialistas en algunas naciones, y parlamentaristas en otras, un derecho (penal) que se ejerce por quien detenta el poder, ya sea buscando su fundamento en el poder mismo, ya en el pacto social⁴¹⁶.

Dicho lo anterior, el poder penal encuentra su legitimación ajena a la idea de un poder divino y connatural a una persona que encarna al divino, sino sobre bases reales y democráticas del ejercicio del poder político, donde el *ius*

414 CESARE BECCARIA; *De los Delitos y de las Penas*, VOLTAIRE, Comentario al libro "De los delitos y de las penas". Traducción de Juan Antonio de las Casas. Introducción, apéndice ("BECCARIA en España") y notas de Juan Antonio Delvaki. El libro de bolsillo Derecho Alianza Editorial, Salamanca-España, 1998.

415 CESARE BECCARIA; *De los Delitos y de las Penas*, VOLTAIRE, Cit., p. 32.

416 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 16; así, BUSTOS RAMÍREZ al anotar que: "Estos dos postulados críticos de BECCARIA, la prevención y la necesidad como atributos de la ley penal, con una fundamentación claramente metajurídica, serán hasta ahora los pilares sobre los cuales girarán los esfuerzos reformadores dentro del Estado de derecho"; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 22.

puniendi viene a garantizar las libertades de los asociados, quienes por medio del contrato social han conferido tal poder al Estado, pero un poder limitado y sujeto a las garantías de la ley, pues aquel castigo que vulnerase tal garantía era calificado como tiránico y abusivo, por ende, en esta nueva ideología se trata de imponer determinados límites al poder punitivo. Es una nueva perspectiva política que en su afán intervencionista desborda su legitimación e irrumpe en la esfera de libertad de los ciudadanos a fin de manipularlos ideológicamente, pero un derecho subjetivo radicado en la voluntad de las mayorías⁴¹⁷.

A fines del siglo XIX el positivismo criminológico podía acusar a la escuela clásica, como representante de este derecho penal liberal, de haber permitido el aumento considerable de la delincuencia y, en especial, de la reincidencia a lo largo del pasado siglo⁴¹⁸; una crítica sostenida en la ineficacia que resultaba una política penal liberalista que no podía garantizar los derechos subjetivos, por su incapacidad de injerencia, sobre todo, en el ámbito social, surge así una reforma -que como anota JIMÉNEZ DE ASÚA- sólo podía lograrse mediante un radical cambio metódico, que atacara el edificio por su base: el racionalismo deductivo apoyado en el ente jurídico que era el delito. Y esta fue la tarea que habría que emprender la Escuela Positiva, al desplazar el centro de atención desde el delito al hombre delincuente. El desarrollo que alcanza el fenómeno positivista se define a partir de la evolución de las ciencias, sobre todo desde una nueva ideología política del Estado Social de Derecho, de sustentar el poder penal desde consideraciones político-criminales. Con la segunda mitad del siglo XIX se produce el tránsito del estado liberal, mero depositario, administrador y custodio de las libertades individuales, al Estado social, que interviene activamente como gestor de los procesos sociales⁴¹⁹.

Un poder penal autoritario, que propició una política expansionista en las relaciones Estado-ciudadano, asignando al Derecho penal una función netamente preventiva, en su tarea del control de la criminalidad, pues la pena para ser justificada debía servir para algo.

El modelo político diseño, importa el «Estado social», intervencionista, encaminado a garantizar los intereses colectivos y estatales y en las sanciones propende a la intervención activa del Estado mediante la orientación preventivo-especial y de tratamiento del delincuente, no sólo en las medidas de seguridad, sino también en las penas⁴²⁰, como activo instrumento de prevención de delitos

417 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN, citando a DABIN, fundamentan a este derecho, no aludiendo a un derecho subjetivo jurídico, sino a un derecho natural o ético; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 59.

418 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 104.

419 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 305.

420 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*; cit., p. 80.

dirigido a la protección de los bienes jurídicos: como medio al servicio de la "política criminal"⁴²¹; una sistematización de las ciencias penales en procura de finalidades preventivas en la lucha contra la criminalidad, tal como lo proponía VON LISZT.

BINDING, representante del positivismo jurídico, sostuvo que la misión de las normas penales consistía en establecer deberes de hacer o de omitir, estableciendo también un derecho a la obediencia a favor del Estado, lógico correlato del derecho de éste a exigirla incluso con amenazas de castigo; la infracción de las normas, esto es, la desobediencia, constituiría un "Delikt"; la ley penal, a su vez, seleccionaría los más graves "Delikte" conminándolos con una pena, dando así lugar al nacimiento de un "Verbrechen"⁴²², por lo que en la misma norma penal radica el fundamento del derecho a penar. BINDING, en su teoría, excede en demasía en un exacerbado formalismo, que lo lleva a la equivocidad de fundamentar el derecho subjetivo con el derecho objetivo, las normas nacen pues como legitimación del derecho penal subjetivo, es a través de ellas, que el legislador legítimamente formula las convenciones penales por medio de la formulación normativa, es decir, su objetiva expresión se corresponde con la justificación histórico-social del Derecho penal de proteger los valores fundamentales necesarios para los procesos participativos sociales, tal como argumenta BUSTOS RAMÍREZ, hay una inversión de conceptos, el derecho objetivo no es una expresión del *ius puniendi*, sino al revés, el *ius puniendi* es una expresión del derecho objetivo⁴²³, así la doctrina del "derecho penal subjetivo" se formula en el marco de una concepción imperativa, poco apta para promover un orden de garantías⁴²⁴.

421 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit. ps. 104-105.

422 BINDING, K.; *Die Normtheorie*; citado por QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 17.

423 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 23.

424 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 61; FERRI, rechazó la concepción del derecho a castigar como un derecho subjetivo del Estado. Para FERRI, al delito no se le puede comparar con un negocio jurídico. Por ello en el proceso penal no comparecen dos sujetos que se hallan colocados al mismo nivel: la contraposición actor-demandado no se corresponde con la contraposición entre reo y Ministerio Fiscal. El Estado y el delincuente no se mueven en el mismo plano porque precisamente el Estado, en cumplimiento de su deber de "defensa social", crea la Ley, esto es, dicta las normas mediante las que se ha de resolver el litigio, y no puede ser equiparado a un litigante. El delincuente no es, a su vez, víctima del Estado, y por ello resulta inmoral colocarlos en posición de igualdad. La afirmación de la superioridad jurídica y moral del Estado y de los ciudadanos de vida honrada frente al delincuente, conduce a la configuración del poder punitivo, no como un absurdo derecho subjetivo, sino como una potestad soberana. En: FERRI; *Principios de Derecho Criminal*, cit., ps. 115-117; bajo tal concepción, se conduce a una negación de los derechos individuales en sus pretensiones como ciudadano ante un poder estatal que se afirma tenazmente sobre su esfera de libertad, colocar al delincuente en un nivel infra, supone rebajar su condición de

Esta proposición profesamente *objetiva* del Derecho penal, tuvo como consecuencia que los juristas se dedicasen con mayor fervor al estudio dogmático de las normas (teoría del delito) en perjuicio de sustentar las bases legitimadoras del *ius puniendi*. En tal posicionamiento metodológico, es importante hacer mención lo que escribe QUINTERO OLIVARES al respecto "..., el desprecio por los problemas de base, es decir, por el fundamento material del poder punitivo y los condicionamientos políticos y sociales del ejercicio del mismo, ha sido nota común de las obras de la mayoría de penalistas. Únicamente, después de la Segunda Guerra Mundial, han comenzado éstos a plantearse la necesidad de estudiar su ciencia desde sus propias raíces sociales"⁴²⁵; la irracionalidad que manifestó la pretendida legitimación externa (escuela de Kiel), provocó toda

ciudadano y colocarlo en un nivel por debajo del normal ciudadano; en este sentido, se pronuncian M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN "..., los reproches de FERRI a la teoría (del derecho penal subjetivo) tendrían poco sentido, pues en absoluto implica la admisión de que el Estado y el delincuente se hallen en el mismo nivel. Y, en segundo lugar, porque la negación del carácter de derecho subjetivo al "ius puniendi" no va unida necesariamente a una concepción autoritaria o totalitaria del Estado, como el que parece alentar en el pensamiento de FERRI."; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 61; la doctrina que niega la denominación del *ius puniendi*, establecido por un derecho subjetivo a castigar conferido exclusivamente al Estado, la cuestiona -como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA- bien criticando el propio concepto de derecho subjetivo, bien negando la posibilidad de trasplantar esta categoría de origen ius privatista a los dominios del Derecho público; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 309; en el campo de la discusión doctrinaria, se ha polemizado acerca si el derecho a penar, es un mero derecho subjetivo detentado por su titular que es el Estado, y si ese derecho lo ejerce como propio poder intrínseco a su existencia jurídica, o si lo hace en representación de los ciudadanos, al configurarse como derecho público subjetivo. El Estado como personalidad jurídica, deriva sus poderes del derecho, o no será que el Estado es la derivación del derecho que le otorga existencia ficticia y que se configura a través de las relaciones de poder con los súbditos que son los ciudadanos, entonces, no es que el derecho a castigar una potestad política que emana de su propia configuración que es susceptible de limitación por el mismo ordenamiento jurídico que regula su actuación frente a los ciudadanos. La teoría del "derecho subjetivo" tiene configuración consustancial con el concepto jurídico de Estado formulado por JELLINEK, quien dice lo siguiente: "El Estado desde su aspecto jurídico (...), no puede considerarse sino como sujeto de derecho, y en este sentido, está próximo al concepto de la corporación en el que es posible subsumirlo. El substrato de ésta lo forman hombres que constituyen una unidad de asociación cuya voluntad directora está asegurada por los miembros de la asociación misma. El concepto de corporación es un concepto puramente jurídico, al cual, como a todo concepto de Derecho, no corresponde nada objetivamente perceptible en el mundo de los hechos; es una forma de síntesis jurídica para expresar las relaciones jurídicas de la unidad de asociación y su enlace con el orden jurídico. Si se atribuye al Estado como a la corporación jurídica el carácter de personalidad, no se hace uso de una hipótesis o ficción, pues personalidad no es otra cosa que sujeto de derecho, y significa, como hemos dicho, una relación de una individualidad particular o colectiva con el orden jurídico". (Teoría General del Estado. Buenos Aires, Ed. Albatros, 1954. ps. 134135/ 295-325); citado por BLANCAS BUSTAMANTE C./ LANDA ARROYO, C./ RUBIO CORREA, M.; *Derecho Constitucional General - Tomo I*, cit., p. 109.

425 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 18.

una reacción en cadena sobre las bases epistemológicas del Derecho penal, de retomar la racionalidad y los valores como elementos esenciales del sistema, de acuerdo a un dogmatismo lleno de contenidos culturales, apareciendo en la dogmática la escuela del «Neokantismo».

Dentro de la dinámica de la pena, el positivismo criminológico ancló su sistema de punición sobre un presupuesto caracterológico de puro pronóstico de cara al futuro: la «peligrosidad», como fundamento de la punición, conllevó a una cerrada defensa de la sociedad, con la legitimación de penas indeterminadas que desbordaban el campo de la pena a la medida de la culpabilidad y a la imposición de medidas pre-delictivas bajo diagnósticos médicos que nada tendrían que ver con los fines esenciales del Derecho penal y de la pena en el marco del Estado de Derecho.

Una posición, así concebida, significó confundir los presupuestos de pena con los presupuestos de la medida de seguridad, bajo la unicidad de un criterio único de carácter monologante que suponía una medida -tanto para el imputable como para el inimputable-, sistematizándose un sistema monodimensional de pura defensa, en el caso del instituto de Defensa Social de Gramática y la *Defense Nouvelle* de Marc Ancel. La *Defense Nouvelle* desconoce el orden jurídico y únicamente reconoce el orden social, niega la pena y sólo admite la medida de seguridad, únicamente se orienta al futuro (*punitur, quia peccatum est*) proponiendo el control de la criminalidad sin mirar al pasado.

FREY, escribe que el peligro del desarrollo unilateral o extremista de la defensa social supera toda ponderación⁴²⁶ (*kann nicht ernst genommen werden*). La política criminal que se trata de imponer está orientada al tratamiento del delincuente, con la concreta finalidad de devolver al autor del delito una vida social libre y consciente⁴²⁷.

La pena -como lo señala LANDROVE DIAZ-, en consecuencia, no debe ser utilizada con el fin de infligir un sufrimiento al reo ni en ella debe verse una satisfacción abstracta destinada idealmente a borrar el acto delictivo⁴²⁸.

Siguiendo el hilo conductor, diremos que la pena se despoja de cualquier pretensión retributiva y de pretender realizar contra-estímulos en la voluntad de la colectividad, por lo tanto, se desliga de una finalidad preventiva general de la pena, que al colocar al delincuente en el prisma fundamental del sistema de punición y por qué no decirlo del Derecho penal, conlleva indefectiblemente a una formulación de un «Derecho penal de autor», quebrantándose la armonía

426 Citado por BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 80.

427 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 24.

428 LANDROVE DIAZ; Cfr. *Ibidem*.

y simetría entre delito y pena, desjuridizándose los elementos centrales del sistema de punición⁴²⁹.

Se rompen en este esquema metodológico todas las garantías que emanan de la legalidad en el Estado democrático de derecho en concreto -como dice el hispano MIR PUIG- se abandona con ello la limitación de la actuación del Estado a la mera prohibición dirigida al individuo plenamente libre, y se admite que el Estado adelantase a la efectiva comisión de delitos interponiendo medios positivos para su evitación activa, lo que presupone una nueva concepción del hombre como susceptible de ser influido por causas exteriores, pues esto es el presupuesto de todo el programa resocializador⁴³⁰; la posibilidad del tratamiento y del correjimiento del delincuente por medio de los efectos individuales de la sanción punitiva, manifiesta un Estado, proclive a la injerencia en la esfera de libertad ciudadana⁴³¹, desprovista de todo límite, vemos un Derecho penal, que rebasa su umbral de legitimidad material, y lo sobrepone a una función medicinal y correccional, estos postulados -sin embargo- han significado que en la etapa de ejecución penal se le asigne a la pena una función exclusivamente preventivo-especial⁴³², pero no bajo un criterio manipulador del Estado sino considerando al penado como un ser libre, proporcionándole mecanismos viabilizadores de poder readaptarse a los valores democráticos de la sociedad (respeto a los bienes jurídicos) en base a la configuración del Estado social.

En consecuencia, no se puede hablar -como argumenta QUINTERO OLIVARES- de un "derecho subjetivo penal" en los llamados Estados totalitarios⁴³³, las relaciones de poder no pueden por sí legitimarse, conforme a razones puramente de poder penal, desprovistas de cualquier limitación jurídica.

Posteriormente a las ideas sociales y político-criminales, postuladas por el positivismo sociológico, surge una ideología estatal fundamentalista caracterizada en el nacional-socialismo en Alemania y en el totalitarismo en Italia con

429 Así, LANDROVE DIAZ; al sostener que: "Con tal unificación (en nuestras palabras, penas y medidas de seguridad), se destruiría la prevención general, a la que no debe renunciarse, y que sólo la pena logra. Por otro lado, se correría el riesgo de que la medida de seguridad así concebida pusiese en evidente peligro la libertad de los ciudadanos"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. p. 26.

430 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., ps. 105-106.

431 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al escribir que: "La experiencia del Estado totalitario, después de la primera contienda mundial, evidenció los peligros que el intervencionismo puede representar para las garantías individuales"; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 306.

432 Así, MIR PUIG; "... la dirección de la política criminal fundada por VON LISZT se debe a la difusión, en parte a través de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de las ideas propias del derecho penal social en el derecho comparado"; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 106.

433 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 18.

el régimen de MUSSOLINI, configuración política, que encontraba su justificación legal, según los postulados metodológicos de la irracionalidad de la Escuela de KIEL.

Después de la segunda guerra mundial, todos los esfuerzos ideológicos y políticos apuntaron hacia una dirección más llevada a la realidad social, de enfocar el problema desde sus raíces empíricas y sociológicas, y de una profusa incardinación de consideraciones político-criminales, no como confrontación en el concepto de VON LISZT, sino como una sistematización integradora de acuerdo al modelo constitucional, un Derecho penal dirigido a la protección de todos los valores fundamentales -tanta para el individuo como para la sociedad- haciendo un equilibrio en sus pretensiones tutelares no como la Carta Magna del delincuente; aparece así la figura del «Garantismo», como una corriente ius-humanista, encaminadas y sostenida sobre una base filosófica muy firme, revolucionaria, con arreglo al listado de valores, que habría de influencia a la ciencia jurídica-sustantiva, de negar el empleo del hombre como objeto, todo lo contrario, encumbrando los derechos fundamentales, como el pórtico basilar, dando entrada a todo un complejo de derechos y garantías, que progresivamente fueron encontrando acogida en los textos constitucionales, avizorando una nueva visión de ver las cosas, dando lugar a la creación y sanción de Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos.

Un Derecho penal edificado sobre las bases ideológicas y políticas del «Constitucionalismo social», que ha impregnado a todos los textos fundamentales modernos del mundo contemporáneo, sostenido en la idea firme de la protección de los derechos fundamentales, porque la justificación del derecho penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad para satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la sociedad⁴³⁴.

En cualquier caso -escribe LUZON PEÑA- lo que fundamenta el recurso al Derecho penal es solamente su ineludible necesidad para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos: protección de los bienes jurídicos más preciados contra los ataques a los mismos intolerables⁴³⁵.

Conforme lo anotado, su justificación se identifica, en la necesidad de asegurar las bases fundamentales del sistema social a través de la tutela y promoción de mecanismos participativos en los procesos sociales.

Las diversas manifestaciones sociales necesitan ser tuteladas y limitadas normativamente, según los ámbitos de actuación ciudadana, en tal fin el *ius puniendi* realiza una eminente función tutelar, de propiciar márgenes participativos

434 MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 107.

435 LUZON PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 79.

y de reducir las desigualdades sociales existentes en las estructuras sociales, de una forma mínima y racional, de acuerdo a sus principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*.

La historicidad del Derecho penal, ha demostrado que su disfunción ha sido producto de su utilización política, de instrumentalizar al *ius puniendi* como mecanismo de subordinación y de sometimiento de las minorías hacia las mayorías, propiciando márgenes desiguales en la distribución de la riqueza, donde el derecho subjetivo o poder jurídico ha servido de base sostenedora de un poder político sin límites, caracterizado por regímenes totalitarios y de dictaduras propias del «terror penal».

Según lo mencionado, caben las palabras de MIR PUIG, quien apunta que la experiencia histórica -y presente- obliga a destacar con el mismo vigor la necesidad de que el *ius puniendi* respete el ejercicio de su función los límites que imponga la garantía del individuo⁴³⁶.

La pena para que no pueda ser concebida únicamente como una mera coacción estatal, debe ser racional y para serlo necesita de nutrirse y alimentarse de datos reales de la sociedad actual -sociológicos-, en la medida, de que la pena como reacción necesita de límites, la pena presupone culpabilidad y ésta debe ser concebida como todo un proceso de socialización del individuo, así como de sus poderes individuales de poder participar en los procesos sociales, en sentido material ajeno a toda acepción «determinista» o «indeterminista», y en ese juicio valorativo, el Derecho penal encontrará también individuos que reflejen altos grados de antisociabilidad, por lo que la prevención especial adquiere legitimidad en una sociedad tan imperfecta como la de los hombres.

Conforme esa misma consideración ontológica, se necesitará la amenaza de la pena para en la medida de lo posible inhibir y contramotivar los impulsos delictivos, de lo que se deducen las necesidades de prevención general, ambas funciones preventivas se unifican en un solo sentido teleológico, en cuanto a la protección de bienes jurídicos.

La pena como potestad soberana del Estado constitucional, necesita de límites formales, por lo que el principio de legalidad es el dique de contención que sujeta los poderes penalizantes de las agencias estatales a los parámetros de la Constitución y las leyes. Sin embargo, el principio de legalidad únicamente nutre de garantías al Estado de Derecho, mas no al Estado Social, y este último se refiere a la necesidad de protección de los intereses jurídicos colectivos; todos aquellos que aseguran el funcionamiento del sistema social, de extender el radio de acción del Derecho penal, en todas aquellas esferas sociales de contenido dañoso, de potencialidad lesiva para poner en peligro los substratos

436 MIR PUIG; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 107.

materiales indispensables para la propia subsistencia de los individuos («Derecho Penal Ambiental»).

Lo importante es garantizar que los enunciados y proposiciones dogmáticas y político-criminales se ajusten a las garantías del Estado Social de Derecho, de más amplia base material⁴³⁷ que formal, en pos de configurar marcos óptimos e idóneos, para el desarrollo de los ciudadanos, de esta forma se combinan las funciones del *ius puniendi* del Estado de Derecho con las del Estado Social.

Bajo la premisa anotada, la sustentación del *ius puniendi* depende entonces de su funcionalidad en el sistema social, de que el Derecho penal asegure y propicie la participación de los individuos en toda actividad socio-económica, a partir de la reducción de las desigualdades y de cerrar márgenes de exclusión, en tal vía inclusiva, el principio de igualdad adquiere un nivel de alto valor político y jurídico.

Convenimos, en la seria proposición de *lege ferenda*, de construir y edificar normativamente, un «Derecho Penal del Ciudadano», bajo el fundamento de igualdad ante la ley, en puridad, una democratización del Derecho penal, y en su caso, acentuación de la participación ciudadana en su configuración: democratización de la selección de tipos penales protectores de bienes jurídicos, p.ej. creación de nuevos tipos protectores de intereses, nuevos o permanentes, de grandes capas de la población, desincriminación de conductas no perturbadoras de bienes jurídicos⁴³⁸; de la aplicación judicial de los mismos y de las sanciones, en concordancia de la interpretación con los intereses y concepciones sociales mayoritarias⁴³⁹, de esta forma se sistematizan los intereses individuales y colectivos, tomando como referencia los valores fundamentales para la convivencia social en un Estado democrático, legitimándose así el poder punitivo del Estado, no como una reacción meramente formal que patentiza su capacidad coactiva de imponer sanciones a los desviados, sino según una función tuitiva de bienes jurídicos.

437 El Derecho penal material es conceptualizado como el sistema de regulaciones jurídico-penales que tienen por objeto la criminalización formal (primaria) de conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado Social y Democrático de Derecho, incluyendo en su seno a las clases sociales más poderosas.

438 Desinflar las redes de represión penal implica todo un proceso seleccionador desincriminador de conductas, de legitimación de la criminalización significa la necesidad interventora del derecho penal en aquellos ámbitos sociales donde se evidencien focos de lesividad social, el uso indiscriminado del derecho penal vulnera su garantía subsidiaria y de mínima intervención en las esferas de libertad, antes de su utilización deben agotarse todas las vías menos afflictivas con las que cuenta el ordenamiento jurídico.

439 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 80.

La síntesis habrá de alcanzarse en un derecho penal democrático, que impondrá a su vez límites propios a la facultad punitiva del Estado⁴⁴⁰.

2. NATURALEZA DEL IUS PUNIENDI Y TOMA DE POSICIÓN

En lo referente a la naturaleza del *ius puniendi* surgen dos posiciones en la doctrina jurídico-penal, de concebir a la pena como un «derecho subjetivo» del Estado o como un «poder o potestad». Jurídicamente suelen distinguirse dos manifestaciones del *ius puniendi* que, según la doctrina, tendrían, en cada caso, un fundamento autónomo: el derecho del Estado a establecer normas penales y el derecho a exigir el cumplimiento de éstas⁴⁴¹.

El primero de ellos, hace alusión al proceso de criminalización, por el cual se le atribuye al Parlamento la exclusiva potestad criminalizadora que se traduce en la formulación de normas penales, como expresión de un poder político, consagrado constitucionalmente; mientras que el segundo, es la necesidad de imponer una sanción como método coactivo del Estado, para asegurar el cumplimiento de las normas (en abstracto) y como un mal que se impone a quien culpablemente infringió la norma jurídico-penal; en esta estructuración normológica, se identifica a la primera como norma primaria (contenido de la conducta) y la sanción como norma secundaria. BINDING, desde una posición objetivo-normativa del Injusto había de apoyar el *ius puniendi* como un derecho subjetivo a la obediencia, si las normas establecen determinados deberes de la misma forma, es decir como correlato, existe un derecho para exigir dicho incumplimiento, entonces con la misma ley que incrimina la conducta surge el derecho a penar, erigiéndose en primer plano el derecho objetivo, perdiendo toda importancia la expresión *ius puniendi*.

Contra el concepto del derecho subjetivo a penar, se le ha confrontado y criticado con aseveraciones del derecho privado y por el normativismo, pues como así puede desplazarse una categoría del derecho privado para fundamentar la naturaleza del poder punitivo del Estado⁴⁴², no son relaciones que puedan encontrar una homogeneidad jurídica.

Lo importante consideramos, es reconocer -tanto una fundamentación jurídica⁴⁴³ como una política-, con lo cual se rechaza todo planteamiento metafí-

440 MIR PUIG; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 107.

441 RODRIGUEZ DEVESA; *Derecho Penal Español*, cit., ps. 35 y ss.

442 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 309.

443 Así, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARAN, MERCEDES, al sostener que: "La legitimidad del Derecho penal O del poder punitivo del Estado proviene pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la declaración de derechos

sico y axiomático de él, no puede implicar -señala BUSTOS RAMÍREZ- desconocer que el *ius puniendi* aparece ligado a lo que es el Estado y, por tanto, su justificación última habrá que buscarla en lo que el Estado realmente es⁴⁴⁴.

Desde la teoría del Estado, habrá que diferenciar los derechos reconocidos a los particulares -como el derecho a la propiedad⁴⁴⁵ como la potestad que se le confiere al Estado a castigar con penas (derecho público), pues esta última la realiza a nombre de los ciudadanos y no a nombre propio, surge entonces la interrogante si es un poder de hecho o de derecho, pues el Estado mediante las normas de control asume una posición impositiva hacia los ciudadanos y aquellos de subordinación.

Quienes niegan la posibilidad de reconocerlo como un derecho subjetivo, asumen una posición de poder o potestad fundamentada en el concepto de culpabilidad. En tal sentido, QUINTERO OLIVARES al señalar "Para poder afirmar que tal reacción (la pena) es la materialización del ejercicio de un derecho, sería, a su vez preciso, que se pudiese afirmar la validez del siguiente esquema: tú no tenías derecho a hacer lo que has hecho, yo esperaba que tú te comportarías de otra forma", y como no ha sido así, yo tengo derecho a castigarte"⁴⁴⁶, no puede fundamentarse así, pues no se explica de dónde nace dicho derecho. Como ha señalado MUÑOZ CONDE, el llamado reproche de culpabilidad, fundamento de la reacción penal, y que -para lo que ahora nos importa- debe ser la base teórica necesaria para poder hablar de "derecho a la pena", para ser acorde con las exigencias de la moderna psicología social, debiera demostrar el previo cumplimiento de ciertas condiciones⁴⁴⁷. Estas condiciones vendrían contenidas por la capacidad del individuo, de interiorizar ciertos valores y poder dirigir su

humanos reconocidos por la propia Constitución (art. 10.2), que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio"; En: *Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición puesta al día y revisada conforme al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch - Valencia, 1996, p. 68. Nuestro ordenamiento jurídico-positivo reconoce este derecho (art.138) y la cuarta disposición final y transitoria de la Carta Política.

444 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 25; ¿De dónde emana el poder? "El consentimiento de los gobernados", es el consentimiento dado por los gobernados al poder que les dirige, lo que le legitima y le da la cualidad de poder o de gobierno de derecho, porque este consentimiento significa que el poder se ejerce en interés de aquellos a quienes se dirige (Lectura N° 2: Andre Hauriou, *Principes de Droit public*, 2da. ed., Sirey, Paris, 1916); citado por BLANCAS BUSTAMANTE/ LANDA ARROYO/ RUBIO CORREA; *Derecho Constitucional General*-Tomo 1, cit., p. 170.

445 Así, M. COBO DEL ROSAL / T.S. VIVES ANTÓN al señalar que los derechos subjetivos públicos son, de una parte, derechos del Estado y, de otra -políticamente más importante- derechos de los particulares frente al Estado. Se parte de que existen efectivamente, derechos subjetivos frente al Estado; y también de que existen derechos subjetivos del Estado; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 61.

446 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 19.

447 Citado por QUINTERO OLIVARES; cfr. *Ibidem*.

conducta conforme a dicha valoración, de reconocer esos valores como suyos, mas éste no siempre los reconoce como tales, pues las conductas que son prohibidas y conminadas con pena no supone que todos los individuos coincidan en tales valoraciones (no sean compartidas), como una comunidad ideológica no identificable en una sociedad de hombres.

Por lo tanto, se niega ese derecho subjetivo, donde la imposición coactiva estatal mediante la pena surge como una fuente de poder que parte de su existencia misma, por ello no calificable de arbitrario y de un poder ilimitado.

Con esta calificación se persigue únicamente utilizar un término que resulte más acorde con la realidad de las cosas (...), sin pretensión alguna de prejuzgar la validez y necesidad del Derecho penal, caracteres de los que, haciendo abstracción del derecho penal positivo en vigor en un tiempo y país concretos (...) ⁴⁴⁸; resulta innegable la validez legítima del Derecho penal -como medio de control institucionalizado-, que aparece como negación de la venganza privada y como evolución de una sociedad más civilizada y humana, que encuentra en las normas la procedencia más racional con la que se puede intervenir los derechos subjetivos de los ciudadanos.

En este nivel es preciso destacar, que tanto las posiciones que fundamentan la naturaleza del *ius puniendi*, en un derecho subjetivo como en un poder jurídico cohesionan su teoría en la necesidad de limitar su utilización a las garantías penales del Estado de Derecho.

Desde un punto de vista técnico, M. COBO DEL ROSAL / T. S. VIVES ANTÓN rechazan el *ius puniendi* como un derecho subjetivo, puesto que el derecho subjetivo presupone un sujeto que actúa utilizando el derecho objetivo para sus propios fines, efectivamente, el Estado no comparece en el proceso penal a realizar "su" derecho, sino a pedir la realización del derecho objetivo, que es tanto derecho de la víctima cuanto del delincuente ⁴⁴⁹.

La confirmación fáctica de la normativa jurídica, corresponde a la administración de justicia penal, órgano estatal que impone una pena luego de haberse comprobado la culpabilidad del imputado (art. 138° de la Constitución), mas no del representante del Ministerio Público quien ejercita la acción penal a nombre de la legalidad y en representación de la sociedad, pero no como un derecho subjetivo, sino por la capacidad de reprimir conductas infractoras del derecho objetivo ⁴⁵⁰; dicho esto, se infiere que en un sistema procesal acusatorio, la reali-

448 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 20.

449 M. COBO DEL ROSAL / T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 63.

450 Así, DUVERGER MAURICE, "Las reglas de derecho son reglas sociales cuya violación es reprimida por la autoridad pública mediante una sanción organizada por ella (represión penal o administrativa)"; *Instituciones políticas y derecho constitucional*, cit.; si los súbditos aceptan las normas impuestas coactivamente por el Estado, pues su aceptación viene precedi-

zación del *ius puniendi* estatal es una misión exclusiva del poder judicante, cuya imposición obedece a la solicitud punitiva de la parte interesada, del persecutor público, quien ejerce el rol acusador del delito.

Esta última posición se corresponde con la necesidad de reconocer la naturaleza del *ius puniendi* como una facultad emanada del poder político, que surge por la propia naturaleza del Estado, como ente coactivo, que afirma su presencia ante los asociados por medio de las normas, como la potestad de aplicar el derecho objetivo.

Dicho lo anterior, el derecho funda la legitimidad -diríamos la legitimidad legal- del poder estatal⁴⁵¹, en un acto de plena soberanía; en cuanto a la delegación que ostenta por parte de los comunitarios, habiéndosele delegado dicha potestad.

En las sociedades modernas, el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder. No toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del derecho⁴⁵²; en este marco conceptual no toda la violencia que despliega el Estado tiene una sustentación jurídica, más aún en Estados totalitarios donde el poder punitivo era sin más una expresión puramente política.

El *ius puniendi* importa la facultad que se confiere a los órganos que administran justicia penal que han de sancionar con una pena a todos aquellos que han vulnerado concientemente la norma, como paradigma de la realización de la justicia en el marco del Estado de Derecho y este poder público, se halla limitado por una serie de principios rectores, que a su vez legitiman la intervención del Derecho penal en una sociedad democrática.

Como bien anota BUSTOS RAMÍREZ, el *ius puniendi* no es otra cosa que la autocomprobación ideológica de tal poder y violencia, pero dentro de esta consideración hegemónica de la sociedad, es decir, ya aquí el *ius puniendi* tiene sus límites y condicionamientos⁴⁵³. Estos límites o garantías penales son de naturaleza material y de naturaleza formal, entre aquellos el principio de legalidad, la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del derecho penal, y la exclusiva protección de bienes jurídicos; principios rectores del derecho punitivo que sirven como un dique de contención, ante una pretensión punitiva arbitraria y conmensurable.

da por su legitimidad emanada por la delegación del poder -producto del voto popular-, su vulneración implica sin más una reacción, que en este caso se traduce en una pena.

451 BLANCAS BUSTAMANTE, C./ LANDA ARROYO, C./ RUBIO CORREA, M.; *Derecho Constitucional General* -Tomo I, cit., p. 153.

452 DUVERGER, Maurice; *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, pp. 25-26.

453 BUSTOS RAMÍREZ; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 25.

Dicho en otros términos: *-el poder soberano del Estado, expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza hacia los ciudadanos, a través del Derecho, cuya plasmación última se realiza y determina a través del Proceso Penal, de cuya sanción se deriva la aplicación de una norma penal material, indefectiblemente ligada a la idea del ius puniendo, como expresión máxima de las soberanía nacional de los Estados.*

CAPÍTULO XXV

CLASES DE PENA EN EL CÓDIGO PENAL

Sumario: 1. Fundamentos preliminares. 2. Elementos a tomar en cuenta en la Aplicación de una Pena: 2.1 *Principio de Legalidad*. 2.2 *Principio de Culpabilidad*. 2.3 *Privación o Restricción de bienes jurídicos*. 3. Clases de Penas. 4. Clasificación de las Penas en el Código Penal de 1991. 4.1 *Según su Posición Funcional*: a. *Penas Principales*. b. *Penas Accesorias*. 4.2 *Según su Incidencia Aplicativa*: a. *Penas Acumulativas*. b. *Penas Alternativas*. c. *Penas Sustitutivas*. 4.3 *Por el Bien Jurídico Afectado*: a. *Penas Privativas de Libertad*: 1) *Perpetuas*. 2) *Temporales*. b. *Restrictivas de Libertad*. c. *Privación de Derechos*. d. *Penas Pecuniarias*.

1. FUNDAMENTOS PRELIMINARES

La pena en sentido «naturalístico», importa un mal que priva o restringe al penado, de sus bienes jurídicos; en tanto, que la pena en sentido «material» es aquel mal que se impone a la persona del culpable, luego de haber sido sometido a un Proceso Penal, revestido de todas las garantías, siempre y cuando se haya logrado enervar el principio de presunción de inocencia, en cuyo fallo jurisdiccional se le impone una pena, que en algunas ocasiones puede suponer la pérdida de libertad ambulatoria del condenado; esta es la única vía legitimada, para que un ciudadano pueda ser recluido en un establecimiento penitenciario.

Para CUELLO CALON la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido una infracción penal.

La pena -como consecuencia jurídica del delito-, no siempre ha significado una respuesta racional a la conflictividad social producida por el delito; en el Ancien Regime y en los Estados totalitarios, la pena importaba significado alguno para la persona del penado, únicamente era un castigo que servía de expiación y de tormento en una lucha mendaz contra la criminalidad; donde la

sanción punitiva se ejecutaba corporalmente, cometiendo las más graves atrocidades de la humanidad, siendo el infractor concebido como un objeto ante la vindicta del sistema y de la sociedad, cuya repugnancia frente al infractor, se expresaba en una demanda enérgica del castigo más severo.

El sistema de punición adoptado por el CP de 1991, supone una innovación y notable progreso en relación al sistema de penas establecido en el Código de Maúrtua; un progreso que obedece a la evolución de las ideologías penales que tuvieron un hito fundamentales, en los pensadores del Iluminismo y la Ilustración, elevándose a la persona humana al más alto escalafón valorativo; a partir de BECCARIA («De los delitos y las penas») se abolieron la pena capital y el tormento en las legislaciones europeas; dicho de otro modo: *en un modelo estatal regido por el derecho y la razón, el Estado no puede colocarse al nivel del delincuente, es por ello, que la pena no puede consistir en una respuesta matemática a la gravedad del crimen cometido, todo lo contrario, debe ser el resultado de un juicio ponderado y razonado, conforme a los intereses jurídicos en juego.*

El estallido de la Revolución Francesa supuso un rechazo y protesta ante las flagelaciones humanas acontecidas en el antiguo régimen, de esta forma la tendencia hacia la humanización de las penas era una tendencia insoslayable. Para MELOSSI y PAVARINI la evolución de las penas tiene su origen en los cambios de las estructuras económicas⁴⁵⁴, la mutación de las estructuras económicas producen cambios en las estructuras sociales que originan a su vez nuevas políticas criminales, encaminadas a reorientar el gasto del Estado, una alta población carcelaria implica mayor gasto estatal, un Estado agobiado por la crisis debe siempre economizar sus gastos en el marco de una política de austeridad.

En este sentido, se orienta la Exposición de Motivos, al momento de justificar la adopción de nuevas medidas sancionadoras, -menos aflictivas y costosas- que la pena privativa de libertad: *“Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas”*; en tal medida, el replanteamiento del sistema de punición, no sólo se ubica en un contexto ideológico y programático de las ciencias penales, sino también el edificio normativo se construye conforme las necesidades sociales que deben campear Estados deprimidos económicamente como el nuestro, en una coyuntura permanente de convulsión social, donde los sectores sociales y laborales demandan diariamente mejoras salariales y mayores puestos de empleo, en un país carente de ofer-

454 MELOSSI y PAVARINI; *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario* (siglos XVI-XIX), México, 1980; citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Teoría de la Pena*, Ediciones Akal S.A., Madrid, 1991, p. 10.

ta laboral y sumido en una alta crisis política, el sistema penitenciario no será en la agenda, un típico de principal interés por los políticos; en una descripción así concebida, los internos de los penados serán visto siempre como ciudadanos de segunda categoría.

Los reformadores de 1991, fueron conscientes de tal situación, aunado al hecho de la potencialidad de la prisión como factor «criminógeno», de sustituir y/o prescindir de la pena privativa de libertad, en los delitos menos graves (*de bagatela*), por otras sanciones que no suponen privación de libertad, por lo tanto, menos disocializadoras y gravosas para las arcas del erario público.

De las innovaciones que aporta el texto punitivo de 1991, se desprenden las denominadas «medidas sustitutivas a la pena privativa de libertad», según un modelo de política criminal, que no sólo tiende a privilegiar la libertad sobre la reclusión, sino también atendiendo a la incapacidad económica del Estado, de afrontar el alto costo, de un hospedaje carcelario magnificado en sus cifras de clientelismo.

La Exposición de Motivos testimonia, que la pena privativa de libertad mantiene su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves; de esta premisa -agrega la exposición de motivos-, se tiene la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad.

Conforme lo anotado, se advierte que la reforma penal emprendida, se encamina racionalizar la respuesta punitiva estatal y morigerar el régimen sancionador, mediando una distinción de la gravedad del injusto y del contenido del reproche personal (*culpabilidad*).

La reforma ha dado nacimiento a la «prestación de servicios a la comunidad»; «limitación de días libres» e «inhabilitación», como la pena de multa (bajo un nuevo plano a saber); «conversiones de la pena privativa de libertad»; «suspensión de la ejecución de la pena», que permite la suspensión si la condena privativa de libertad sea no mayor de cuatro años; «reserva del fallo condenatorio y exención de pena»⁴⁵⁵; estos últimos destinados a evitar la imposición de penas cortas de prisión.

Urgía la necesidad de buscar nuevos mecanismos sancionadores alternativos a la pena privativa de libertad, en tanto su descrédito como mecanismo *resocializador*, había quedado al descubierto, ya hace varias décadas atrás, desde el Segundo Congreso de Criminología en París donde se proclamó a la prisión como: «factor criminógeno»; una estancia en prisión que provoca efec-

455 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso/ FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 75.

tos perniciosos ante las calidades inhumanas sobre las cuales se desarrolla la vida en los muros del encierro penitenciario.

La tendencia en la legislación comparada, importa una política criminal (*penitenciaria*), sustancialmente orientada a la despenalización, a utilizar a la pena como *ultima ratio*, acudiéndose en primer término a otras sanciones de menos contenido aflictivo.

Como brillantemente expone el maestro PEÑA CABRERA, el ideal de humanización de los sistemas penales enarbolado por el gran movimiento internacional de reforma del Derecho penal, sobre todo, más intensa a partir de la mitad del presente siglo (hace alusión al pasado), ha motivado que no se comprenda positivamente, en un inicio, la pena de muerte en el Código Penal, ahora, de lamentable inclusión⁴⁵⁶; la reforma punitiva, significa reservar la pena privativa de libertad para los injustos más graves y la procura de imposición de mecanismos —en puridad *rehabilitados*—, para los injustos que provocan menor alarma social en el colectivo.

El alejamiento a una orientación «paleo-represiva», por la adopción de una política criminal preventiva, encaminada a la evitación de delitos que a una represión indiscriminada, de seleccionar aquellas conductas que no ameritan ser alcanzados por una pena.

La reforma penal de 1991 fue producto de una corriente liberal despenalizadora que se inició en 1984 y que concluyó con la sanción del Código Penal de 1991, que tuvo como señala -PRADO SALDARRIAGA- una clara vocación despenalizadora, que fue la que guió al legislador nacional⁴⁵⁷.

El sistema de punición se encuentra normativamente reglado en el CP de 1991 dentro del Libro Primero de la Parte General bajo la denominación «De las penas» (artículos 28°-70°), título que a su vez, se divide en siete capítulos: el Capítulo I, dividido en cuatro secciones, clasifica a las penas (artículo 28°), en: -«Privativa de libertad», «restrictivas de libertad», «limitativas de derechos» y «multa».

En la Sección I «Pena privativa de libertad» (artículo 29°), Sección II «Penas restrictivas de libertad» (artículo 30°).

Sección III «Penas limitativas de derecho» (artículos 31°-40°), Sección IV «Pena de multa», el Capítulo II bajo la denominación «Aplicación de la pena» (artículos 45°-51°), el Capítulo III denominado «De las conversiones», dividido en tres secciones: Sección I «Conversiones de la pena privativa de libertad» (ar-

456 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

457 PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Las Penas de la Reforma Penal*. En: Anuario de Derecho Penal, 8990, Lima, 1991.

tículos 52°-54°), Sección II «Conversión de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitativas de días libres» (artículo 55°, Sección III «Conversión de la pena de multa» (artículo 56°), el Capítulo IV rotulado «Suspensión de la ejecución de la pena» (artículos 57°-61°), el Capítulo V denominado «Reserva del fallo condenatorio» (artículos 62°-67°), el Capítulo VI que se denomina «Exención de pena» (artículos 68°) y finalmente el Capítulo VII rotulado «Rehabilitación» (artículos 69°-70°).

Asimismo, es de verse, que nuestro sistema de punición regido por el Sistema Vicarial, también comprende a las «Medidas de Seguridad», como sanciones que se imponen únicamente a los agentes inimputables y a los semi-inimputables, disposiciones contenidas en el Título IV «De las Medidas de Seguridad», contenidas en los artículos 71° bis 77° del CP.

En concordancia con estas disposiciones, habrá que remitirse al artículo IX del Título Preliminar de este cuerpo normativo, como el principio rector que irradia positivamente, todo el sistema de punición, al disponerse a la letra lo siguiente: *«La pena tiene por función protectiva, preventiva y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación»*; son estos últimos fundamentos, los que justifican y legitiman la imposición de la pena y medida de seguridad, como reacción jurídico-penal legitimada.

Las «penas restrictivas de libertad» (artículo 30°), son las siguientes: a) la expatriación tratándose de nacionales; y, b) la expulsión, tratándose de condenados extranjeros. Penas que son criticadas por PEÑA CABRERA, al considerarse que violan el precepto constitucional (artículo 2°, inciso 11) no permite que la persona sea separada de su lugar de residencia y no es conveniente afirmar que el texto constitucional lo permite⁴⁵⁸.

Sin duda, ambas variantes sancionadoras suponen la imposición de un doble castigo sobre la persona del culpable, vulnerándose las más importantes garantías de un Derecho penal liberal, que debe poner límites a la pretensión punitiva del Estado, en este caso, se violenta el principio del non bis in *idem*, pues ambas penas restrictivas de libertad se aplicarán después de cumplida la pena privativa de libertad.

Dicho lo anterior, el Estado ejercita doblemente el poder penal estatal, en franca contravención de los principios basilares del Derecho Penal Internacional y del Derecho Penal Humanitario; felizmente, la pena de «expatriación» ha sido

458 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.; en el Código Penal español de 1995, desaparecen las penas de extrañamiento, confinamiento, destierro, pérdida de nacionalidad española y suspensión del derecho de sufragio activo. En: De LAMO RUBIO, Jaime; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997, p. 21.

desterrada del texto punitivo, vía la sanción de la Ley N° 29460 de noviembre del 2009.

Ahora bien, bajo la humanización de las penas -dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA- se encuentra un desplazamiento del punto de mira del ejercicio del poder⁴⁵⁹, la pena ya no concebida como el despliegue de una fuerza física destinada a quebrantar la voluntariedad del penado, sino un castigo revestido de legalidad que encubre una finalidad manipuladora del Estado, de someter al penado a una determinada ideología con el fin de encuadrarlo en los fines del régimen político -tal como lo hemos reseñado en las doctrinas de la prevención general y de la prevención especial-.

Así ya no son necesarias las viejas penas intimidatorias por lo crueles, que deben ser sustituidas por todo un sistema más sutil, económico y efectivo⁴⁶⁰.

Es de verse, entonces, que a la necesidad de humanización de las penas, no sólo recoge una demanda ideológica y de carácter dogmática, sino también la pretensión de un Estado de mantener a sus asociados conforme a determinados modelos conductivos, de ahí tenemos los disidentes políticos, aquellos que son reclusos por no someterse a las exigencias de gobiernos dictatoriales, donde la pena resulta la forma más eficaz para apartarlos del escenario político para garantizar la estabilidad del régimen; sea como fuere, la humanización de las penas importa una realidad inevitable, aunque el auge de la criminalidad cotidiana y el andamiaje de estructuras criminales -de raíces tan complejas-, como el terrorismo provocan voces sociales, que demandan respuestas punitivas más severas, de lo cual se colige una respuesta política encaminada a los fines «socio-pedagógicos-comunicativos», de la norma jurídico-penal.

2. ELEMENTOS A TOMAR EN CUENTA EN LA APLICACIÓN DE UNA PENA

Para que una pena pueda ser legítimamente aplicada en el marco del «Estado de Derecho», deben respetarse en rigor, los siguientes presupuestos:

2.1. Principio de Legalidad

Del principio de «legalidad», no sólo se manifiesta en la necesidad, de que las conductas *penalmente prohibidas, se encuentren taxativamente reguladas en el cuerpo punitivo, al momento de la comisión del hecho, sino también, en lo que respecta a los marcos penales impondibles, así como el procedimiento y los medios de su ejecución.*

459 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 10.

460 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 10.

Al penalista FEUERBACH que se le debe este principio garantizador, que influenció positivamente todas las codificaciones punitivas modernas desde el siglo XIX, quien postulaba que el juez sólo puede imponer las penas legalmente reconocidas, no teniendo la potestad de buscar nuevos males penales.

Incluso en las penas arbitrarias, únicamente puede elegir entre las que la legislación conmina o las que están establecidas en la costumbre⁴⁶¹, el famoso *nullum poena sine lege praeviae*⁴⁶², como la simbolización de un crisol de garantías, que sostiene todo el sistema penal y que protege al ciudadano frente al abuso y la arbitrariedad.

Es así, que se consagra el principio de legalidad la Ley Fundamental, de la siguiente manera: "*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley*", en concordancia con el artículo II del Título Preliminar del CP, que reza así: "*Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella*".

En el ámbito estricto de la legalidad, únicamente se puede imponer una pena de la forma prevista por la ley al momento de la comisión del injusto, es decir, sólo la sanción en el contenido, tal como estaba planteado al momento de su infracción normativa, donde el marco penal no pueden ser desbordado, al momento de su imposición judicial.

Pero con ello no basta; la pena legal requiere que sea impuesta tras el correspondiente juicio, en el que se hayan preservado todas las garantías; además, el principio de legalidad también abarca la forma de ejecutar la pena, pues ésta ha de realizarse de acuerdo con lo legalmente establecido⁴⁶³.

Las penas se encuentran conminadas en abstracto, se dirigen de forma anónima y prescriptiva a los ciudadanos, a fin de que adecuen su proceder conductivo conforme a Derecho; empero, para que ésta se imponga a la persona del culpable, se requiere de la activación de un procedimiento penal.

El Debido Proceso (*Due Process*) significa priorizar las libertades civiles con el fin de asegurar la absolución del inocente, únicamente el proceso penal

461 FEUERBACH; *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, traducción de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Buenos Aires, 1989, párrafo 142.

462 Para FEUERBACH; los principios del Derecho penal son: toda Imposición de una pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*); la imposición de la pena está condicionada por la existencia de una acción conminada con ella (*nullum poena sine crimine*); y que el hecho conminado por una ley está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena*)

463 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 12.

regido por el principio acusatorio puede encuadrarse bajo los dictados del «Debido Proceso», donde las partes confrontadas: -imputado y fiscal, se sitúan en un plano de igualdad y donde, sólo el juez competente (juez natural) es el legitimado para imponer una pena; una sanción, que para poder realizarse en los bienes jurídicos del imputado, necesita adquirir la calidad de «sentencia firme consentida y/o ejecutoriada»⁴⁶⁴ (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), como afirma GÓMEZ ORBANEJA para que pueda imponerse una pena, no sólo es necesario que haya infracción (delito o falta), sino también es necesario que haya proceso⁴⁶⁵, comporta una garantía que emana del principio de «jurisdiccionalidad»⁴⁶⁶.

La pena no sólo puede ser concebida, como una consecuencia (*jurídica*) del delito, sino a la vez es un efecto y consecuencia del procedimiento; al respecto el artículo V del Título Preliminar del Código Penal consagra el principio del «Debido Proceso», al estipular normativamente que: «*Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad, y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*».

Una vez impuesta la sanción, sólo podrá ejecutarse en la forma prescrita por la ley y reglamentos que la regulen, de conformidad a la legalidad vigente, tal como lo prescribe el artículo VI del Título Preliminar del CP, al describir a la letra lo siguiente: «*No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente*».

El principio anotado, garantiza que la pena sea ejecutada dentro del marco legal que la Constitución de 1993 ha contemplado en el artículo 2, inc. 24,

464 Se entiende por sentencia firme, aquella contra la cual no cabe ya recurso impugnativo alguno (habiéndose agotado la doble instancia) o en el caso que el sujeto procesal no haya incoado el recurso impugnativo dentro del plazo legal establecido, fuera de término. Como, excepción se encuentra previsto el recurso impugnativo extraordinario de «Revisión», que no implica efectos suspensivos de la sentencia impugnada, es decir, no procede la excarcelación del condenado.

465 GÓMEZ ORBANEJA; *Comentarios a la Ley de Ejecución Criminal*, t. I., p. 27; esta previsión principista se condice con el artículo I del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal (Ámbito de aplicación), si bien en nuestro país el control y la administración de los Establecimientos Penitenciarios se encuentran bajo la dirección del INPE (institución adscrita al Ministerio de Justicia), la ejecución -tanto de la pena como de la medida de seguridad- deberá sujetarse a los alcances legales de la sentencia condenatoria impuesta por el juzgador.

466 Así, DE LAMO RUBIO al referirse al principio de Jurisdiccionalidad: «Esa privación o restricción de determinados bienes jurídicos, en que consiste la pena, ha de ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente y ejecutada bajo su control o el de aquel órgano jurisdiccional que el ordenamiento jurídico predetermine, es decir, la consecuencia jurídica en que consiste la pena exige, ineludiblemente, para su imposición, del necesario proceso penal, y su imposición en sede y como consecuencia del mismo, a través de la correspondiente sentencia, como expresión de la voluntad jurisdiccional (...); *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit., p. 24.

literal h, a fin de que el condenado no sea «sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes»⁴⁶⁷; a tal efecto, las penas deben ejecutarse de acuerdo a los parámetros garantizadores de la Constitución y del Código de Ejecución Penal.

El «Constitucionalismo Social» que impregna toda nuestra normatividad, impide que el imputado sea vejado en su honor y maltratado -tanto moral como físicamente-; la búsqueda de la verdad en el Proceso Penal no implica que ésta se pueda llegar mediante cualquier método, la prohibición de la tortura y del suplicio significó el destierro de prácticas inquisitivas que expresaban un oscurantismo punitivo plagado de infortunios y de tormentosos males al condenado.

Los dictados de un orden democrático de derecho, implica límites y garantías, y esta banderola se encuentra flameada por los derechos fundamentales de la persona humana.

2.2. Principio de Culpabilidad

La imposición de una pena necesita de un sujeto culpable (*nulla poena sine culpa*), debe acreditarse la concurrencia de dolo o culpa en la esfera personal del agente al momento de la comisión del hecho punible, como garantía del principio de culpabilidad.

Dicho lo anterior, se proclama el principio de culpabilidad en el artículo VII del Título Preliminar del CP, señalándose a la letra que: “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”; por tales motivos, el «dolo» y la «imprudencia» como elementos subjetivos del injusto, garantizan el nexo subjetivo del autor con la antijuridicidad (tanto del disvalor de la acción como el disvalor del resultado), prohibiéndose, en principio, la formulación normativa de los llamados delitos «preterintencionales»; lamentablemente, sancionados en varios tipos penales de la Parte Especial-, pues cuando sobreviene un resultado no previsto en la esfera cognoscitiva del agente, lo adecuado es resolverlo mediante un concurso ideal de delitos: -dolo en la acción inicialmente desarrollada por el agente y culpa por el resultado lesivo producido-; asimismo, descartándose la punición de resultados fortuitos -aquellos que son producto de la casualidad, del destino u obra de la naturaleza-. Consecuentemente, en los casos en que se acredite ausencia de «tipicidad subjetiva», no podrá imponerse una pena.

A este principio no se le puede confundir con el principio de responsabilidad penal, que presupone un agente que según sus capacidades psico-físicas y sociales, estaba en posibilidad de motivación normativa, según su conocimiento del injusto (imputable); pues, ante sujetos que manifiesten deficiencias en dicha

467 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*.

condición ontológica (inimputable), la sanción adecuada no será una pena sino una medida de seguridad. A este nivel de la valoración, se le denomina «imputación individual», en tanto, el juicio valorativo se sujeta a las capacidades y conocimientos del autor al momento de la comisión del delito (*actio libera in causa*).

2.3. Privación o Restricción de Bienes Jurídicos

Toda pena implica la privación o restricción de un bien jurídico, aquello importa un dato que se identifica plenamente con la naturaleza retributiva de la pena; sea o no una función preventiva la asignada a la pena en el derecho positivo, ésta siempre va a significar para la persona del culpable un mal que significa una pérdida de su porción de su libertad al haber vulnerado una norma jurídico-penal en un ambiente también de libertad, es un mal que ha de empeorar la situación personal del sujeto que la recibe⁴⁶⁸.

En nuestra clasificación «tipológica» de penas, aparte de la pena privativa de libertad, se incluyen otras penas que significan el recorte o limitación de otros derechos distintos a la libertad personal, como la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres, la inhabilitación y la pena de multa; aquéllas suponen una afectación o restricción, sea en la libertad personal en sentido lato, sea en el patrimonio personal, sea en el derecho al trabajo, etc.

Conforme lo anotado, el CP de 1991, creyó conveniente y aconsejable -desde varios planos a saber-, incluir otras penas aparte de la pena privativa de libertad, que también significan un alto costo para la persona del infractor, orientadas funcionalmente a la prevención especial.

3. CLASES DE PENAS

Las penas no siempre han sido orientadas hacia un fin preventivo, en tanto en los regímenes absolutistas y del antiguo régimen, las penas únicamente significaban la expresión de un poder político sin límites, ante un monarca o rey que ejercía todos los poderes públicos de forma «omnímoda» y «omnicomprensiva».

La pena entonces, era destinada a producir sufrimiento y dolor a la persona del culpable y de servir de ejemplo, hacia los demás miembros de la sociedad, por lo tanto, más que una pena era realmente un castigo sin límites, un mal que manifestaba un interés tiránico de imponerse coactivamente sobre los súbditos sin dar razones para ello -como puro poder político-, se ejecutaban castigos sumamente severos, entre aquellas, penas estrictamente corporales, como el garrote, la tortura, el ahorcamiento, la flagelación, etc.

468 DE LAMO RUBIO, J.; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, cit., p. 23.

Siendo así, una clasificación de penas sólo puede comprender aquellas que respetan la dignidad humana y que se corresponden con la necesidad de ejercer un mensaje de cara a futuro, la intención de evitar la comisión de delitos.

CARRARA, clasificaba las penas en razón al coste gravoso que aquellas suponían en los bienes jurídicos del condenado, es decir, al grado de afectación o de perjudicialidad en su persona -tanto física como moral-⁴⁶⁹; clasificación que sirve únicamente como precedente histórico, mas no como recogimiento de un sistema de sanciones según los postulados del «Estado Social y Democrático de Derecho», que supone el destierro de penas que signifiquen un mal irreparable y que atenten contra la dignidad humana.

CARRARA⁴⁷⁰ distinguía cuatro clases de penas: a) Penas capitales, que son las que privan de la vida al delincuente. b) Penas aflictivas, que son las que hacen sufrir físicamente al culpable, sin llegar a quitarle la vida, en este rubro se comprenden las penas corporales. c) Penas infamantes, que son las que lesionan al delincuente en el patrimonio de honor, vendrían a ser aquellas de naturaleza moral e humillantes, como la amonestación; y, d) Penas pecuniarias, que es cualquier disminución de nuestras riquezas, sancionada por Ley, como castigo de un delito⁴⁷¹.

M. COBO DEL ROSAL y TS VIVES ANTÓN, anotan que las penas pueden clasificarse en base a muy distintos criterios. Así, puede atenderse a su gravedad, dividiéndolas en graves, menos graves (en el caso de que se adopte una división tripartita de las infracciones) y leves y a su posición funcional según la cual puede hablarse de penas principales (que se aplican directamente en razón del delito) y accesorias (que se aplican al delito en razón de haberse impuesto otra principal, que las conlleva)⁴⁷².

Una comprensión clasificatoria según su gravedad adoptaba el CP de 1924, que en su Título IV, artículo 10 establecía a la letra que: "*Las únicas penas y medidas de seguridad que puede imponerse son las de muerte, internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación*".

469 Así, M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 825.

470 CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1956, Vol. II, ps. 656 y ss.

471 CARRARA, F.; *Programa de Derecho Criminal*, Vol. II, ibidem.

472 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 825; así, LANDROVE DIAZ que las califica "Atendiendo a su duración pueden distinguirse en perpetuas y temporales; a tenor de su gravedad, en graves y leves, con o sin la modalidad intermedia de menos graves; por su finalidad, se ha distinguido históricamente entre penas aflictivas y correccionales; en atención a su rango interno puede hablarse de penas principales y accesorias"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 26.

Desde un plano de política-criminal, podrían clasificarse a las penas en «humanas» e «inhumanas», en las primeras el penado es sometido a una sanción bajo la idea de posibilitar su enmienda o rehabilitación, y de esperar mediante el tratamiento penitenciario, reinsertar al penado no bajo una manipulación ideológica, sino de dotarle de instrumentos idóneos, de poder reafirmarse en los valores comunitarios de una sociedad; asimismo, supone rebajar la pena a los límites legales de la pena justa en razón de consideraciones preventivas e incluso prescindirla.

Mientras, que en las penas inhumanas, tenemos principalmente a la «pena capital» (de muerte) y el «confinamiento perpetuo»; su legalidad únicamente encaminada a imponer la fuerza coactiva de las normas, de someter al penado a un castigo irreversible, en aras de afirmar una política criminal funcionalmente encaminada a la política de la «Seguridad Nacional».

4. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

Las penas en nuestro *corpus* punitivo, pueden clasificarse de la siguiente forma:

1. Según su posición funcional;
2. Conforme su incidencia aplicativa; y,
3. Según el bien jurídico afectado.

4.1. Según su Posición Funcional

a. *Penas Principales*

Son todas aquellas sanciones punitivas, que se aplican o se imponen directamente por la realización del hecho punible, éstas gozan de una autonomía impositiva de *lege lata*, esto quiere decir, que su aplicación no depende de la imposición de otra clase de pena.

La pena principal por antonomasia, es la «pena privativa de libertad»; las «penas limitativas de derecho», contenidas en el artículo 31°, son susceptibles de aplicación autónomamente cuando están específicamente contempladas para cada delito en particular (artículo 32°)⁴⁷³.

473 La pena de prestación de servicios comunitarios opera como pena principal en el tipo penal previsto en el artículo 146° (Móvil de honor); así, GRACIA MARTÍN al sostener que son penas principales aquellas que pueden ser aplicadas por sí solas, mientras que accesorias lo son aquellas que únicamente pueden serlo junto a una pena principal; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 79.

b. Penas Accesorias

Las «penas accesorias», son todas aquellas que acompañan impositivamente a las penas principales, se aplican bajo un régimen de simultaneidad, ante aquello cabe el axioma «lo accesorio sigue la suerte de lo principal»; en tanto, su aplicación se encuentra subordinada a la aplicabilidad de la sanción principal.

Tanto la expatriación⁴⁷⁴ como la expulsión (artículo 30°), se aplican luego de cumplida la pena privativa de libertad, asimismo la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria (artículo 37°).

4.2. Según su Incidencia Aplicativa**a. Penas Acumulativas**

Importan aquellas penas, que se imponen «acumulativamente», es decir, en simultáneo, sobre la persona del penado; según el listado delictivo, comprendido en la Parte Especial del CP, algunos tipos penales establecen la posibilidad de aplicar -tanto una pena privativa de libertad como una limitativa de derechos (inhabilitación)-: artículos 117, 121-A, 122-A, 141, 142, 153, 153-A, 167, 174, etc.⁴⁷⁵; de privación de libertad y días-multa: artículos 132, 150 y 165.

b. Penas Alternativas

Las penas alternativas son sometidas a la potestad discrecional del juzgador, quien tiene la facultad de decidirse por una o por otra según su criterio de conciencia, no son por tanto, de imperativa sanción; v.gr., las penas privativas

474 Sanción que ha sido sustraída legislativamente del texto punitivo, en mérito a su naturaleza inconstitucional, vía la dación de la Ley N° 29460 de noviembre del 2009.

475 Según el artículo 39° del CP, la inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley; se extiende por igual tiempo que la pena principal. La *ratio legis* de la imposición radica en el mayor reproche culpable que recae sobre el agente delictivo, quien prevaleciéndose en abuso de la función que ejerce comete el delito, produciéndose una mayor defraudación de expectativas normativas, en tanto mayor es el deber que a aquel autor le incumbía en razón de su esfera interna de competencia organizativa; asimismo, en las relaciones sociales e institucionales que se derivan en relaciones de garantía, que exigen una mayor tutela a quien detenta o ejerce un rol social o legalmente establecido, tomando como fuente la ley, la costumbre o el contrato, asimismo se dispone en el artículo 426° del CP, que sanciona con inhabilitación (accesoria) a los delitos comprendidos en los capítulos II y III del Título XVIII; en cambio, la pena de inhabilitación (como accesoria) es facultativa en el caso de los injustos imprudentes cometidos en el tráfico rodado (art. 40°).

de libertad o las penas limitativas de derecho (prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres), como los artículos 130, 143, 149, 175, etc.

c. *Penas Sustitutivas*

Son aquellas penas que pueden ser sustituidas unas por otras, sobre todo aquellas que suponen una menor dosis de afectación a los bienes jurídicos del condenado; se entienden desde un plano preventivo especial, de prescindir de la pena de prisión, cuando la naturaleza del injusto penal así como las características personales del condenado así lo aconsejen.

El CP, según el contenido normativo de sus artículos 32º-33º, contempla la posibilidad de aplicar como penas sustitutivas a la pena privativa de libertad, las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de días libres; todas aquellas, donde el cumplimiento de la ejecución de la pena, toma lugar en un ambiente de plena libertad.

4.3. Por el Bien Jurídico Afectado

Las penas en este rubro son clasificadas según la naturaleza jurídica del interés jurídico afectado por la sanción punitiva, y son:

a. *Penas Privativas de Libertad*

Son aquellas sanciones punitivas, que suponen la privación de la libertad personal del afectado con la medida, consistentes en el internamiento efectivo del condenado en un establecimiento penitenciario.

Conforme lo establecido en el artículo 29º del CP, la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua; en el primero caso tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años, dispositivo legal, que fuera modificado por el Decreto Legislativo Nº 895 del 23/05/1998 («Ley de terrorismo agravado»); luego declarada «inconstitucional» por el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 005-2001- AI/TC).

Es de verse, que no hay restricción legal alguna al juzgador, de poder imponer una pena de prisión efectiva, menor a los cuatro años de ppl; el criterio que ha fijado dicha aplicación en los tribunales de justicia, se basa en una praxis judicial, sujeta al principio de proporcionalidad y, no a una previsión legalista; lo cual afirma la orientación reductora del poder penal estatal. Situación política criminal, que según lo contemplado en el CPP de 1991, ha definido una orientación inquisitiva, al haberse rebajado la prognosis de pena, a un año de ppl, incompatible con la posición garantista recogida en el nuevo CPP, que reafirma una prognosis punitiva de cuatro años de ppl.

La inclusión de la pena de cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, implica a su vez una subdivisión, en consideración a su duración:

1. Perpetuas: Son aquellas penas indeterminadas, que no tienen fijación temporal en su etapa de culminación, ejemplo concreto en nuestro derecho positivo, importa la pena de «cadena perpetua»⁴⁷⁶.
2. Temporales: En este rubro, identificamos a la pena privativa de libertad que viene fijada y limitada por unos contornos temporales legalmente definidos; toma lugar, conforme un máximo de tiempo, que ha de estar fijado en la sentencia de condena.

b. Restrictivas de Libertad

Son las que disminuyen apenas el ejercicio de un derecho personal, limitando cualquiera de sus manifestaciones; se sufre en libertad, residiendo el penado en un lugar determinado o fuera de un ámbito territorial determinado; v. gr. la expatriación y expulsión (artículo 30º, 1 y 2 del CP)⁴⁷⁷; debo anotarse, que la infamante pena de «expatriación», ha sido expulsada del orden jurídico, vía la sanción de la Ley N° 29460 de noviembre del 2009.

c. Privación de Derechos

Algunas penas suponen la limitación o suspensión de determinada actividad funcional o de otra índole, -que fue objeto de prevalimiento para la comisión del hecho punible-, aquella actividad que fue empleada por el autor para la perpetración del injusto penal; limitan al delincuente del goce de ciertos derechos civiles y políticos o del ejercicio de un arte o profesión⁴⁷⁸; la «inhabilitación» del cargo público en el caso de los delitos contra la administración pública (infracción de deber), la suspensión del ejercicio de la patria potestad según el literal b) del artículo 83º del Código de los Niños y Adolescentes, la suspensión de la licencia de conducir (Código Nacional de Tránsito), así como otra clase de medidas que afectan derechos y ejercicios reconocidos constitucionalmente.

476 Mediante el Decreto Legislativo N° 921 del 18/01/2003, se establece el Régimen Jurídico de la cadena perpetua y en tal fin se incorpora al Código de Ejecución Penal el artículo 59º-A (Capítulo V, Título II), bajo la rotulación: «Revisión de la pena de Cadena Perpetua»; que a nuestro entender, ejerce únicamente una función nominal o meramente simbólica. A más detalles ver apartado referente a la pena de cadena perpetua.

477 PEÑA CABRERA, R.; *ibidem*.

478 Así, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

d. Penas Pecuniarias

Suponen todas aquellas sanciones de contenido dinerario, que significan una afectación al patrimonio del condenado y se hace efectiva a través del pago de una determinada suma dineraria que se le obliga a sufragar al penado.

CAPÍTULO XXVI

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Antecedentes Históricos de la Pena Privativa de Libertad. 3. Concepto de la Pena privativa de Libertad y Sistemas Penitenciarios. 4. Los Sistemas Penitenciarios. 4.1 *Sistema Filadélfico*. 4.2 *Sistema de Auburn*. 4.3 *Sistema Progresivo*. 4.4 *El Sistema Penitenciario Vigente en Nuestro Derecho Positivo*: a. *De Régimen Cerrado*. b. *De Régimen Semiaabierto*. c. *De Régimen Abierto*. 5. La Crisis del Programa Resocializador y la Búsqueda de Nuevas Fórmulas Alternativas. 5.1 *Introducción al Tema (Análisis del Estado Actual)*.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La pena privativa de libertad consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida, privación que resulta de la imposición de una condena, emanada de la jurisdicción competente⁴⁷⁹; importa en nuestras propias palabras: *la reclusión del condenado en un presidio, por el tiempo que fije el juzgador en la sentencia de condena, como decisión final del procedimiento penal, que ha de tomar lugar ante la afectación de los bienes jurídicos preponderantes, según el listado de valores contenidos en el texto ius-fundamental, cuya concreción se encamina a dos objetivos a saber, primero, a lograr que el penado no vuelva a delinquir de cara a futuro y, segundo, confirmando la vigencia normativa del orden jurídico frente a los comunitarios, en defensa de la sociedad.*

479 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 55.

Cada sociedad exige un determinado orden para el desarrollo de la persona humana y los grupos sociales⁴⁸⁰, son estos bienes jurídicos preponderantes, que el Derecho penal tutela y para ejercer eficazmente esta tutela, emplea la pena, en mérito a su efecto disuasorio.

El Estado, a través de la pena privativa de libertad, somete a sus asociados a un método de coacción estatal, dirigido a apartar de la sociedad a todos aquellos que con su obrar antijurídico han vulnerado los principios mínimos de convivencia social.

Las penas, los castigos que se imponen a aquel que transgrede esas líneas maestras establecidas por el Estado han recaído históricamente sobre aquellos bienes que máspreciados aparecen para el hombre; así la vida, la integridad física, la libertad, el *status* económico, etc⁴⁸¹.

Con el devenir histórico y con la evolución de una sociedad -cada vez más civilizada-, se fueron proscribiendo paulatinamente las penas corporales como la tortura o el garrote, siendo reemplazadas por otras penas menos infamantes, pero al igual afflictivas para los bienes máspreciados de los individuos.

La humanización de las penas tuvo como icono principal, la adopción de la pena privativa de libertad como sanción punitiva de mayor raigambre en las legislaciones punitivas, que vieron en ella el soporte más racional de responder jurídicamente ante la conflictividad social producida por el delito.

Fueron muchos los factores, los causantes de esta mutabilidad en la naturaleza de la sanción punitiva, de carácter político (cruentas batallas en Europa y medio oriente), causas teológicas por el cisma de la Iglesia católica que significó la bifurcación del cristianismo del luterismo en Alemania y del anglicanismo en Inglaterra, así como la dispersión de las ciudades azotadas por la guerra que dejaban a su paso miles de pobladores sumidos en la extrema pobreza. Así GARCÍA VALDÉS explica el mecanismo de esta evolución como resultado de tres factores. En primer lugar, la miseria y pobreza subsiguientes a las numerosas guerras del siglo XVI, que arrojaron a los caminos a tantos desheredados, "cuya miseria era muy superior -en frase de HENTING- a su peligrosidad, pero que transgreden la ley y ha de castigárseles"⁴⁸².

La muerte parece una pena excesiva para todos estos marginados y se recurre, en consecuencia, a la privación de libertad. En segundo lugar, la ética calvinista, que exalta la idea del trabajo, y el humanismo cristiano, que insiste en

480 BLANCAS BUSTAMANTE, C./ LANDA ARROYO, C./ RUBIO CORREA, M.; *Derecho Constitucional General*. cit., p. 153.

481 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 21.

482 GARCÍA VALDÉS; *Estudios de Derecho Penitenciario*, ed. Tecnos, Madrid, 1982, ps. 43 y ss.; citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Teoría de la Pena*, cit., p. 22.

el arrepentimiento, pasarán a influir decisivamente en el campo del Derecho penal e incluso también en las tesis penitenciarias. En tercer lugar, ante el fracaso de la pena de muerte para contener la criminalidad, nace con fuerza la privación de la libertad como el "nuevo invento social". Sin embargo, en tiempos más remotos puede ubicarse una carcelería no tan secular sino más bien llevada al trabajo, ya en tiempos del Imperio Romano, los reclusos y los esclavos eran obligados a trabajar como remeros en las grandes embarcaciones indeterminadamente -hasta que su vida fuera cegada por la muerte inevitable-, como una forma provechosa e utilitaria y otros de peor suerte únicamente eran encerrados secularmente en mazmorras, que nunca volvían a ver la luz del amanecer, pues morían a instancia de las enfermedades más sufridas por el hombre. Simplemente se trataba de una medida cautelar para asegurar la ejecución de las penas (...) o de una antecámara de suplicios donde el acusado se depositaba a la espera del juicio⁴⁸³.

También en el Derecho de Roma -señala LANDROVE DIAZ- se utilizó la prisión como aseguramiento preventivo, no existiendo la pena de cárcel pública⁴⁸⁴; continúa alegando el autor, que la denominada prisión por deudas era, simplemente, un procedimiento coercitivo, lindante con el tormento, que se mantenía hasta que el deudor o un tercero hacía efectiva la deuda⁴⁸⁵, un castigo que se extendía también a los familiares del deudor, que incluso podría desencadenar en su perpetuo destierro de las tierras romanas.

En el Imperio Incaico, VARGAS nos relata que se conocieron las penas infamantes como era el azotar en público, pegar con una piedra en la espalda, privar a un funcionario de su cargo o la reprensión que tratándose de altos funcionarios era un estigma. En ciertas ocasiones se impuso como pena colectiva la reducción a una suerte de esclavitud⁴⁸⁶.

483 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 55.

484 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 56.

485 Ibidem; así, ONORATO CHIAUZZI describiendo los delitos del Derecho Civil en la legislación romana, al señalar que la acción por robo o "*Actio Furo*" representaba las siguientes características: I) Condena infamante. II) Pena pecuniaria doble, triple o quintuple de lo robado. III) Se dirigía, tanto contra el ladrón cuanto contra los cómplices. IV) Era perpetua y transferible a los herederos si se habían beneficiado. V) Era "Acción Noxal" contra la persona que tenía hijos bajo su autoridad o patria potestad (*patria potestas*). VI) Extinguible por pacto. La antigua Ley de las XII Tablas condenaba al autor del "*Furtum manifestum*" (robo infraganti) de esta forma: si era hombre libre era azotado y arrojado de la "rupe Tarpea"; el ladrón nocturno o cogido con armas podía ser muerto. De todos modos se admitía hacer las paces (pactar) a cambio de una cantidad de dinero "*De furto pacis lex permittit*". En caso de no llegar a dicho acuerdo o pacto, el Praetor concedía al robado la acción de hurto con las consecuencias que hemos visto. Pero la víctima podía rehusar la acción de robo y pedir en su lugar una condena privativa de libertad; En: *Derecho Romano*, Derechos reservados por Promoción Editorial Inca S.A., Lima-Perú, 1982, p. 189.

486 VARGAS, Javier; *El Derecho Penal en el Imperio de los Incas. Contribución a la Historia del Derecho Peruano*, Lima-Perú, 1981, p. 12.

GARCILASO⁴⁸⁷ relata que la forma y naturaleza de las penas se aplicaban de forma diferenciada según la clase social o estirpe a la cual pertenecía el penado. La pena de muerte a un noble era por decapitación, y no se hacía, por lo general, en público. Había también, cárceles especiales para los nobles y altos funcionarios, era entonces expresión de una justicia material clasista, que reservaba las penas más infamantes para las clases más desposeídas, donde los nobles y militares eran sometidos a penas más honoríficas en razón del rol social que desarrollaban en la comunidad Inca; al constituirse el Imperio Incaico en una sociedad sumamente arraigada en su religión (monoteísta), la privación de libertad suponía también una expiación por el delito cometido. Existían (...), cárceles o lugares de castigo terribles como las que nos describen, entre otros, CIEZA DE LEÓN, MIGUEL CABELLO DE BALBOA Y GUAMAN POMA DE AVALA, cuya sola mención hacía temblar a las personas⁴⁸⁸. Constituían, pues, no lugares de seguridad sino de expiación⁴⁸⁹.

La evolución vertiginosa de las sociedades, producto de la irrupción «Revolución Industrial», significó un cambio trascendental en las estructuras socio-económicas que también se vio reflejado en el campo penal, en específico de las penas -las cuales debían también ser útiles para el sistema capitalista-, la pena capital era una sanción improductiva -tanto para el penado como para la sociedad-, la industrialización transformó las relaciones productivas de la tierra y campesino a la fábrica y el obrero, la transición a la moderna sociedad industrial, la cual exige libertad de trabajo... reduce al mínimo el rol económico del trabajo de los detenidos... los detenidos no son aprovechables para rellenar las lagunas del mercado laboral⁴⁹⁰, las nuevas estructuras materiales dieron origen a nuevas formas de dominio y de subordinación del hombre por el hombre, donde la productividad empresarial era el principal motor de una economía capitalista que giraba sobre la fuerza obrera, es decir, por el sometimiento de una clase dominante a una clase dominada, que en un principio era explotada vilmente por esta nueva clase emergente (empresariado); a tal efecto, el confinamiento carcelario servía a una fuente de producción -donde el penado era obligado a realizar trabajos sumamente severos e inhumanos-.

Conforme lo anotado, la «pena privativa de libertad», se consagró como uno de los más importantes logros del movimiento de reforma penal. La privación de libertad como sanción penal pertenece a un momento histórico muy

487 GARCILASO DE LA VEGA; *Comentarios Reales*, Libro VIII.

488 VARGAS, J.; *El Derecho Penal en el Imperio de los Incas*, cit., p. 15.

489 Ibidem.

490 BERGALLI, R.; *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*. Instituto de Criminología. Madrid. 1976, ps. 25-26; citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., ps. 22-23.

avanzado⁴⁹¹, de una coyuntura histórica perteneciente al siglo XIX, reforma iniciada por la concepción de un derecho penal liberal conformado por la Ilustración y el Iluminismo.

La inclusión normativa de la pena privativa de libertad, como soporte fundamental del sistema de punición, fue todo un movimiento que inspiró todas las legislaciones penales de la época contemporánea, condiciéndose aquello con la orientación ideológica que se le asignaba a la pena privativa de libertad, nos referimos al programa «resocializador» (prevención especial), una concepción teórica-conceptual, que buscó legitimar el encierro secular a partir de la necesidad del control de la criminalidad, de evitar la comisión de delitos futuros en razón del programa correccional al cual es sometido el penado.

Hoy día, desde un punto de vista político-criminal, conforme a los postulados constitucionales, hace advertir, que la prisión aspira a algo más que a la simple separación del delincuente, de la sociedad, es decir, aspira a reintegrar en la sociedad a un individuo que sea capaz de coexistir en adelante pacíficamente -sin roces con el Derecho Penal- con todos los demás miembros del grupo social⁴⁹², de aquél surge un plano conflictivo entre resocialización y las necesidades tuitivas de la sociedad, la preponderancia que se le dé a uno u otro dependerá del emprendimiento y formulación de una determinada política criminal, plasmada en la normatividad de *lege lata*.

El CP de 1924 sancionaba toda una clasificación de penas (el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión), que no reflejaba una realidad social ante un Estado incapaz materialmente de poder proporcionar los medios idóneos y necesarios, para implementar en la práctica ejecutiva de la sanción dichos mecanismos sancionadores.

El legislador de 1991, apoyándose en datos empíricos de la realidad y con la intención de ofrecer paliativos al programa resocializador, aunado a una economía nacional sumamente deprimida -por una crisis económica asfixiante-, procedió de *lege lata* a unificar todas las penas privativas bajo el instituto de la pena única de privación de libertad. La confusa clasificación de las penas atentatorias de la libertad ofrecidas por el Código de Maúrtua, hacía mucho tiempo que habían perdido validez científica y práctica⁴⁹³; la intención finalista contenida en el nuevo *corpus* punitivo, fue el de tender un puente entre la dogmática jurídico-penal y la criminología, enrostrada por la política criminal, la antigua codificación muy influenciada por el positivismo se alejaba de una realidad que

491 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 55.

492 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 88.

493 PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO R.; FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 44.

hacía mucho tiempo había hecho disfunción por un sistema de punición irreal para una sociedad peruana aquejada por los procesos sociales de exclusión.

Como señalan MAPELLI CAFFARENA Y TERRADILLOS BASOCO, efecto inmediato de la pena privativa de libertad es la pérdida de la libertad ambulatoria del sujeto delincente, lo cual sucede mediante su encierro en una prisión del Estado. Esta pena es la más importante de todas, no sólo por su importancia cuantitativa, sino también porque su naturaleza la hace perdurable en el tiempo y permite planificar durante su ejecución un plan de reinserción social del delincente⁴⁹⁴. Así, GROZAIRD, en la doctrina hispana, al fundamentar que las penas privativas de libertad reúnen el mayor número de aquellos requisitos que, como condiciones y cualidades deseables en las penas, hemos señalado y elogiado, a saber: son expiatorias, proporcionadas, ciertas, fácilmente determinables, ampliamente divisibles, igualitarias, ejemplares, correccionales, etc⁴⁹⁵.

La pena privativa de libertad tiende a generar una serie de efectos cognitivos hacia los protagonistas del delito, los miembros de la sociedad son intimidados mediante la amenaza en abstracto y perciben al castigo, que recae sobre la persona del delincente, una especie de aseguramiento como potenciales víctimas del sujeto peligroso, mientras que el penado es quien sufre en carne propia el efecto prisionizador, que a duras penas podrá producir efectos purgativos y de expiación, si es que aquello pueda ser visto como una consecuencia inherente a la sanción.

Es de verse, que en la actual coyuntura histórica-social, la «pena privativa de libertad», asume un protagonismo desolador, pues sus efectos perniciosos han sido hartamente demostrados, un panorama que refleja un panorama poco alentador, donde las prisiones encubren todo un drama social, en tanto los establecimientos penitenciarios del país para nada se corresponden, con los fines que teóricamente se le asigna a la pena privativa de libertad y con su denominado «sistema progresivo»; la vida en nuestras cárceles se desarrolla bajo condiciones espeluznantes y de degradación humana, donde se hace imposible que pueda implementarse un tratamiento individualizado de acuerdo a las particularidades del penado.

Un Estado aquejado por una conmoción social producto, de las interminables y permanentes demandas sociales y laborales, el problema carcelario siempre va a ser el último punto de la agenda política; por tales motivos, la mentada reforma penitenciaria únicamente va a servir de caja de resonancia para desviar la opinión pública.

494 MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Civitas, Madrid, 1996, cit., p. 67.

495 Citado por M. CORO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 831.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La historia de la pena privativa de libertad se remonta a un periodo de transición, que marcó el hito de una sociedad progresista e inspirada en nuevos valores de ideologización política⁴⁹⁶.

Puede hablarse propiamente de pena de prisión desde el siglo XVIII, pues desde ese momento concurren en ellas, tres de sus características definitivas: se concibe en sí misma como una pena, su imposición corresponde a los tribunales públicos sometidos al principio de legalidad y, por último preocupa el modelo ejecutivo bien para humanizarlo, bien para alcanzar a través de él otros fines⁴⁹⁷, su nacimiento vino precedido por una serie de garantías, tanto en su procedimiento como en su ejecución, con la necesidad de transformar el castigo en una pena desterrada de consecuencias puramente nefastas para el condenado.

La pena privativa de libertad -en palabras de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-, como tal pena, nació en un momento relativamente cercano a nosotros⁴⁹⁸; en un contexto contrario a la aplicación de penas o mejor dicho castigos en puridad corporales, males que producían graves perjuicios a los intereses más preciados del individuo, como la vida, integridad corporal y el honor, pues la privación de la libertad era un acompañante de otros castigos más dolorosos e infamantes que el confinamiento mismo.

Las prisiones laicas de la Europa medieval ya tuvieron un sentido de punición en sí mismas, caracterizándose por la extremada crueldad que se esgrimía contra los presos, muchas veces cargados con cadenas y cepos o suspendidos en jaulas; para ello, se habilitaron insalubres calabozos y tétricas mazmorras en castillos, fortalezas, torres y toda clase de edificios que garantizaran la seguridad de los reclusos⁴⁹⁹; la reclusión separaba al penado de la libertad y de la sociedad, los muros y techos eran destinados a enjaular a personas, a instituirlos en una subcultura, donde perdían su condición de ser humano, los castillos, galeras y mazmorras eran puros espacios físicos de confinamiento sin ningún objetivo más allá que la segregación de delincuentes y de su secularización social.

496 Para ANTON ONECA; las penas privativas de libertad son de aparición tardía, pues no se han podido plantear hasta un cierto grado de desenvolvimiento de la Administración Pública; En: *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal/lure, Madrid, 1986, p. 497.

497 MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 75.

498 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 26.

499 LANDROVE DÍAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 56.

Con el Derecho penal canónico se introduce en la práctica europea el régimen de reclusión celular con aislamiento, para facilitar en los conventos y prisiones inquisitoriales la reflexión y el arrepentimiento⁵⁰⁰; es pues, la institución de la «Inquisición», donde el castigo expresado en la privación de libertad debía conducir al imputado o penado a la catarsis moral de la expiación, donde la sanción no sólo era concebida como consecuencia de un acto antijurídico sino también como un acto antitético, donde la doctrina del cristianismo, desbordaba por completo, los fundamentos programáticos del Derecho penal, impregnando el discurso, de conceptos y dogmas privativos de la divina ideología (produce secularización del Derecho penal).

En esta etapa, el encarcelamiento era bastante común y podía durar desde varios meses a toda la vida; sin embargo como señala KAMEN⁵⁰¹, esta pena en la mayoría de casos no suponía la efectiva reclusión en una cárcel, sino que, a discreción del Tribunal, el individuo podía ser confinado en su domicilio, en un convento o en un hospital⁵⁰².

En el Antiguo Régimen, el peso del sistema penal recaía sobre las penas corporales. Incluso la pena privativa de libertad se ejecutaba a menudo en condiciones que causaran dolor físico al reo⁵⁰³.

La transformación ideológica, producto de las concepciones humanistas y libertarias del Iluminismo, y la nueva dinámica de las relaciones materiales como efecto de la Revolución Industrial, proponen una nueva formulación del sistema penitenciario; ya en el siglo XVIII la prisión se convierte en el eje gravitador del sistema punitivo, lo cual contribuyó a la progresiva sustitución de la vieja idea de casas de trabajo⁵⁰⁴ por la de centros de detención, ideas que sin embargo en nuestras palabras, no harían cambiar radicalmente el estado de las prisiones, que ni siquiera se despojarían de sus vestigios de crueldad⁵⁰⁵.

500 LANDROVE DIAZ; Cfr.; *ibidem*.

501 KAMEN, H.; *La Inquisición Española*, Barcelona, 1979, ps. 200 y 201; citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 28.

502 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., ps. 27-28.

503 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 831.

504 Así, LANDROVE DIAZ al describir las instituciones correccionales que fungían de establecimientos penitenciarios, "La Casa de Corrección de Bridewell, en Londres, creada en 1552, fue el primer establecimiento de tipo correccional. En 1596 se creó en Amsterdam la casa de corrección, para varones, llamada Rasphuis, porque en ella la principal ocupación de los reclusos consistía en raspar madera de especies arbóreas empleadas como colorantes. El fin educativo se procuraba alcanzar -en un régimen de muy dura disciplina- mediante el trabajo, los castigos corporales y la instrucción y asistencia religiosas. También en Amsterdam, en 1597, se creó otra prisión, la Spinhuis (hilandería) para mujeres"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 57.

505 MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 77.

Conforme lo señala BUSTOS RAMÍREZ, esta pena aparece con el nuevo Estado surgido de la Revolución Francesa, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora⁵⁰⁶; este humanismo sostenía un nuevo fundamento relacional, que significaba la manipulación del interno a través de la idea del correccionalismo con el tratamiento terapéutico y del trabajo forzoso como el sometimiento del penado a una política basada en la subordinación, como expresión de una práctica estatal de sojuzgamiento, como una suerte de panóptico⁵⁰⁷.

Fue FOUCAULT en su obra «Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión» quien describió el estilo infamante de punición del Antiguo Régimen, resaltando la transformación producida en el sistema penal a consecuencia de la época de la modernidad. RIVERA BEIRAS describiendo el pensamiento de FOUCAULT, señala que este autor centra su tesis en la afirmación de que el sistema penal no inventó nada absolutamente original -en atención a la pena privativa de libertad-, sino que adoptó en su seno una "opción", una "praxis custodial" ya ensayada en otras esferas sociales de la época del Gran Encierro⁵⁰⁸.

FOUCAULT señaló a las "prácticas de profilaxis social" propias de la Baja Edad Media, encaminadas a luchar contra las amenazas del contagio de la lepra, como origen de la edificación de los grandes lazaretos. La «opción custodial» fue así tomando cada vez más cuerpo en la política de la disciplina social. Nació entonces la idea de que la respuesta más adecuada frente a los problemas representados por enfermedades, pestes, disturbios, amenazas y peligros fuese la de secuestrar a sus protagonistas en espacios restringidos y separados de la sociedad⁵⁰⁹; la segregación carcelaria no tenía más fundamento que la necesidad de apartar de la sociedad aquellos individuos que presentaban estados de personalidad peligrosa y anti-social, una forma muy arquitectónica de enfrentar los conflictos sociales.

En las prisiones del siglo XVIII se acentúa la idea que los establecimientos penitenciarios deben cumplir en lo mejor de lo posible, las características de un centro de trabajo. Sin embargo, estas reformas no surgieron de la nada,

506 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Ariel, Barcelona, 1984, p. 438.

507 Se fueron modelando así nuevas formas disciplinarias para segregar a quienes no se ajustaban a las normas sociales normativamente reconocidas, como señala Iñaki, RIVERA BEIRAS, una nueva pedagogía de la subordinación del hombre por el hombre podía comenzar a ser practicada en estos nuevos lugares "externos" al proyecto jurídico hegemónico; ahí reside el verdadero sentido de lo que se conoce como "panoptismo"; En: *Sistema Penal y Problemas Sociales*, cit., p. 105.

508 Iñaki RIVERA BEIRAS; *Historia y Legitimación del Castigo. ¿Hacia dónde vamos?*. En: *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Director: Bergalí, Roberto; cit., ps. 104-105.

509 Iñaki RIVERA BEIRAS; *Historia y Legitimación del Castigo. ¿Hacia dónde vamos?*, cit., p. 105.

sino fueron logros obtenidos por los iluministas, labor cubierta, principalmente por HOWARD, BECCARIA, FILANGIERI y BENTHAM⁵¹⁰, en opinión de MORILLAS CUEVA⁵¹¹, la obra de HOWARD - *The state of prison in England and Wales* publicada en 1976⁵¹², supuso el inicio de una profunda e importante renovación en el sistema penitenciario o de cumplimiento de las penas privativas de libertad equiparable por su trascendencia en el ámbito penitenciario a los que en el Derecho penal significó BECCARIA y su libro *Deli delitti: e della pene*.

No podemos olvidar al respecto, que la inclusión del principio de legalidad en el sistema de garantías, fue fruto de la gesta ideológica de estos célebres

-
- 510 PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO R./ FRISANCHO APARICIO, MANUEL; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 46.
- 511 MORILLAS CUEVA, L.; *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 119; citado por DE LAMA RUBIO; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, cit., p. 66.
- 512 Al describir la gran obra de Howard, LANBROVE DÍAZ sucinta la reforma carcelaria propugnada por Howard, que se centra especialmente en los siguientes aspectos: "Necesidad de erigir establecimientos adecuados para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en notable desarrollo desde este momento: en estos establecimientos se debía proporcionar al penado un régimen higiénico, alimenticio y de asistencia médica que alcanzase a cubrir sus más elementales necesidades; para favorecer la reflexión del condenado y hacer posible el arrepentimiento se preconiza el aislamiento celular, pero no absoluto sino simplemente nocturno: encerrando al preso en su celda se evitan las contaminaciones físicas y morales que acarrea la promiscuidad; necesidad de organizar de modo serio y constante el trabajo en la prisión, habida cuenta su eficacia moralizadora; a la instrucción se le asigna una importancia decisiva y se considera la enseñanza religiosa como el medio más adecuado para instruir y moralizar"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 59; en la primera edición en su libro *State of prison* (Estado de las prisiones) fue publicado en 1777. En la introducción y lo que puede denominarse Parte General de su obra -en la cual, cita a BECCARIA- pasa revista a los abusos del régimen carcelario de su tiempo: la promiscuidad, sin distinción de edad o sexo, de condenados, procesados y deudores (estos últimos tenían que llevar a sus familias a la prisión para no dejarlas desamparadas), la remuneración del carcelero, no por el Estado, sino por sus pensionistas, lo cual conllevaba a situaciones tales como la imposibilidad de salir en libertad un procesado absuelto, si no disponía de fondos para pagar su alojamiento; la condición de cantinero del alcalde o carcelero, origen de la costumbre denominada "garnisch", consistente en la obligación de quien ingresaba en la prisión, de pagar "una vuelta" a todos los que ya se hallasen en ella; la absoluta falta de higiene, que provocaba la terrible fiebre carcelaria. La prédica de HOWARD fue fecunda, y con él se inició la noble tarea de la reforma penitenciaria. En: TERAN LOMAS, ROBERTO; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires, 1980, ps. 71-72; si bien en la ideología penitenciaria de HOWARD se desprende una necesidad de contar con presidios adecuados a la dignidad de la persona humana, se sigue expandiendo el meollo intrínseco de la expiación lograda a través del castigo contenido en la pena, en la moralización y secularización del Derecho penal, de una vía correccionalista mediante el empeño de infundir al penado la doctrina cristiana como medio moralizador, bajo la confusión del derecho con la moral se sigue una suerte de correccionalismo moral, que va más allá de un tratamiento penitenciario que debería circunscribirse al trabajo y al estudio como mecanismos idóneos de una verdadera rehabilitación; en esta doctrina, se vislumbra aún un Estado paternalista de la esfera íntima del individuo.

pensadores, legalidad que no se circunscribía a la prescripción normativa, previa de los delitos, sino también al llamado «*nullum poena sine lege praevia*», que significaba también la humanidad de las penas y la ejecución legal prede-terminada por ley.

Dicho lo anterior, el sistema de punición adquiere legitimidad y racionalidad, a pesar de que en esta nueva reforma se encubrían a veces regímenes totalitarios tendencialmente orientados al expansionismo penal⁵¹³, un *ius puniendi* sin límites de contención.

3. CONCEPTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

Tal como lo expone MAURACH, la pena privativa de libertad consiste en el internamiento, en un presidio a quien culpablemente infringió una norma jurídico-penal.

Nuestra legislación penal positiva que recoge en su artículo 29° el contorno temporal de la pena privativa de libertad, tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años, aunque su variante temporal se erige por medio de la pena de cadena perpetua⁵¹⁴.

Tanto el Título Preliminar del CP (art. IX), como la Constitución Política del Estado (art. 139 inc. 22) así como el Título Preliminar del Código de Ejecución Penal (art. II), se sostienen sobre una estructura basilar, encaminada firmemente a la función *preventiva de la pena, en cuanto a los cometidos que se desprenden de la prevención especial positiva*. Es decir, el constitucionalismo social direcciona nuestro derecho positivo bajo la panacea de la ideología resocializadora, y aquella tarea es en concreto la que supuestamente asume la pena privativa de libertad en la persona del condenado⁵¹⁵.

513 A finales del siglo XVIII y primeros años del siglo XIX, nos reseña CUELLO CALON que las modalidades de privación de libertad eran las siguientes: a) trabajo de bombas y otros penosos en presidios; b) trabajos en los presidios de África; c) reclusión en los depósitos de rematados y en las cárceles; y, d) reclusión en las casas de corrección. En: *La moderna penología*, edit. Bosch. Barcelona, 1958, p. 364.

514 El artículo 29° del CP., fue inicialmente modificado por el Decreto Ley N° 25475 del 06/05/1992 (Ley de Terrorismo), luego modificado por el Decreto Legislativo N° 895 del 23/05/1998, finalmente este decreto ley fue declarado "inconstitucional" por el Tribunal Constitucional (Exp. 005-2001-AI/TC).

515 Así, RIVERA BEIRAS al anotar lo siguiente "Es sabido que tras la segunda Guerra Mundial, Europa inauguró el movimiento llamado constitucionalismo social. Emblemáticas en tal sentido fueron las Constituciones alemana e italiana. Poco tiempo después, la mayoría de los países europeos emprendían sus procesos de reformas penitenciarias bajo aquel firmamento constitucional indicado. La resocialización -la prevención especial positiva- se erigía en finalidad suprema de las "nuevas" penas privativas de libertad"; Historia y Legitimación del castigo. ¿Hacia dónde vamos?, cit., ps. 121-122. Este constitucionalismo

Como es posible advertir -señala BERGALLI- entonces, la filosofía punitiva de los Estados sociales aparece guiada por un fin de prevención especial positiva, cual es el de la resocialización y ello ha pretendido ser así a pesar que el contenido primero de toda privación de libertad sea punitivo, histórico y conceptualmente analizado⁵¹⁶.

Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es recluso e internado físicamente en un local especial, que para estos efectos edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual debe someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad⁵¹⁷.

El Estado mediante la pena privativa de libertad segrega a todos aquellos asociados, que con su quehacer conductivo han quebrado las bases del contrato social, en tal sentido la cárcel se convierte en una institución total, son pues unos muros que separan al penado de la sociedad libre.

Si en efecto, a la pena privativa de libertad se le atribuyen finalidades resocializadoras, tal derecho no puede negar el hecho inobjetable, que el Estado ejerce su poder de señorío ante sus súbditos mediante la pena privativa de libertad, un encierro que esconde en su faz más oscura, una vindicta pública, de imponer un mal a quien con su obrar también cometió un mal, una justicia penal que encierra un doble discurso: «resocialización» y «retribución», esta dosis de retributiva se refuerza con el efecto prisionizador, que despliega la cárcel en sus confines internos, la reeducación se encuentra actualmente devaluada ante una agobiante crisis del sistema penitenciario y de la pena privativa de libertad.

En palabras de Alessandro BARATTA, el criterio de "reeducción" a través de la pena privativa de libertad, actualmente se encuentra cuestionada, por lo que se afirma que debe abandonarse la ilusión de poder "reeducar" en el interior del Sistema Penal, más aún en las instituciones, tales como la cárcel⁵¹⁸; la cárcel fue en antaño y continúa siendo en la sociedad moderna una institución total de naturaleza segregativa, las realidades carcelarias del entorno europeo, a lo largo de estas últimas décadas y en especial en los últimos tiempos, muy afectadas por el fenómeno del crecimiento desmedido de las poblaciones penitenciarias, ponen de manifiesto la elevada carga retributiva que traduce la privación de libertad y la muy relativa eficacia de los programas de trata-

social emprendería su camino codificativo en nuestro país con la Constitución Política de 1979, luego retomada y programáticamente mejorada en la Carta Política de 1993.

516 BERGALLI, Roberto; *Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho. Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas*; cit., p. 55.

517 PEÑA CABRERA FREYRE, A./FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 47.

518 BARATTA, Alessandro; *Integración - Prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. En: *Doctrina Penal*, 1986, p. 18.

miento; cuando no se agregan otras "penas" no conminadas, tales como las enfermedades infecto-contagiosas, la mala alimentación, la ausencia de contactos íntimos, la incomunicación con el ámbito exterior, los malos tratos o las vejaciones, etc⁵¹⁹.

Realidad aún más dramática que la europea es la que aqueja nuestro sistema penitenciario, cárceles que confinan en su interior, poblaciones de reclusos que superan geométricamente el número sobre el cual fueron inicialmente edificados, los problemas de una subcultura carcelaria que degrada las relaciones de convivencia del recluso bajo un ambiente infrahumano, donde afloran los instintos más perversos de la personalidad humana y donde se neutralizan las normas morales que son ensombrecidas por nuevas normas que rigen la vida en la cárcel, acontece, pues, una segunda «criminalización» de efectos más nefastos aún, de lo que ya constituye la privación misma de la libertad personal.

La cárcel por lo general, es un mundo incomprensible e infrahumano; aquí brotan y perduran situaciones vergonzosas⁵²⁰.

En el orden normativo, en la aplicación de la pena privativa de libertad en la que existen implícitas limitaciones a la libertad, no pueden suprimirse los demás derechos individuales; como se colige del artículo V del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal⁵²¹, -debe proveerse al penado, todos los mecanismos indispensables, para reintegrarse a los valores comunitarios.

Sea cuales fueren las objeciones que se postulan contra la pena privativa de libertad, ésta constituye siendo el eje del sistema de punición⁵²² a pesar de los pretendidos esfuerzos de formular respuestas menos disocializadoras -sobre todo en los delitos menos graves-, en una justicia penal como la nuestra -de fuerte raigambre inquisitorial-, la pena privativa de libertad es la sanción predilecta de nuestros juzgadores que creen encontrar ciegamente en su fundamento la manera perfecta de solucionar el conflicto social producido por el delito.

En tal sentido, el fin de evitar ciertos crímenes -escribe BERISTAIN- no justifica todos los medios, no justifica un régimen penitenciario degradante y alienante⁵²³.

519 BERGALLI, Roberto; *Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho. Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas*, cit., p. 55.

520 BERISTAIN, Antonio; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 194.

521 PEÑA CABRERA FREYRE, A./FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 48.

522 ASÍ, LANDROVE DIAZ; al escribir que: "A pesar de la profunda crisis que incide hoy en las penas privativas de libertad, siguen éstas desempeñando un papel protagonista en no pocos ordenamientos jurídicos..."; En: *Funciones y Fines del Derecho Penal*. En: *Estudios en Homenaje al Profesor Mariano Hurtado Bautista*, cit., p. 96.

523 BERISTAIN, Antonio; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 195.

Los órganos jurisdiccionales, en vez de aplicar paliativos menos aflictivos para los protagonistas del conflicto, magnifica el problema -tanto para el penado como para el Estado-; el condenado será privado de su libertad en un ambiente carcelario de puros efectos criminógenos, acompañado de un proceso de despersonalización que puede generar peligro en la psicología del condenado, y el Estado a su vez, deberá desembolsar mayores remesas dinerarias a fin de abastecer al sistema penitenciario de recursos materiales en vez de asignar una mayor partida económica a los sectores sociales más necesitados.

Un sistema penal apegados a los dictados de un «Estado Social y Democrático de Derecho», no puede vanagloriarse proclamando que el éxito en el combate contra la criminalidad se traduce en una mayor población carcelaria y en la edificación de un mayor número de establecimientos penitenciarios, esta proclama deslegitima el Sistema Penal por entero.

4. LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

La renovación ideológica, que dio lugar a nuevos pensamientos dogmáticos, en el marco concreto del sistema de punición, habría de encargarse también de establecer pautas y criterios, de cómo debía cumplirse la ejecución de la pena privativa de libertad, lo cual condujo al diseño de distintos sistemas de cumplimiento de la pena de prisión, también denominados «sistemas penitenciarios»⁵²⁴.

Estas ideas, pese a su origen, van a proceder primeramente en Estados Unidos de América y van a encarnarse en distintas prisiones que siguen unos patrones o reglas fijas con vistas a humanizarlas y a los que se han convenido en denominar sistemas penitenciarios⁵²⁵, estos modelos o dígame estrategias penitenciarias significaron la necesidad de reformular el contenido meramente retributivo de la pena por una humanización en la aplicación de las penas, asimismo la posibilidad de atribuir un valor al encierro celular.

524 DE LAMO RUBIO; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, cit., p. 67. Así, CUELLO CALON al señalar que con el transcurso del tiempo se difundió la aplicación de la pena de privación de libertad, pero su organización y humanización a partir del siglo XIX debióse en gran parte a la generosa campaña de John Howard (1726-1790), quien después de largas peregrinaciones por las prisiones europeas, sentó en libros imperecederos las bases de la ejecución racional y humana de la pena de prisión. En: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I: Bosch - Casa Editorial, 1935, p. 651; fue a este movimiento penológico -más fecundo en USA- a quien se le debe el proceso de humanización de las penas, de establecer políticas penitenciarias orientadas a sentar las bases de cárceles caracterizadas por condiciones, que se condicen con la dignidad humana de acuerdo con los fines de las penas, sea la corrección, reeducación y resocialización del penado.

525 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 32.

El nacimiento de la prisión en cuanto encierro carcelario punitivo se asocia a la introducción en Europa del trabajo forzado durante el siglo XVIII y tiene sus orígenes en las casas de trabajo inglesas y holandesas, en las que se encerraba a vagabundos, perezosos y ociosos detenidos y se les adiestraba en la disciplina del trabajo⁵²⁶.

En 1802 publica en París el jurista y filósofo inglés J. BENTHAM su Tratado de la legislación civil y penal; en esta obra se presenta el célebre panóptico que si bien no llegó a ser construido en su primigenia concepción, sí ejerció decisiva influencia en las construcciones carcelarias acometidas en los años siguientes, sobre todo en Norteamérica⁵²⁷.

La idea de habilitar un espacio apto para "secuestrar del mercado de trabajo" a quienes no se disciplinaban de acuerdo a las nuevas reglas de juego, se iba así delineando⁵²⁸, fueron las necesidades productivas del sistema industrial que ameritaron en definitiva una reforma carcelaria, concediendo en sus efectos la posibilidad de utilizar el encierro como fuente de trabajo industrial y manufacturero.

En palabras de RUIZ FUNES, Bentham fue el precursor que definió el destino de los sistemas penitenciarios modernos, de tal manera que tras haber ideado la construcción carcelaria denominada "Panóptico" no sólo se le otorga importancia por la arquitectura penitenciaria propuesta, sino, porque también sugirió interesantes planteamientos en materia de reforma de cárceles⁵²⁹.

Una nueva pedagogía de subordinación del hombre por el hombre podía comenzar a ser practicada en estos nuevos lugares "externos" al proyecto jurídico hegemónico; ahí reside el verdadero sentido de lo que se conoce como «panoptismo», una nueva formulación del sentido jurídico de la opción custodial, de someter a los desviados, a trabajos educativos de acuerdo a nuevas normas distintas al lugar abierto, una nueva forma de dominación que se encubre bajo la fachada del pretendido tratamiento correccional.

El panóptico consistía en un edificio circular, de muchos pisos, con pequeñas habitaciones en la circunferencia y cubierto por un techo de cristal, lo cual le daba el aspecto de una gigantesca linterna. La vigilancia se efectuaba desde el centro, en tanto que las celdas estaban al exterior, de esta manera una sola persona podía desarrollar esta labor, sin ser visto⁵³⁰.

526 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español* cit., p. 289.

527 LANDROVE DÍAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 59.

528 IÑAKI RIVERA BEIRAS; *Historia y Legitimación del Castigo. ¿Hacia dónde vamos?*, cit., p. 105.

529 RUIZ FUNES, Mariano; *La Crisis de la Prisión*, cit., p. 188.

530 MARCO DEL PONT, LUIS; *Precursores del Penitenciarismo*. En: *Derecho Penal y Criminología*. N° 5. Vol. 2, Bogotá, 1979, p. 57.

En resumidas cuentas, «Régimen» o «Sistema Penitenciario», importa la organización, que se estructura a partir de una determinada política penitenciaria, es decir, el Estado regula la estructura del modelo carcelario, conforme políticas penitenciarias, de cómo deben ejecutarse las penas y medidas de seguridad, conforme a las funciones que el derecho positivo le asigna a la privación de la libertad⁵³¹.

Los regímenes penitenciarios son en síntesis, la institución moderna en el modo de organización de los presidios, en los cuales se ejecuta una serie de programas dirigidos a organizar el desarrollo de la vida carcelaria del penado a partir de estrategias penitenciarias.

Los regímenes que van a ser materia de análisis son los siguientes: el «Filadélfico» o «Pensilvánico», el «Auburniano» y los «Progresivos».

4.1. Sistema Filadélfico

El sistema «filadélfico» es asimilable al sistema celular, sistema que nace con la concepción de las ideas de HOWARD en los Estados Unidos, específicamente en Pennsylvania en el siglo XVIII bajo la influencia de los cuáqueros⁵³², dando así origen al sistema celular.

El aislamiento celular nace como un episodio aislado al aplicarlo el derecho canónico en una época de la historia en que pecado y delito constituyen una misma cosa, un derecho penal fuertemente moralizado.

Como señala MAPELLI CAFFARENA se empleó en un primer momento en la prisión de Walnut Street Jail para unos treinta reclusos, y con posterioridad pasó a la penitenciaría Eastern (Pittsburgh), construida de acuerdo con la arquitectura panóptica de BENTHAM⁵³³. Sistema que significaba un encierro todo el día del recluso (día y noche), sin comunicación con otros reclusos y con el mundo exterior, interrumpido tan sólo por el paseo en patios celulares y por periódicas visitas (del director y funcionarios de la prisión, sacerdote, etc.), los penados trabajan en su celda, asisten a la escuela y al servicio religioso en dispositivo

531 En tanto que el tratamiento penitenciario es conceptualizado por GARCIA BASALO como el consistente en la aplicación intencionada a cada caso particular de aquellas influencias peculiares específicas, reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar los factores relevantes de la inadaptación social del delincuente. En: *Entorno al concepto de régimen penitenciario*, Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Madrid, julio-agosto, 1955, año XI. N° 117, ps. 28 y ss.

532 Así, DE LAMA RUBIO; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, cit., p. 67.

533 MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 80.

especial denominado alvéolo que asegura el aislamiento de los reclusos en pequeñas celdas⁵³⁴.

En 1829 se inauguró en Filadelfia el primer centro penitenciario de estas características⁵³⁵, llamado Eastern Penitentiary donde había de aplicarse el aislamiento continuo.

Las características sobresalientes del régimen celular o pensilvánico eran los siguientes: inexistencia de trabajo y silencio total, este establecimiento penitenciario significó en su tiempo el mayor adelanto científico por su arquitectura y régimen penitenciario. Constaba de 11 galerías radiales, unas de un piso y otras de dos, y un total de 760 celdas. Al tiempo que se construyó la prisión del este de Filadelfia (Eastern) se erigía en Pittsburgh, en el mismo Estado de Pennsylvania también sobre el plano de Hawiland, un nuevo establecimiento que no adquirió el renombre del anterior; su diseño era en este caso de forma circular. Posteriormente se fueron edificando otras prisiones -siempre en el mismo Estado-, siendo la de mayor relevancia la de Western State Penitentiary localizada en Allegheny, con una capacidad para albergar a más de 1,500 reclusos.

El régimen celular puro -sin la inclusión posterior del trabajo- tenía por finalidad automática el aislamiento total del reo, como una forma de evitar el contagio amoral del cual supuestamente estaba impregnado el alma del penado, pues este régimen pretendía una forma de expiación moral, de una catarsis interna que llevase a la redención del mal como una única vía posible para reconciliarse con Dios.

El aislamiento era concebido, entonces, como una forma coherente de mantener separado al penado del resto de la comunidad carcelaria, no como un régimen de estricta disciplina en razón de la peligrosidad del delincuente, sino para permitir que el penado obtenga su propia enmienda, asumiendo las consecuencias negativas de su infracción; es así que se evidencia una secularización y moralización en la naturaleza del castigo, concepción que permitía y legitimaba una amplia intervención del Estado en la esfera íntima del penado, como una forma solapada de manipulación ideológica, moral y religiosa, pues la única lectura permitida era la Biblia, la palabra de Dios, como si la privación de la libertad hubiese sido ordenada por la justicia divina.

En cuanto al trabajo, los ideólogos pensaban que los presos no debían trabajar para evitar así distracciones en su obligación fundamental que era, cla-

534 CUELLO CALON; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, cit., p. 652.

535 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 60.

ro está, arrepentirse, aunque existió en algunos casos un pequeño trabajo manufacturero⁵³⁶.

Entre las ventajas que se reconocen al sistema filadélfico, las cuales se fundamentan desde un punto de vista utilitarista en la lucha y control de la criminalidad, se pueden mencionar las siguientes: a) imposibilidad de recibir visitas no autorizadas; b) inexistencia de evasiones o movimientos colectivos; c) escasa necesidad de recurrir a medidas disciplinarias; d) la prescindencia de personal técnico y número mínimo de guardias; e) fácil mantenimiento de la higiene; f) capacitación del condenado para trabajar ventajosamente en su posterior vida en libertad; y g) el innegable efecto intimidatorio respecto de la colectividad y el delincuente⁵³⁷; esta descripción ventajosa se adscribe en términos políticos penitenciarios de reducir al máximo la posibilidad de que se engendre el crimen dentro de las prisiones, así como de los efectos disuasorios que producen en la colectividad un castigo de tal magnitud.

Régimen penitenciario, que fuera objeto por una serie de críticas y de objeciones, desde las más diversas y variadas aristas. Este sistema encubría un confinamiento nefasto, pues el reo era recluido en cuatro paredes, lo cual implicaba un mayor sufrimiento que desbordaba el hecho de haber sido aislado de la sociedad por medio de la pena, importaba, por tanto, una segunda «criminalización» a efecto de una radical «prisionización», que creía encontrar en la segregación absoluta la vía más útil para obtener la enmienda del penado, corrección que por ende era sinónimo de sufrimiento.

El hecho de que más tarde se agregara un trabajo monótono en nada cambió una opción custodial de características inhumanas que era manifestación pura de una justicia penal maximalista y autoritaria⁵³⁸.

La mayor parte de los doctrinarios de la ciencia penal se opusieron a este sistema penitenciario, al cual Enrique FERRI la denominó "aberración del siglo XX"; Concepción Arenal manifestaba que la voluntad del penado que fue débil, que cuando esté libre necesitará ser fuerte, y que era necesario e indispensable

536 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 34.

538 Para LANDROVE DIAZ las ventajas son las siguientes: evita el contagio entre los reclusos, de modo que los delincuentes profesionales no pervierten a los primerizos; imposibilita las evasiones y los movimientos colectivos; exige un número mínimo de funcionarios encargados de la custodia y mantenimiento del orden; produce un innegable efecto intimidatorio en la colectividad y en el preso; purifica el alma del sujeto por el dolor del arrepentimiento derivado de la meditación; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 60.

538 Así, LANDROVE DIAZ al manifestar que: "El hecho de que en un momento determinado se agregara un trabajo triste y monótono en la celda en nada humanizó al sistema: se otorgó a hombres reconcentrados el único aliciente de mover un mecanismo semejante durante horas, días y años"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 61.

fortificar, se debilita necesariamente, porque no se ejercita⁵³⁹, es una sinergia que anula las capacidades activas del recluso.

En tanto que para ANTÓN ONECA la reforma del penado queda abandonada a él mismo (...), pues es prácticamente imposible que el trabajo y la enseñanza se organicen de un modo eficaz estando condenado en su celda en vez de prepararse para la adaptación de la sociedad y tonificar la voluntad, ejerce una influencia precisamente contraria⁵⁴⁰.

Un encierro absoluto lo único que podía generar por cierto era anomalías psíquicas, estados de paranoia y desviaciones de la personalidad⁵⁴¹, lo que la psiquiatría calificó como sicosis carcelaria o locura penitenciaria como la denominó FERRI, el aislamiento celular provocaba la formación de seres atávicos. Sintéticamente las objeciones se elaboran una perspectiva KANTiana: "el hombre no puede ser instrumentalizado para fines ajenos a su propia naturaleza, a su ontologismo"; a este régimen penitenciario cabe perfectamente la denominación de la cárcel como «Institución Total».

4.2. Sistema de Auburn

Ante todo sistema que decae en su uso, aparece otro con la intención de mejorar el régimen precedente, en este sentido, aparece en Nueva York un movimiento de reforma que trataba de mejorar los establecimientos penitenciarios, el primer proyecto carcelario se destinó a la ciudad de Nueva York, que fue emplazada en la margen izquierda del río Hudson, recibiendo el nombre de Newgate. Con esta prisión aconteció lo mismo que con la de Filadelfia: se inauguró en 1799 y a los diez años ésta fue superpoblada, lo cual imposibilitaba el acceso a más depositarios. Una comisión nombrada por la administración a fin de erigir un nuevo establecimiento, designó en 1816 a la ciudad de Auburn para reemplazarlo.

Los trabajos se efectuaron con suma celeridad y en 1818 quedó terminada un ala de 80 celdas, a partir de 1823 se consolida definitivamente bajo la dirección del capitán Elam Lynds, que más tarde dirigiría la prisión de Sing-Sing⁵⁴².

Lynds consideraba al castigo corporal como el de mayor eficacia y a la vez el de menor peligro, ya que según él -no dañaba la salud de los penados-, seña-

539 CONCEPCIÓN ARENAL; *Obras Completas*, T. VI, Madrid, 1895, edic. Suárez, p. 42.

540 ANTÓN ONECA; *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1949, p. 505.

541 Así, TAMARIT al señalar "...los efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los condenados no tardaron en hacerse evidentes"; citado por DE LAMA RUBIO: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit., p. 67.

542 LANDROVE DÍAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 61.

lando asimismo que los condenados eran "salvajes, cobardes e incorregibles", y que no debía tenerse con ellos ninguna clase de contemplación, incitando a los guardias a un trato sumamente severo y represivo. Lynds conteste al sistema implantado en Filadelfia y el que hasta ese entonces venía desarrollándose en Auburn, establece un régimen ecléctico, sobre los siguientes fundamentos: a) aislamiento celular nocturno; b) trabajo en común; y, c) sujeción a la regla del silencio absoluto.

El aislamiento celular nocturno tenía para Lynds una doble finalidad: matizaba el descanso de la fatiga diaria y evitaba la posible corrupción vía el desarrollo de la vida comunitaria, la piedra angular de este sistema es el aislamiento celular durante la noche y trabajo comunitario durante el día. Se mantiene, pues, el sistema celular pero se incluye como innovación el que los presos trabajen, lo cual es imposible que lo hagan cada uno en su celda, por lo que ha de hacerse en comunidad, pero, para evitar cualquier tipo de contagio, se establece el trabajo bajo la absoluta y rígida regla del silencio⁵⁴³.

El sistema filadélfico era concebido como un clima inapropiado para obtener utilidades a partir del trabajo individual, por lo costoso en sus construcciones bajo la idea de celdas unicelulares, empero el sistema auburniano se acomodaba a la imagen de presidios basados en labores comunitarias, que en definitiva podía originar un sistema fabril encubierto.

Bajo la descripción anotada, Lynds organizó el trabajo penitenciario en talleres, con un sentido de enseñanza que no descartaba, a la vez, los efectos utilitarios.

La regla del silencio constituye sin duda, la característica más vulnerable de este sistema penitenciario, los condenados trabajan juntos en los talleres y servicios pero tienen una orden prohibitiva de comunicabilidad entre ellos, aun por razones de la misma tarea. Sin embargo, más perjudicial que la regla del silencio absoluto, se constituían los castigos corporales como vía para mantener el orden impuesto en el sistema carcelario. Lynds consideraba que para gobernar en un estado de sumisión era necesario acudir a la práctica de los azotes, pero este poder ni siquiera estaba reglamentado, así como un reglamento de infracciones y sanciones, era entonces concebido como un orden basado en la represión y en la amenaza constante del castigo, en tanto vías eficaces de amedrentamiento al colectivo.

543 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 35; MAPELLI sintetiza la regulación de este sistema de la forma siguiente: a) economía en la construcción; b) reducción del gasto mediante el trabajo en colectividad; c) evitar los efectos nocivos del aislamiento completo; d) evitar el contagio moral mediante la regla del silencio absoluto; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 76.

Entre las ventajas a este sistema penitenciario, se reconoce -como expone LANDROVE DIAZ- las siguientes: estos establecimientos resultan económicos en su construcción; el trabajo en colectividad es más productivo y de más fácil organización; con este sistema se evitan los perniciosos efectos del aislamiento absoluto⁵⁴⁴; no obstante lo dicho, el nuevo orden encubría la intención, de crear una industria de las cárceles, de utilizar la mano de obra del penado (barata) para satisfacer las demandas productivas del mercado.

Una mano de obra en crecimiento, producto de la arremetida de la revolución industrial propiciaba una mayor demanda productiva, en esta coyuntura se buscó instrumentalizar a las cárceles como medios de producción bajo una soterrada explotación del sistema hacia el reo. En este sentido, se pronuncia PAVARINI al sostener que este proyecto fracasó. Bien pronto, en efecto, la presión de las organizaciones sindicales, profundamente opuestas al trabajo carcelario productivo (la producción de la cárcel -fruto de la mano de obra no retribuidase distribuía en el mercado a precios totalmente fuera de competencia, sirviendo como freno para la escalada salarial) y las dificultades con las que se tropezaron para la industrialización completa de las cárceles, impidieron que la penitenciaría se convirtiera en fábrica⁵⁴⁵, era obvio que los movimientos sindicalistas en pleno auge social se mostraran contrarios, no sólo a una explotación laboral sino también a reducir los costos laborales de la mano de obra que significaba la aminoración de sus jornales.

Entre las críticas, tomar lugar el llamado silencio absoluto, tan contrario a la naturaleza humana, en tanto el individuo es extrínsecamente un ser social por excelencia, necesitado de constante interrelación comunicativa en pos de su desarrollo personal, la palabra es la forma mágica que otorga significado social a la vida humana, este suplicio de tal magnitud no podía revertir en enmienda, sino, antes bien en rencor y en un profundo resentimiento.

El sistema de Auburn fue adoptado en la mayoría de las prisiones de Estados Unidos⁵⁴⁶, mientras que en Europa el sistema generó polémicas muy encendidas, en tanto su tradición jurídica emana de raíces programáticas (románico-germánico) distintas al sistema anglosajón.

544 LANDROVE DIAZ; *las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 61; lo que sí es dable reconocer, es que el sistema de Auburn es preferible al Filadélfico, su mayor inconveniente -como dice CUELLO CALON- es, sin duda, la regla del silencio impuesta como medio para obtener un aislamiento moral entre los reclusos, mas aplicado con rigor no excesivo, este régimen se considera humano y soportable; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 655.

545 PAVARINI, M.; *Concentración y Difusión de lo Penitenciario*. Las tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia, traducido por I. Muñagari, C.P.C., núm. 7. 1979; Asimismo, PAVARINI, MASSIMO, *Control y dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*, editorial Siglo XXI, México, 1983, 2-XI y ss.

546 CUELLO CALON, E.; ob. cit., p. 313.

El régimen fue adoptado y sometido a las modificaciones propias de cada establecimiento, contándose entre las más famosas prisiones que lo utilizaron las de Sing-Sing, San Quintín en California y Cannon City en Colorado.

Las legislaciones penales contemporáneas que se fueron sucediendo con el devenir del tiempo, abolieron este sistema, pues aquéllas venían sustentadas por una reforma penal de profundos matices humanistas.

4.3. Sistema Progresivo

El sistema progresivo penitenciario es de origen anglosajón, irrumpiendo sistemáticamente en la primera mitad del siglo XIX, en torno a la idea de lograr un sistema penitenciario flexible y orientado hacia una finalidad reformativa del penado⁵⁴⁷.

En este sistema -señala CUELLO CALON- se combinan el aislamiento absoluto con el aislamiento nocturno y régimen en común diurno aplicado a diversos períodos⁵⁴⁸.

La esencia del sistema progresivo es la fragmentación o distribución de la ejecución de la pena privativa de libertad en varios períodos o etapas, en cada una de las cuales se van otorgando al recluso mayores ventajas y privilegios⁵⁴⁹, consiste, en una sistemática graduación de escalas o niveles que paulatinamente el penado podrá ser promovido dependiendo del éxito del tratamiento y de su desenvolvimiento conductivo, en términos positivos, de conformidad con los parámetros exigidos por el régimen.

Al condicionarse las ventajas y beneficios penitenciarios a un determinado patrón conductual se propiciaba la motivación de ceñirse conductualmente conforme al orden establecido, estimulando en ellos la emulación que había de conducirles a la liberación⁵⁵⁰.

Se introdujo así en tema de penas privativas de libertad la idea de indeterminación de la pena; su duración dependía, en buena parte, de la conducta del penado en prisión⁵⁵¹; a tal efecto, la severidad del régimen dependía en buena medida de las capacidades del penado en cumplir los roles que se le asignaba en todas las fases del tratamiento.

547 DE LAMA RUBIO; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, cit., p. 68.

548 CUELLO CALON; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, cit., p. 652.

549 GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 291. Así, ANTÓN ONECA; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 506.

550 LANDROVE DÍAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 62.

551 LANDROVE DÍAZ; *ibid.*

El sistema progresivo fue puesto en práctica por diversos directores de prisiones: Montesinos, en el presidio de Valencia; Maconochie, en Norfolk; Crofton, en diversas prisiones irlandesas; y Ober-Mayer, en la prisión de Munich⁵⁵².

Este sistema fue modificado por Crofton en Irlanda -director de prisiones en dicho país-, introduciendo un período intermedio entre la permanencia en la prisión y la libertad condicional⁵⁵³, que llamó "intermediate prisons"⁵⁵⁴.

La meta del sistema es doble; constituir un estímulo a la buena conducta y lograr que este régimen consiga paulatinamente la reforma moral del penado y su preparación para la futura vida en libertad⁵⁵⁵. Para tal fin había que delinear el tratamiento penitenciario conforme a las particulares características del penado, es decir, su individualización es la clave del éxito del programa, caracterizado por una intervención activa del mismo en la vida carcelaria a partir del trabajo y la educación.

GRACIA MARTÍN apunta, que prescindiendo de las variantes, la ejecución de la pena en este sistema se suele dividir en las siguientes fases: a) fase de aislamiento, que tiene por objeto el reconocimiento y observación del interno, para clasificarlo y posteriormente destinarlo al establecimiento más adecuado a sus características personales para el cumplimiento de la pena; b) fase de vida en común, en la que se desarrolla además una serie de actividades de formación, de educación, labores, etc.; c) fase denominada de "prelibertad", en la cual se pone al recluso ya en contacto con el exterior mediante la concesión de permisos de salida; d) período de libertad condicional o bajo palabra. En este sistema, además, es frecuente que cada uno de estos períodos se desarrolle en establecimientos penitenciarios distintos⁵⁵⁶.

El sistema progresivo aún cobra vigencia en la actualidad, en tanto que en muchas legislaciones positivas, mantiene un sistema penitenciario estructurado bajo grados y escalas que deben ejecutarse en diversos establecimientos penitenciarios, denominados: -cerrado, semiabierto y abierto.

El régimen progresivo ha sido acogido con mayor simpatía, elógiase su organización en períodos que van acercando al penado y preparándole insensiblemente para la vida de libertad⁵⁵⁷.

552 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 37.

553 Así. CUELLO CALÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 652-653.

554 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 39.

555 LANDROVE DÍAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 63.

556 GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 291; así, LANDROVE DÍAZ; op. cit., p. 63.

557 CUELLO CALÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 655.

A este sistema habría que objetarle su confrontación con una realidad carcelaria materialmente imposibilitada -en países como el nuestro-, de poder ejecutarse eficazmente, según las condiciones inherentes a nuestros presidios, a duras penas se acoge el establecimiento cerrado, asimismo condiciona la obtención de los beneficios al conductismo del penado para adherirse al sistema de vigilancia.

Al respecto BERGALLI ha puesto de manifiesto que "no puede dejar de mencionarse, cuando se habla de "derechos" de los internos, en virtud de qué principios se legitima un cuadro de intervenciones destinado a obtener una mera adhesión de conducta por la vía de un sistema de "premios" a la fidelidad de la autoridad institucional o de quien la representa. Esos premios, que se otorgan sobre una base legal, responden sin embargo a unas técnicas psicológicas de puros reflejos provocados que, obviamente, poseen un efecto limitado en el tiempo y se orientan a obtener un resultado inmediato, condicionado a una meta prefijada"⁵⁵⁸.

La crítica toma lugar en el campo de la psicología carcelaria, pues, el cambio de actitud no obedece a cambio sincero y libre del penado, sino coaccionado normativamente pretende obtener el beneficio sumiéndose a los patrones que la administración penitenciaria sanciona, lo que como dice Iñaki RIVERA BEIRAS viene provocando una importantísima merma de garantías jurídicas en los derechos fundamentales de los reclusos, derechos que ahora dejan de ser tales para devaluarse en la categoría de simples beneficios penitenciarios⁵⁵⁹.

Dicho lo anterior, el complejo de los derechos penitenciarios, viene reduciéndose sustancialmente, máxime en nuestro derecho positivo penitenciario, donde cada vez más se establecen mayores requisitos burocráticos para acceder a los denominados «beneficios penitenciarios» (semilibertad y liberación condicional)

¿Qué debemos entender por «Beneficio Penitenciario»?; supone, en primera línea, el egreso anticipado de prisión, por aquel condenado (*penado*), que en la convivencia penitenciaria ha mostrados visos de rehabilitación social, conforme se deja sentado en los Informes respectivos del INPE, mediando la concurrencia de los presupuestos -formales y materiales-, contemplados en el Código de Ejecución Penal.

La procedencia del Beneficio Penitenciario, no supone -como piensan algunos-, el corte de la ejecución penal, en tanto, el penado beneficiado, tiene la obligación de cumplir las Reglas de Conductas, que el juzgador le impone,

558 Citado por Iñaki RIVERA BEIRAS; *La Cárcel y el Sistema Penal (En España y Europa)*. En: "Sistema Penal y Problemas Sociales". Director Roberto BERGALLI, cit., p. 366.

559 Iñaki RIVERA BEIRAS; *La Cárcel y el Sistema Penal (En España y en Europa)*, cit., p. 366.

según lo previsto en los artículos 52º y 57º del CEP; incumplimiento que trae como consecuencia (*jurídica*), automática, la Revocatoria del beneficio.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 4414-2004-HC, Fundamentos 3 y 4, deja en claro lo siguiente:

"Es por ello que este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC, sostuvo que los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado (...) suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo (...)".

De este modo, tienen cobertura dentro de nuestro ordenamiento beneficios penitenciarios tales como el de semilibertad, el cual permite al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta en caso de que la pena haya cumplido su efecto resocializador. En atención a ello, el Código de Ejecución Penal, estipula específicamente que: "(...) El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito (...)".

¿Cuál es el sustento legitimador de los Beneficios Penitenciarios? El sustento axiológico de los beneficios, hemos de encontrarlo en los fines preventivo-especiales de la pena, en privilegiar la recuperación social del penado, por encima de la naturaleza retributiva de la pena. Bajo el entendido, que el condenado, ha purgado ya suficiente carcelería (*castigo*), por lo que merece la oportunidad de reinsertarse en la sociedad y así recuperar sus vínculos sociales, familiares y laborales; siempre que manifieste una conducta idónea y apta, para no poner en peligro los bienes jurídicos de sus conciudadanos.

Hay que tener en cuenta además, apunta ZEGARRA AZULA, que el interno de un establecimiento penitenciario, no es una persona eliminada, excluida o separada de la sociedad, sino por el contrario, sigue siendo parte de ella, tal es así que incluso la ley, no le impide el goce de los mismos derechos que el ciudadano en libertad, sino que sólo no podrá ejercerlo plenamente en algunos casos, cuando la misma ley le restrinja o cuando la sentencia que lo condena, así lo señale⁵⁶⁰.

560 ZEGARRA AZULA, A.E.; *Beneficios Penitenciarios en el Perú: Redención de la Pena por el Trabajo y/o la Educación*. Ucayali, cit., p. 1.

Los Beneficios Penitenciarios, entonces, parten de una política criminal (*penitenciaria*), dirigida a la articulación de instrumentos y mecanismos sancionadores, desprovistos de afectación a la libertad personal de los individuos, sin que ello, implique una dejadez por la tutela de los bienes jurídicos colectivos de la sociedad; simplemente, se ponen en vigencia, las funciones primordiales del «Estado Social», en cuanto a la defensa y protección de la persona humana y su dignidad.

El máximo interprete de la constitucionalidad normativa, en la sentencia recaída en el Exp. N° 2700-2006-PHC, ha señalado los siguiente: "(...) *en estricto los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el derecho de ejecución penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado no cabe duda que de aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables, por lo que la resolución judicial que se pronuncia al respecto debe cumplir con la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales*".

¿El Beneficio Penitenciario, se concede, en relación a la naturaleza del delito cometido o en razón a la personalidad del penado? Las formas de comisión del hecho punible, los medios para su perpetración, los móviles, la naturaleza de los deberes infringidos, la preponderancia del bien jurídico lesionado, etc.; son datos a tomar en cuenta en el ámbito de la «determinación e individualización de la pena», no tienen que ver con el monitoreo de la conducta del penado en la prisión, en lo que respecta a su participación en actividades educativas y laborales; lógicamente, que el cómputo del plazo, para la concesión del beneficio, se fija conforme al quantum de pena impuesta al autor. Por consiguiente, todo penado, al margen del delito cometido, debe tener la posibilidad de acceder a un Beneficio Penitenciario, siempre que cumpla con los requisitos y presupuestos previstos en la normatividad, atendiendo al principio constitucional de «igualdad».

4.4. El Sistema Penitenciario Vigente en Nuestro Derecho Positivo

El Código de Ejecución Penal de 1991, reconoce normativamente en su artículo 97° tres regímenes, de acuerdo al denominado «Sistema Progresivo»:

- a. **De Régimen Cerrado**, se clasifica en: «Régimen cerrado ordinario», en donde existe estricto control y limitación de las actividades comunes y sus relaciones con el exterior; y, «Régimen cerrado especial», destinado al in-

terno sentenciado de difícil readaptación y excepcionalmente en ambientes separados a los procesados que no tengan esa condición (artículo 98º del CEP).

- b. **De Régimen Semiabierto**, se caracteriza porque no hay una mayor libertad en las actividades comunes en las relaciones familiares, sociales y recreativas del interno; artículo 99º del CEP; se entiende que en el régimen semiabierto, el trabajo se realiza en el propio establecimiento penal, no fuera de él, sin ninguna restricción.

El interno sujeto al régimen semiabierto podrá frecuentar cursos supletorios de profesionalización, instrucción de nivel medio o superior.

- c. **De Régimen Abierto**, aplicables a aquellos sentenciados exentos de vigilancia, en el que el interno sentenciado se desenvuelve en condiciones similares a una vida bajo un ambiente de libertad, sin perjuicio de la evaluación de su comportamiento, tal como lo dispone el artículo 100º del CEP.

El régimen abierto podrá ser aplicado tanto en el inicio de la ejecución penal como en todo el decurso del procedimiento; en la primera de las hipótesis, también en las circunstancias apuntadas (reo primario y pena no mayor de cuatro años); asimismo se deberá demostrar que el penado ostenta una plaza laboral, verificando sus antecedentes y/o los resultados a los exámenes a los cuales fue sometido.

Mientras que la segunda de las hipótesis, se sostiene en la posibilidad de que el condenado sea transferido de los otros regímenes al sistema abierto.

Hemos de destacar, que cualesquiera sea el régimen que le corresponde ingresar al penado, éste no debe ser impuesto coactivamente, es decir, contrariando su voluntad; si bien es cierto, que en la etapa de ejecución penal donde se pretende activar la función de prevención especial positiva, encaminada a la resocialización, aquélla no puede consistir en una intervención arbitraria y manipuladora del Estado.

5. LA CRISIS DEL PROGRAMA RESOCIALIZADOR Y LA BÚSQUEDA DE NUEVAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS

5.1. Introducción al Tema

Bajo diversas nomenclaturas de variada terminología, como: «resocialización», «corrección», «pedagogía social» o de las técnicas curativas, el Estado ha pretendido -desde los albores de las ideas de la prevención especial-, encubrir toda una enmascarada custodial, dirigida a prácticas manipuladoras hacia los condenados, bajo el argumento programático de la «resocialización».

Conforme lo anotado, se buscó ejercer actos de dominio y de plena sumisión a todos aquellos que habían sido catalogados socialmente como: «sujetos peligrosos», no únicamente por haber vulnerado culpable o inculpablemente una norma jurídico-penal.

La prevención especial, como postulado filosófico, aparece a partir de la consagración normativa del «Constitucionalismo social», apoyada ideológicamente por la doctrina positivista; para tal fin, se justificaba una política criminal orientada a la intervención individual del penado bajo el pretexto de la enmienda, una injerencia en ámbitos individuales, incompatibles con los valores del Estado Constitucional de Derecho

Un Derecho penal, fuertemente influenciado por concepciones medicinales, que nada o muy poco tenían que ver con su ámbito de legitimación, coadyuvado por los conceptos de la psicología y de la sociología se encaminó todo un programa, orientado por la definición de estados caracterológicos y tipológicos, descripciones de naturaleza antropológica que fundamentaban un determinado tratamiento penitenciario; es así, que se legitiman las medidas de seguridad pre-delictivas y el concepto de «peligrosidad» paulatinamente fue sustituyendo a la «culpabilidad», desnaturalizándose la diferencia con la pena.

Por otro lado -escribe BARATTA- también para la criminología marxista sólo puede plantearse una función resocializadora de la pena cuando se ha producido un cambio en las actuales relaciones sociales de producción⁵⁶¹, al margen de estas definiciones, la resocialización implica todo un complejo dialogal de contenido comunicativo entre el penado y la sociedad, por lo tanto, ante un encierro secular se imposibilita que el reo pueda desarrollar dicho diálogo, que permita este intercambio social.

Más allá del tropiezo, del cual son objeto, estas prácticas manipuladoras por la incapacidad material de edificar espacios cerrados que pudiesen contar con tales características pedagógicas, la prevención especial positiva encierra una antinomia insalvable, cómo puede pensarse que de un mal -que significa naturalmente la pena- pueda pretenderse obtener un beneficio, en este caso, la «rehabilitación» del penado.

En tal sentido -apunta ROXIN- que es una paradoja difícil de resolver la necesidad de educar para la libertad en situación de privación de la misma; por ello, existe en la ciencia internacional un creciente escepticismo ante la pena de prisión⁵⁶².

561 BARATTA, Alessandro; *Criminología Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico penal*, Siglo XXI - Editores. México, 1986, ps. 196 y ss.

562 ROXIN, C.; *Strafrechtliche Grundlagentheorie (Sinn und Grenzen)*, cit.

Ya en la segunda mitad del siglo XX, los criminólogos realizando una investigación empírica e imparcial del tema, se pronunciaron en contra del mito de la resocialización⁵⁶³.

La ejecución de la pena privativa de libertad -señala QUINTERO OLIVARES- nos lleva al problema de la cárcel (la "universidad del crimen", como la llamaban en el siglo pasado), reconociéndose por todos los especialistas que la cárcel opera como factor criminógeno (dificulta la reinserción y propicia la reincidencia, como lo demuestra el elevadísimo número de "reingresos" en los centros penitenciarios)⁵⁶⁴, la vida penitenciaria encierra en rigor una realidad de profundo arraigo a normas de conducta, muy alejadas de los valores que rigen una vida de respeto hacia los intereses jurídicos del prójimo.

En palabras de GARCÍA PABLOS DE MOLINA, la pena, como institución social, es retribución y violencia. Pero nace asociada a fines preventivos: no castigamos por razones de justicia, ni para corregir o resocializar a nadie, castigamos para defender el orden social, para proteger los valores fundamentales de éste que hacen posible la convivencia⁵⁶⁵, tal como lo expuso magistralmente MAURACH al señalar que la justificación de la pena, descansa en su necesidad como mecanismo de control social, la reclusión del penado en un establecimiento penitenciario se ejecuta a partir de intereses sociales, la realización de la justicia que resulta indispensable para asegurar el mantenimiento de los bienes jurídicos de orden sistémico.

Conforme lo anotado, el contenido retributivo de la pena privativa de libertad desborda y opaca el fin resocializador -atribuido a la pena-; la realidad carcelaria subvierte el contenido pedagógico de la pena privativa de libertad; si bien todas las codificaciones penales modernas han mantenido incólume el fin de prevención especial positiva, la realidad prisionizante ha hecho que ésta pierda validez científica y que su denominación sirva únicamente como un aforismo que adorna las codificaciones penales de la era contemporánea.

Ya DURKHEIM apuntaba que de nada servía la resocialización del penado, si la sociedad que lo mandó encerrar no será susceptible de resocialización⁵⁶⁶.

563 Así, LANDROVE DIAZ al escribir "Ya en el Congreso de la O.N.U. de 1955 -antes mencionado- se elaboran las denominadas reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en un intento de superación del crítico momento de unas penas que, en su concepción y ejecución, permanecían ancladas en el pasado. Con estas reglas se sentaron las exigencias indispensables que han de ser cumplidas por las respectivas administraciones penitenciarias nacionales en la ejecución de las penas de privación de libertad y en toda detención"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 65.

564 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 655.

565 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, p. 237.

566 En otras palabras, pretender ejecutar un programa resocializador únicamente a la persona del penado, significa pretender reconocer un orden social perfecto y válido, sin cuestionar

Esta afirmación se justifica perfectamente, con una realidad que demuestra criminológicamente que el hombre integrante de sociedades verticalmente diferenciadas, donde el conflicto social surge a partir de una distribución desigual de la riqueza y que los grupos de poder (político y económico) sobreponen sus intereses subjetivos a los de la mayoría, esta mayoría delinque muchas veces porque ese Estado no le ha proporcionado ni ha propiciado la creación de mecanismos participativos en las fuentes de producción, estos procesos de exclusión y de marginalidad producen indefectiblemente un margen de violencia cotidiana, que muy difícilmente puede ser contenida con el Derecho penal.

Dicho lo anterior, la ansiada «resocialización» supone que la sociedad también esté dispuesta a recoger en su seno a quien recobra su libertad, sin embargo, el estado criminógeno o el denominado etiquetamiento social se prolonga consecuentemente a su vida en libertad, es la misma sociedad que asumiendo una defensa férrea de sus bienes la que cierra espacios para que el ex reo pueda desarrollar roles sociales relevantes; en tal sentido, es la misma sociedad que impide con sus acciones anulatorias que el penado pueda realmente reinsertarse a la sociedad.

También el Estado asume una posición pasiva ante esta dramática situación, pues no propicia -institucional ni normativamente-, espacios socio-económicos, en los cuales el penado pueda reinsertarse en comunidad; ante este panorama desolador, la prevención especial positiva que busca afanosamente evitar la reincidencia delictiva, fracasará inevitablemente, pues el pretendido objetivo colapsa ante una realidad social estructural que influencia sobremanera en la reincidencia delictiva.

BERISTAIN sintetiza este panorama, señalando que: "los principales responsables de los resultados negativos somos los ciudadanos todos. Hemos abandonado a los presos. Los hemos privado de una relación necesaria e insustituible. Hemos cerrado una puerta que debía estar siempre abierta"⁵⁶⁷, nos hemos desentendido todos, pues las cárceles es un problema de todos, si únicamente nos preocupamos por encerrar y segregar a quienes vulneraron bienes jurídicos fundamentales, no nos damos cuenta que la conflictividad social se agrava aún más, o asumimos una verdadera labor preventiva o retomamos la idea KANTIANA de aplicar una pena hasta el último de los asesinos, sin importar que con ello se disuelva por entero la sociedad; un «Estado de Derecho» implica orden y sub-

ninguna de sus estructuras, sin evaluar los procesos sociales a partir de los actores involucrados; por consiguiente, la resocialización unilateral, mutila el problema social, creyendo falazmente que el problema se circunscribe a la personalidad del penado, sin tomar en cuenta que la conflictividad social producida por el delito trasciende la esfera circular del reo, sin considerar las condiciones de exclusión en las cuales se desarrollan los procesos sociales, esto es, bajo la división de los ciudadanos en "honestos" y "desviados".

567 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 196.

ordinación a la normatividad, pero un «Estado Social» significa formular salidas racionales y sobre todo sociales al problema criminal. Soluciones más llevadas a la libertad que a la pena.

Siendo así las cosas, la contradicción programática que se manifiesta en la función simbólica que el constitucionalismo social le atribuye a la pena privativa de libertad, se verifica entre este fin preventivo especial, de naturaleza correccionalista, y el fin de resocialización -en el sentido de reinserción social en el medio social- que debería constituir la auténtica función material a cumplir por la pena, a través de actuar como preparación del recluso para la vida futura en libertad⁵⁶⁸.

Conforme lo anotado, habrá que reconducir esta ideología «resocializadora» a los tiempos actuales, coyuntura que sanciona la vigencia constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la democracia significa tolerancia y respeto por la diferencia, donde se admite el pluralismo político, ideológico, económico y religioso, un Derecho penal desarraigado de matices moralizantes; un Derecho penal democrático no puede legitimar en su nombre, modelos que supongan intervenciones manipulantes en la esfera de libertad del penado.

«Resocialización» implica pues, el respeto por la minoría y por los valores internos, no pretender a toda costa, coaccionar al interno a partir de normas sociales y morales homogéneas, de cierta forma, *relativas*. Surge con toda evidencia que intentar una resocialización sin esa coincidencia básica es un ejercicio de puro sometimiento, dominio de unos sobre otros y una lesión grave a la autonomía individual⁵⁶⁹.

La democracia implica también -como relata GARCÍA VALDEZ- que el derecho a no ser tratado es parte integrante fundamental del derecho a ser diferente, que toda sociedad pluralista está obligada a reconocer, y la imposición más o menos encubierta, más o menos consentida de un tratamiento implica un grave peligro para los derechos del recluso como persona, el tratamiento entonces está condicionado a la voluntariedad afirmativa del penado, el consentimiento que se obtiene bajo métodos violentos, se encuentran viciados desde su origen, por lo tanto, el tratamiento penitenciario deviene en ilegítimo.

Otra objeción se dirige a criticar los efectos negativos de las penas largas y cortas de prisión, la crítica a las penas privativas de libertad comienza destacando los efectos perniciosos de las penas demasiado largas, porque destruyen

568 BERGALLI R.; *Las Funciones del Sistema Penal en el Estado de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-jurídicas*, cit., p. 56.

569 ASÍ, GARCÍA VALDEZ, C.; *Comentario a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, ps. 150 y ss.

la personalidad del interno, y de las demasiado cortas, porque en ellas no es posible el tratamiento resocializador, y aparece en cambio, como probable, el contagio penitenciario⁵⁷⁰.

El descrédito de las penas largas de privación de libertad, importa una proclama unánime en la doctrina, tanto por sus efectos perniciosos como disocializadores, todo encierro por más de quince años -escribe JESCHECK- destruye la personalidad, y es por eso, inhumano⁵⁷¹, según los criminólogos -apunta BERISTAIN⁵⁷² recordando a RODRÍGUEZ DEVESA- la privación de la libertad durante más de 14 ó 15 años⁵⁷³ resulta nefasta.

La carencia de verdaderas relaciones interpersonales, durante tanto tiempo perturba y destroza la psicología del recluso⁵⁷⁴; en tanto, que las penas cortas de privación de libertad hace decenios que cayeron en desgracia y, paulatinamente, van siendo desterradas de los Códigos penales⁵⁷⁵; resulta sumamente perjudicial para la personalidad del penado que ha cometido un injusto de mínima gravedad, el ser confinado en un presidio en el cual va a compartir estancia con reos de alta peligrosidad, los infra-muros de la cárcel esconden una subcultura carcelaria que va destrozando poco a poco, la personalidad del reo ocasional, contaminando sus huestes y contagiándolo con prácticas caracterizadas por los reos habituales⁵⁷⁶.

570 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 831.

571 JESCHECK, H., LEHRBUCH (P.G.), cit., p. 120 y ss.

572 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 198.

573 Nuestra codificación positiva establece normativamente (art.29° del CP), que la pena privativa de libertad puede tener un máximo temporal de 35 años.

574 BERISTAIN; Cfr., ibidem.

575 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 67.

576 Así, BOLDOVA PASAMAR quien resume los argumentos de las penas cortas de privación de libertad de la siguiente manera: a) Estas penas producen un desarraigo del delincuente, al separarle de su entorno social más directo, de su familia, de su círculo de amistades y de su trabajo (si lo tenía), y estigmatizarle socialmente. b) No permiten llevar a cabo una labor eficaz en relación a la prevención especial, es decir, en cuanto a su reeducación y reinserción social. Más bien, al contrario, si el delincuente es ocasional, con una pena de prisión corta pierde el temor a la pena y queda expuesto a la influencia corruptora de los demás delincuentes habituales y profesionales, hasta el punto de que, con base en ello, se ha llegado a acuñar la expresión de que la prisión es "escuela de criminales" o de la "universidad del crimen"; a tal efecto, resultan las más nocivas para el desarrollo de la personalidad y la dignidad del sujeto. c) Desde un punto de vista económico y organizativo, a pesar de la utilidad económica que el trabajo carcelario tuvo en sus orígenes (idea que llega a auspiciar el nacimiento de las casas de corrección), en las sociedades modernas la privación de libertad es más gravosa para el Estado que otra clase de penas máxime teniendo en cuenta la endémica masificación de las cárceles españolas, que dificulta asimismo un cumplimiento de la prisión adecuado con los fines de la pena; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., ps. 94-95.

Sin embargo -relata LANDROVE DIAZ- por algún sector doctrinal se mantiene que la postura netamente abolicionista de estas penas no está totalmente justificada, ya que los males que se les achacan no provienen de las penas cortas en sí, sino de su defectuosa ejecución⁵⁷⁷, una eficiente ejecución que se encuentra condicionada a una serie de factores, que países como el nuestro son de carácter inaccesible, por lo tanto, tal como lo hemos venido sosteniendo, al momento de la determinación judicial de la pena el juzgador puede rebajar la pena a límites inferiores a la pena justa en función de la culpabilidad por razones de prevención especial que incluso puede llegar a prescindir de ella.

Según la posición reductiva del poder penal, se armoniza perfectamente el principio de oportunidad que es de aplicabilidad normativa en los injustos de escasa gravedad y de una culpabilidad reprochable de escaso contenido material del injusto, estos mecanismos despenalizadores se cohesionan con las necesidades de un Estado Social y Democrático de Derecho. En palabras de BOLDOVA PASAMAR el fundamento para reivindicar la supresión de las penas cortas de prisión puede fácilmente derivarse de un principio esencial del Derecho Penal moderno, a saber, de la consideración de la pena como *ultima ratio* en la defensa del orden social⁵⁷⁸, de acudir a los brazos portentosos del Derecho penal en forma fragmentaria, únicamente en ámbitos donde se refleja una alta «nocividad social».

El principio de humanidad marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas⁵⁷⁹, como indica MIR PUIG, la evolución de las sociedades civilizadas hacia una mayor sensibilidad permite que sanciones menos duras sean hoy suficientemente eficaces para la prevención general⁵⁸⁰, la comunidad no necesita ser intimidada a través de la ejecución de penas a costa de privación de libertad.

La cárcel -en palabras de BERISTAIN- no es la única salida, ni la principal respuesta del derecho penal. Hoy, las penas privativas de libertad están en entredicho⁵⁸¹, la criminalidad en el marco del Estado Social de Derecho no puede pretenderse combatir únicamente con el derecho penal, es decir, político-criminalmente, se urgen políticas sociales más destinadas a cerrar las brechas sociales y a crear posibilidades participativas en la generación de riquezas.

577 LANDROVE DIAZ; Cfr. Ibidem.

578 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español*, cit., p. 95.

579 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 89.

580 Citado por LUZÓN PEÑA; *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 89.

581 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 199.

Hoy se habla de un «universal fracaso histórico» de la pena privativa de libertad como tal, e incluso se ha llegado a ver en la prisión una imagen de la sociedad existente, de una sociedad espuria, que esconde la denominación bajo una apariencia de libertad, que ha sustituido el control de los cuerpos por el de las mentes y que no puede prescindir de la cárcel, que se revela como institución central desde el momento en que la comunidad entera no es sino una gran cárcel⁵⁸², la cárcel encierra un universo que contradice las bases de la sociedad humana, pues su vida se desarrolla bajo un clima de violencia, de subordinación, de flagelación de los valores fundamentales y la opresión surge como un mecanismo idóneo para mantener la disciplina como núcleo rector del sistema penitenciario.

BARBERO SANTOS ha desnudado las falencias y efectos perniciosos que encierran en su seno la pena de prisión efectiva, en su obra "Marginación Social y Derecho Represivo", en la cual ha señalado tajantemente que la prisión es terroríficamente opresora y sus muros separan al interno de la sociedad y a la sociedad del infierno⁵⁸³; los hombres que allí son reclusos viven en las sombras de la arquitectura de los edificios que rodean sus cuerpos y son excluidos de los derechos que la vida en democracia proporciona a los individuos, el penado es desterrado de la sociedad y queda anulado prácticamente de todos sus derechos civiles, políticos y sociales.

En la actualidad, son muchos los que pregonan y convergen en la idea, de que la prisión (pena privativa de libertad) como un «eufemismo», una «utopía», como un «espejismo», que pierde vigencia fáctica, frente a una realidad carcelaria que por su naturaleza esencialmente totalizante, impide toda posibilidad de propiciar el referido programa resocializador.

PAVARINI desde una posición más radical, afirma que la cárcel fue, es y será siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y que la alternativa actual está entre su muerte (abolición) y su resurrección como aparato de terror represivo⁵⁸⁴.

A nuestro entender, si bien la prisión encierra una naturaleza vindicativa; la cárcel al igual que el Derecho penal, importan medios de control social insustituibles en una sociedad imperfecta como la de los hombres; estimamos que la salida se encuentra en racionalizar su empleo, en reservar la prisión para aquellos injustos muy graves, de prescindirla en aquellos de mínimo contenido

582 M. COBO DEL ROSAL T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 832.

583 BARBERO SANTOS, Marino; *Marginación Social y Derecho Represivo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1980, ps. 121 y ss.

584 PAVARINI, M.; *Concentración y difusión de lo Penitenciario. Las Tesis de Rusche y Kirchheimer y la Nueva Estrategia del Control Social en Italia*, traducido por I. Muñagorri, CPC. N° 7, 1979, p. 121.

antijurídico, así como formular mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad.

Y cuando la pena privativa de libertad sea inevitable, debe procurarse que la prisión cuente con las condiciones necesarias, para que ésta se asemeje lo más posible a la vida en libertad; tomando como primer eslabón la voluntad del penado de someterse al tratamiento penitenciario, a partir de instituciones tendientes a ello.

«Resocialización» significa respeto por los derechos humanos, de garantizar los derechos del interno, a una estancia digna de acuerdo a los cánones de los instrumentos y convenios internacionales, de los cuales el Perú es país signatario: el derecho al trabajo, a un salario justo, a la seguridad social, a la intimidad, a la visita íntima (venustario), a la visita de los familiares, fomento de los trabajos comunitarios⁵⁸⁵.

En resumidas cuentas, se permitir en lo posible el enlace del penado con su entorno social para que no pierda su vinculación con el mundo exterior, tutela que se extiende al tiempo que el penado recobra su libertad, como -afirma BERGALLI- esta tutela no debe prestarse únicamente mientras las personas se encuentren privadas de su libertad, sino también cuando la recuperen y particularmente en esta situación por sus comprensibles circunstancias de desamparo, desarraigo, desafectación, etc., que genera el aislamiento de la cárcel⁵⁸⁶.

Asimismo hacer viable el régimen progresivo, tarea que le incumbe al Estado a través de la materialización de establecimientos adecuados para tal fin; debe fomentarse la participación interinstitucional de entidades funcionalmente encaminados, a permitir que el condenado pueda ejecutar y desarrollar tareas, labores que puedan encuadrarse, con lo que se conoce como «prestación de servicios a la comunidad»; sanciones que no suponen el desarraigo del penado, pero que lamentablemente no son empleadas por la judicatura, por falta de voluntad política y de un presupuesto que pueda cubrir sus necesidades; de no ser así, caemos indefectiblemente en el fatalismo punitivo, *en un obsoleto modo de verse las cosas, entendiendo que la criminalidad sólo puede solucionarse con más penas y con mas Derecho penal, lo que sólo encamina una respuesta penalizante, carente de toda legitimidad, defiende un sistema de punición de doble vía, donde la verdad de las cosas, muestra que sólo la prisión constituye la respuesta a la delincuencia más grave, mientras que para el otro sector del crimen (de bagatela), se hace uso de los mecanismos sustitutivos, de los subrogados penales, donde la falta de control judicial de las reglas de conductas, hacen de aquéllas declaraciones meramente simbólicas, que a la postre inciden*

585 Así, BERGALLI, R.; *Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho Social-democrático: Perspectivas Sociojurídicas*, cit., ps. 55-56.

586 BERGALLI, R.; Cfr. Ibidem.

en la aparición de la reincidencia delictiva, exteriorizando el fracaso del sistema de punición así como de la normativa que regula su aplicación, arrastrando la política criminal a un sendero sin salidas, a un oscuro túnel, donde se vislumbra en toda su extensión, la imagen de un legislador influenciado enormemente por coyunturas altisonantes, donde los sectores de la sociedad demandan un castigo más severo al crimen, sin importar que la reacción punitiva haya de atravesar el umbral que legitima su intervención en una sociedad democrática, donde el derecho y la razón, impiden la inclusión de sanciones incompatibles con el deseo de la prevención especial positiva; en tal contexto, las ideas trasnochadas son las que imperan y las que gobiernan las decisiones punitivas, apareciendo las figuras de la Reincidencia y de la Habitualidad, la proscripción de los beneficios penitenciarios así como el endurecimiento progresivo de los marcos penales; una dirección legislativa, que no tiene frenos y límites en su definición normativa; manifestando una realidad desoladora y poco esperanzadora a quienes asumimos aún la defensa de un Derecho penal democrático, una corriente poco populista, pero consecuente con el ideario filosófico contemplado en el texto ius-fundamental.

CAPÍTULO XXVII

LA PENA DE CADENA PERPETUA

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. Antecedentes Históricos de la Pena de Cadena Perpetua. 3. Naturaleza Jurídica de la Pena de Cadena Perpetua. 4. La Positivización de la Pena de Cadena Perpetua en el Derecho Penal Peruano. 5. Excurso de la Pena de Cadena Perpetua y su Fallida e Inconstitucional Derogatoria.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La pena de cadena perpetua importa una vorágine que arrastra la civilidad humana, que niega la razón humana como fundamento de las relaciones sociales, es una pena que el sistema jurídico-estatal encamina conforme a argumentos político-criminales, que con extremada dureza, intenta aplacar los sentimientos de seguridad socio-cognitivos de los comunitarios, ante la comisión de hechos de sangre, que enluta a familias inocentes, que ven asombrados, como sus familiares fueron ultimados, por razones, que ni los mismos delincuentes llegan a entender.

Implica una sanción punitiva, «indeterminada», «neutralizadora» y «absoluta» abiertamente incompatible, con los principios rectores que legitiman la intervención punitiva; una pena que contradice —en esencia—, los límites legítimos del poder punitivo.

Una sanción que manifiesta la dureza más radical de las políticas públicas, cegadas y motivadas por el «utilitarismo», el «maximalismo», el «eficientismo» y, sobre todo sobredimensionado el rol socio-comunicativo de la norma jurídico-penal, que cala de forma perfecta, ante coyunturas de conmoción social, donde el colectivo clama y reclama por un castigo ejemplificante, por la vindicta del talión; es así, que aparece un legislador atento a las voces del pueblo, muy proclive a recoger las demandas de mayor punición, sin importar, el infortunio

que ello puede constituir para el edificio de garantías, construido con tanto esfuerzo y, llevado al campo normativo con tanta pasión y solidez argumentativa

Es de verse, que una pena -de tal naturaleza-, únicamente podía encontrar legalidad (nunca legitimidad) en las teorías absolutas de la pena, tipologías que se sustentaban en la necesidad de la realización de la justicia a rajatabla; como un valor supremo que se colocaba por encima de las libertades fundamentales, una justicia, que escapa del control de la razón y de la ponderación, como acicates fundamentales de toda política criminal, según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho; una pena que niega el progreso de la humanidad y que contradice el progreso humano hacia la búsqueda de respuestas más racionales y humanistas.

Hemos mejorado -dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁵⁸⁷- nuestro dominio sobre la naturaleza, pero hay serias dudas de que hoy día seamos menos crueles, menos brutales y bárbaros que nuestros antepasados. BERTRAND RUSSELL lo expresa así: "La situación actual del mundo y el temor a una guerra atómica muestran que el progreso científico sin un progreso paralelo en lo tocante a lo moral y a la política sólo servirá para incrementar la magnitud del desastre"⁵⁸⁸.

El sistema de penas en el constitucionalismo social se rige bajo el principio de humanidad, -subraya LUZÓN PEÑA- marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas⁵⁸⁹; en tal virtud, convenimos en decir que la pena de «cadena perpetua», discurre en aguas contrarias a la humanización de las penas.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PENA DE CADENA PERPETUA

La pena de «cadena perpetua», es obra de los representantes del Iluminismo y de la Ilustración; si bien aquellos grandes pensadores rechazaban las penas corporales, las infamantes y atroces como la tortura, el suplicio y el garrote, sometiendo así el sistema sancionador a principios privativos de la dignidad humana, no es menos cierto que la necesidad de abolir la pena de muerte, supuso su sustitución por otra sanción, que no consistiese en la eliminación del individuo.

BECCARIA en crítica a la pena de muerte declara: "No es pues, la pena de muerte, derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una

587 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *Teoría de la Pena*, cit., p. 9.

588 RUSSELL; *Por qué no soy cristiano*, Madrid, 1977, ps. 82 y ss.; citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Teoría de la Pena*, cit., p. 9.

589 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 89.

guerra de la Nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habrá vencido la causa a favor de la humanidad"⁵⁹⁰.

Conforme lo anotado, aparece en el escenario punitivo, el confinamiento perpetuo, como medida de sanción, que se justificaba ante los agentes delictivos que mostrasen con su proceder conductivo, una alta intensidad de peligrosidad, al lesionar los intereses jurídicos, ubicados en la cúspide de la normativa constitucional, v.gr., la vida, la seguridad nacional y la seguridad pública; ante todos aquellos no susceptibles de readaptación o de corrección social; empero, la pena debía ajustarse también a las necesidades protectivas de la sociedad y actuar como un ejemplo intimidante ante el colectivo; se identifican por tanto, la intención de reforzar la tutela punitiva de los bienes jurídicos sistemáticos y de apelar al recurso de prevención general negativa en su extremo más recalitrante.

La historia de las penas es unánime a denunciar a BECCARIA como el impulsor ideológico de la institución de la pena de «cadena perpetua» y su integración al sistema jurídico-penal sancionador; dicha denominación como fuente ideológica a un pensador humanista como BECCARIA encierra una grave antinomia, pues por un lado denunciaba y rechazaba la pena de muerte por considerarla como una sanción infamante y nefasta para la humanidad que rompe los lazos del contrato social, y por otro, justificaba el confinamiento perpetuo, en razón de su carácter utilitario y necesario por la «razón del Estado»; siempre hemos de advertir, la superposición de los fines sistémicos-estatales por sobre los del individuo y esta es la ideología que se proclama en el mal llamado «Derecho Penal del Enemigo».

En resumidas cuentas, la pena de cadena perpetua se manifiesta como sanción punitiva, desde fines del siglo XVIII, mientras que en el «Antiguo Régimen», instituciones como la Iglesia católica utilizaban el confinamiento perpetuo, que toma lugar bajo los confines del convento, con fines expiatorios, de efectos purgatorios, dirigida especialmente a condenar a los denominados «herejes», al profesar un pensamiento o creencia incompatible con el credo del catolicismo.

Así lo confirma en su *Práctica Criminalis*, GIULIO CHIARI (1525-1575), precisando: «la pena de cárcel perpetua no es empleada por los laicos, incluso, apuntaba este autor, que se recurría a medios más expeditivos: horca, hacha, descuartizamiento, desdeñamiento, decapitación, inmersión, cocción, enrodamiento, la amputación de una mano o ambas por el delito de hurto, el corte de la lengua por blasfemia, etc., éstas eran las penas normales"⁵⁹¹.

590 CESSARE BECCARIA; *De los Delitos y de las Penas con el Comentario de Voltaire*, cit., p. 82.

591 EN: PEÑA CABRERA FREYRE, A.R./FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 355.

Mediante esta pena se buscaba conseguir el perdón por el pecado, el arrepentimiento mediante la aflicción del castigo, como si la pena tuviese por fin restablecer la moralidad vulnerada por el delito; por tales motivos, el castigo era expresión no sólo de la justicia de los hombres, sino también de la justicia divina, es decir, la imposición de la pena venía legitimada a nombre de Dios.

BECCARIA justifica la segregación perpetua en razón de su necesidad y apuntada a fines utilitaristas. Al respecto decía textualmente BECCARIA "debemos tener muy en alto el principio del aislamiento perpetuo porque es el único medio que nos permite sin matar a una persona poner orden en la sociedad"⁵⁹².

Llevado lo dicho al campo de las justificaciones, entra en consideración un fundamento hegeliano, la dialéctica de la pena en razón de su potencialidad como mecanismo restablecedor del orden social alterado por el delito; a un mal, que es el delito, se le suma el otro mal, que es la pena, como si ésta última tuviese la posibilidad de anular el hecho pretérito, concepción rebatible desde cualquier plano de orden científico.

El contexto histórico donde nace esta nueva pena, cultural y filosóficamente representa el grado máximo de ruptura con el espíritu racional y humanitario en el cual se inspiraban las bellas y humanitarias líneas "*Dei delitti e delle pene*"⁵⁹³, significa el retorno a un oscurantismo punitivo, la ruptura del contractualismo social, conforme los postulados del «maximalismo penal».

El mismo BECCARIA optaba por el confinamiento perpetuo, en vez de la pena capital, en virtud de su naturaleza brutal. "No el terrible ni pasajero espectáculo de la muerte de un condenado al último suplicio sino de un largo y ejemplarizante castigo de un hombre privado de libertad, deviniendo en bestia de servicio, recompensado con sus fatigas a la sociedad que él ha ofendido, y que es freno más terrible contra los delitos, porque frecuentemente se repite y se vuelve contra nosotros, lo mismo será reduciendo a una larga misera condición si cometería similares hechos que es más patente que la idea de muerte que los hombres ven siempre en el oscuro porvenir".

En las frases invocadas, se expresa una inequívoca orientación utilitarista de la pena de cadena perpetua, encaminada a disuadir con el ejemplo del terror penal, a todos aquellos que se atreviesen a seguir las sendas del infractor penal, se quiere inhibir el estímulo anitnormativo a todos los potenciales autores,

592 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Los Fines de la Pena y la Inconstitucionalidad de la Pena de Cadena Perpetua*. En: Revista de Derecho y Política "Directum" 4. Director: Eugenio María Ramírez, setiembre 2003, Lima-Perú, p. 64.

593 EN: PEÑA CABRERA FREYRE, A.R./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 356.

mediando el ejercicio pedagógico e intimidante del más tormentoso de los suplicios, después de la pena capital; importa una mixtura de los fundamentos filosóficos de las tesis retributivas de la pena con el aporte de los objetivos básicos de la doctrina de la prevención general negativa llevada a toda consecuencia, más allá de la culpabilidad por el hecho.

La ideología penal de BECCARIA junto con los otros representantes de la Ilustración se adscribe a una función utilitaria de la pena, como base común de todo el pensamiento penal reformador, los sufrimientos penales son precios necesarios (Montesquieu, Bentham) para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza⁵⁹⁴.

Si el fin únicamente es la seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos -afirma FERRAJOLI⁵⁹⁵- servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios, las penas más severas incluida la pena de muerte, los procedimientos más antigarantistas incluida la tortura y las medidas de policía más autoritarias e invasivas: desde un punto de vista lógico, el utilitarismo, entendido en este sentido, no es de ningún modo una garantía frente a la arbitrariedad del poder, un poder que se legitima externamente por el concepto de "utilidad", siempre va a procrear un poder penal sin límites, sin contornos definidos y sin frenos suficientes para proteger los derechos humanos fundamentales.

El terror a la muerte, puede tal vez ser atemperado por una fe fervorosa del dogma cristiano, de entregarse a una próxima vida llena de libertad y de entera felicidad, en cambio, la pena de aislamiento perpetuo importa un mal que se prolonga en el tiempo, que carcome la dignidad humana, que significa la muerte en vida de un individuo, pues despoja al condenado de todos sus derechos civiles.

Las paredes y muros que separan al condenado de la sociedad, se convierten realmente en la estructura arquitectónica que separa la civilización con la barbarie.

Es de verse, que la pena de cadena perpetua es un drama inventado por la Ilustración, pero en la actualidad es un arma político-criminal que desborda el progreso de la humanidad y que contradice el proyecto humanizador de las penas. Si reflexionamos de todo lo que ha escrito BECCARIA de la dulcificación de las penas y su crueldad y lo confrontamos con lo que escribe del aislamiento celular nos puede dejar de cavilar que esta propuesta haya nacido de la cabeza

594 FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, cit., ps. 259-260.

595 FERRAJOLI; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 261.

de tan notable jushumanista cuya retórica ha influenciado a la humanidad de todos los tiempos para mejorar el sistema penal⁵⁹⁶.

No podemos olvidar, que el nacimiento del «Derecho penal liberal», si bien significó la victoria de una teoría del derecho penal adscrito a la idea del Estado de Derecho, la Revolución Francesa como emblema representativo de la Ilustración, fue también motivada en pos de reivindicar los derechos subjetivos de la burguesía frente a la aristocracia, se formó así un Derecho penal de bases formales (principio de legalidad) mas no de amplia base material, que pudiese garantizar una aplicación igualitaria de las sanciones punitivas.

A partir de BECCARIA, esta nueva pena fue tomando cuerpo normativo con su positivización en muchas legislaciones de aquel tiempo, sobre todo, en Estados maximalistas que no dudaron en emplear el «terror penal» como un mecanismo para someter a las mayorías disidentes al *stablishment* político, qué mejor arma que la pena de aislamiento perpetuo para mantener neutralizada a una población que se negaba a ser sometido por los dictados irracionales de los gobernantes de turno.

Al respecto son importantes las reflexiones que transmite PASCUALES MANCINI (en su proyecto de Código Penal): "así en la pena de aislamiento de por vida el condenado viene segregado para siempre sin necesidad de patíbulo, ni verdugo que represente a la sociedad que él ha ofendido y que ésta se resguarda para siempre de todo nuevo peligro. La pena perpetua es intrínsecamente más apta para vigorizar la conciencia y poseer una eficacia intimidatoria que la pena de muerte".

Fueron entonces, varios los fundamentos que se proyectaron para justificar la pena de aislamiento perpetuo, como una sanción necesaria y útil para mantener y preservar el orden social

No cabe duda, que siempre el Estado es muy proclive y fecundo, por no decirlo, al momento de elucubrar posibles justificaciones, es así que convenimos en decir, que la pena de cadena perpetua continúa en la actualidad como una sanción vigente a pesar de toda la reforma humanista y progresista del Derecho penal vigente, en rigor respetuoso de sus límites que sostienen su propia legitimación.

La pena de aislamiento perpetuo, importa una sanción que se resiste a desaparecer en las legislaciones, coadyuvada por regímenes totalitarios de apariencia democrática, que siempre ante determinadas coyunturas sociales difíciles acude a esta sanción en mérito a sus efectos socio-pedagógicos.

596 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 357.

A nuestra consideración la pena de cadena perpetua significa la manifestación de una corriente irreflexiva, que no se resigna a garantizar el abanico de garantías que es desprende de un Derecho penal democrático; un Estado, que a través de sus representantes políticos más conspicuos, prefiere embriagarse en un torrente de popularidad ante sus electores, que decidir por la razón, que gobierna el dictado de las leyes penales en un orden democrático de derecho; opta por el sensacionalismo, por el populismo penal, por extender un mensaje aplacador a la sed de venganza de la población. Por consiguiente, aparece en toda su magnitud, una involución, un retroceso en el ideario filosófico del Derecho penal, que en realidad no viene asentado por una determinada postulación doctrinaria, más bien se perfila como una actuación legislativa desprovista de todo ligamen jurídico, donde alcanzar el rédito político a toda costa, ensombrece la tarea legislativa, convirtiéndola en la hacedora de las demandas más trasnochadas, sin que ello se entienda, como un debilitamiento del Estado frente al crimen, nada ello, la delincuencia debe ser combatida con toda dureza, en todas sus manifestaciones; empero, dicha prevención ha de sujetarse a los principios rectores que guían la política criminal en un Estado Constitucional de Derecho.

La pena de «cadena perpetua» propicia una hipertrofia en un Sistema Penal supuestamente preventivo y humanista, resulta a todas luces inconcebible, pretender construir un Derecho penal, que en sus presupuestos legítimos (Título Preliminar del CP) proclame como fin de la pena: la «prevención, protección y resocialización del penado», y por otro lado, realice un giro copernicano, aplicando en algunos delitos (graves) la pena de cadena perpetua.

Asistimos, por tanto, a una dialéctica y antinomia de los fines de la pena, encaminada indefectiblemente a un oscurantismo punitivo, que destruye las bases fundacionales de un Derecho penal democrático; donde la pena se encuentra sometida a los principios, de: «culpabilidad», «proporcionalidad de las penas», «humanidad de las penas» y al respeto por la «dignidad humana».

El aislamiento perpetuo se constituye en una opción neutralizadora, que hace de la prisión un encierro de por vida, una reclusión indeterminada que implica una vulneración hacia el soporte fundamental de todo el edificio normativo, contenido en el texto ius-fundamental.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA DE CADENA PERPETUA

Para analizar la naturaleza jurídica, de la pena de «cadena perpetua», resulta necesario reconducirnos a las teorías de la pena, de este modo podremos escudriñar las verdaderas raíces de esta sanción punitiva.

Es en las teorías de la pena donde encontraremos las bases filosóficas que pueden sustentar la justificación de la pena de cadena perpetua.

En primer término, nos referiremos a las teorías retributivas, aquellas concepciones doctrinarias, que fundamentan su pragmatismo en la necesidad de que la pena sirva como soporte para el mantenimiento del orden social; la utilización punitiva encaminada hacia una justicia absoluta en la Tierra.

Ya desde la visión kantiana se acuñaba una posición que desde el denominado «talión material» justificaba la imposición de penas equiparables al grado de lesión producido por el delito, por lo tanto, ha de justificar la imposición de penas inhumanas y desproporcionadas.

La imagen de una justicia meramente compensatoria, que no creemos tuviese reparos en aplicar la pena de aislamiento perpetuo.

En las teorías retributivas de antaño, todo el sistema de punición estaba orientado funcionalmente a mantener la estabilización del sistema social a través de la afirmación del Derecho por medio de la pena (variante hegeliana) o de imponer el castigo punitivo sobre toda la faz de la Tierra así se disuelva la comunidad social (KANT), posiciones filosóficas que significaban una utilización del hombre hacia fines ajenos a su propio ontologismo, es decir, a su dignidad; por lo tanto, la pena de cadena perpetua se integra perfectamente a un sistema de punición fundamentado exclusivamente en una naturaleza «retributiva».

Tal como lo aseveramos en un capítulo precedente, no resulta correcto confundir el sentido de la pena con sus fines positivamente conferidos, pues el sentido de la pena es de naturaleza retributiva, importa un mal que se impone ante aquel autor que culpablemente infringió la norma jurídico-penal.

La pena en nuestro CP, manifiesta un sentido retributivo de alcances jurídicos, sometida la pena al principio de culpabilidad y al principio de proporcionalidad, como se observa en todos los tipos penales glosados en la PE de la codificación punitiva, así se señala de forma expresa, cuando se dice que: "*el que mata a otro, será reprimido con pena privativa de libertad...*", y otra cosa muy distinta, suponen los fines de la pena que están consagrados en el artículo IX del Título Preliminar del CP y en el artículo 139° inc. 22 de la Ley Fundamental; son aquellas finalidades que la pena debe desarrollar en su proceso de concreción legal o en su ejercicio dinámico, y siendo categórica la función que la pena debe ejercer en la etapa de ejecución, en términos de *prevención especial positiva*.

No obstante lo dicho, si algunos tipos penales se reprimen de forma determinante, con la pena de cadena perpetua (artículo 189°, último párrafo), el fin resocializador de la pena colapsa con su sentido justificador, es obvio que si a un condenado se le recluye de por vida, aquél no podrá de ninguna manera rehabilitarse, menos reincorporarse al seno de la sociedad, resulta en realidad todo un despropósito; sería mejor un sinceramiento de la *lege lata*, al incluirse normativamente como fin de la pena: *la retribución ante delitos de máxima gra-*

vedad, donde se advierte un penado no susceptible de ser corregido, lo que se corresponde también con los postulados de la Defensa Social.

Hemos sido enfáticos al afirmar que el fin del Derecho penal se corresponde armoniosamente con los fines de la pena, en tanto la protección de los valores fundamentales, de bienes jurídicos que se logran a expensas de la función preventiva de la pena.

La legitimidad de la pena -como escribe DEMETRIO CRESPO- tiene dos niveles. El primero se identifica con la necesidad de la misma para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. El segundo tiene que ver con el esquema valorativo que ha de impregnar y limitar cualquier medio y/o fin que pretenda la consecución de aquella finalidad superior⁵⁹⁷.

La validez de la pena presupone la necesidad del Estado de tutelar esos intereses fundamentales que son considerados «vitales», para asegurar el mantenimiento de la intangibilidad de dichos bienes jurídicos; sin embargo, si para esta protección se utiliza al penado hacia fines exclusivamente político-criminales -por medio de la pena de cadena perpetua-, todo el sistema de punición se deslegitima, al emplearse al condenado para objetivos ajenos a su condición de persona humana.

La pena al igual que el Derecho penal, deben ser encaminados por la política criminal como *ultima ratio*, de acudir a sus derroteros sancionadores únicamente cuando el ataque social sea declarado como «intolerable» y donde las otras esferas del orden jurídico se tornan en ineficaces.

Nadie objeta que el dirigente o líder de una organización terrorista sea objeto de mayor reproche penal y, por tanto, acreedor de una pena rigurosa; sin embargo, la inhumanidad de esta pena es, a nuestro entender, una verdadera involución en el Derecho penal peruano, el mismo que merced al nuevo Código Penal intentaba sentar las bases de un derecho penal de garantías⁵⁹⁸.

La pena supone una amarga necesidad en sociedades imperfectas como la de los hombres, implica una respuesta jurídica que una sociedad democrática no puede renunciar a pesar de su naturaleza retributiva; sin embargo, es de verse que la pena en un Estado Social de Derecho debe someterse al principio de humanidad y al principio de proporcionalidad, conforme a los criterios rectores contenidos en el Título Preliminar del CP y, revistiendo al sistema punitivo de seguridad jurídica, impidiendo y proscribiendo las sanciones que resulten atentatorias de dichos principios legitimantes.

597 DEMETRIO CRESPO; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 68.

598 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 359.

La meta «rehabilitadora», importa una meta ineludible en un Estado de Derecho, a tal efecto, la pena de aislamiento perpetuo, contradice radicalmente los principios liberales democráticos de nuestros ordenamientos, ya que no es una pena asimilable a la privativa de libertad⁵⁹⁹, sino similar a las sanciones que se aplicaban en el Antiguo Régimen, donde la reclusión era una especie de aseguramiento para la posterior ejecución de la condena, donde el condenado es recluido de por vida, es por lo tanto «una muerte en vida».

Dicho lo anterior, además de inhumana, resulta incompatible con el principio de «dignidad» de la persona humana, garantizado por el artículo 1º de la Ley Fundamental de 1993⁶⁰⁰, conforme a la proclama humanista contemplada en dicho tener normativo; empero, si se quiere legitimar la pena de cadena perpetua en el orden positivo, la proclamación constitucional debe invertirse radicalmente, consagrándose que los fines del Estado son los valores supremos de la sociedad y que en tal mérito, la persona humana puede ser empleada para la consecución de fines estrictamente socio-estatales.

4. LA POSITIVIZACIÓN DE LA PENA DE CADENA PERPETUA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

La pena de cadena perpetua hasta antes de 1992 no se encontraba comprendida positivamente en nuestra codificación punitiva, tuvieron que acontecer dos hechos concretos para que esta pena sea introducida normativamente en el Sistema Penal; primero, el quiebre del orden constitucional con el autogolpe y, segundo la asonada violenta de las agrupaciones y asociaciones subversivas, que había colocado en un estado de pánico y zozobra a la sociedad peruana.

Según la descripción del estado de la cuestión, aquel gobierno no encontró mejor salida, que declarar un combate sin treguas al terrorismo; es así, que las autoridades gubernamentales, sanciona todo un complejo normativo, una serie de decretos leyes encaminados en una estrategia política criminal puramente represiva; «leyes penales especiales», que derogan la tipificación que el legislador de 1991 había sancionado para los delitos de terrorismo.

Los *injustos penales* de «Terrorismo», que se encontraban contemplados normativamente en los artículos 319º bis 324º, fueron derogados y el legislador (Ejecutivo), al tomar conciencia de la complejidad de dicha estructura criminal,

599 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentario al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 358.

600 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 363.

decidió sancionar las convenciones penales de terrorismo vía leyes penales especiales y ésta ha sido la tendencia hasta la actualidad⁶⁰¹.

Sin duda, al haberse disuelto el orden constitucional, la formulación de leyes penales debían plasmarla por medio de decretos leyes, si bien era una técnica legal (permisible a efectos de la Constitución Política de 1993), no se corresponde con las bases de una verdadera democracia representativa, donde el Poder Legislativo asume el poder penalizador, en tanto la potestad punitiva sólo puede residir en la majestad del Congreso, como delegación del pueblo⁶⁰².

El DL N° 25475 del 06 de mayo de 1992, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, establece en el artículo 3º, inc. a) la pena de «cadena perpetua», de la siguiente forma: *“Si el agente pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista sea en la calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización. Si el agente es integrante de grupos armados, bandas, peloto-*

601 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl/ FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Terminación Anticipada del Proceso: Principio de Oportunidad, Colaboración Eficaz y Arrepentimiento*. Jurista Editores, Lima-Perú, octubre del 2003, cit., p. 416.

602 La Acción de Inconstitucionalidad que se interpuso en contra de los Decretos Leyes que regulaban y sancionaban -material y procesalmente los delitos de terrorismo-, (Exp. N° 010-2002- AI/TC), sustentaba su petición de inconstitucionalidad en el origen de este cuerpo de leyes, pues aducen en su demanda “Que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece: y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú”; al respecto el Tribunal Constitucional en su Fundamento V de su resolución de fecha 03/01/2003, num. 23 “...”, ya se ha precisado que mediante la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 se declaró que los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de facto mantenían plena vigencia en tanto no fueran derogados, modificados o revisados, por lo que no puede efectuarse un control formal de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1979. Además, al plantearse la demanda de inconstitucionalidad contra dichos Decretos Leyes, ya no se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, sino la de 1993; por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que sustituido el canon o parámetro de control, cualquier control sobre la legislación preconstitucional debe resolverse conforme, las disposiciones sustantivas previstas por la nueva Constitución, esto es por la Carta de 1993”. La Constitución de 1993 fue un intento del Gobierno de aquel entonces de legitimarse -tanto interna como externamente-, internamente vía el Referéndum realizado en el año 1993, así como a los ojos de la comunidad internacional que efectuó una presión política muy intensa en aquella época; mal que bien, ese Gobierno se justificó mediante un orden legal que tal vez no era en puridad legítimo, por lo tanto, quedaban vigentes estos decretos leyes, que contrario sensu, al haber prosperado su derogación -que muchas tiendas políticas así lo demandaban-, se restituía la vigencia de la Constitución de 1979, de lo cual habría resultado una serie de consecuencias negativas, en tanto el cúmulo de actos jurídicos consagrados con la Carta Política de 1993, donde la inconstitucionalidad de estos decretos leyes era la punta de un iceberg que hubiese podido derrumbar todo el edificio legal vigente.

nes, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado”.

Resulta importante destacar, el hecho de que la pena de cadena perpetua se incorpore en nuestra codificación punitiva, -vía una Ley Especial-, no significaba en definitiva, que sus elementos definidores (de tipificación) y de sanción (pena), pudiesen alejarse de las garantías establecidas normativamente en el texto punitivo, más allá de los defectos de técnica legislativa que aquéllas evidenciaban, de forma contundente.

Posteriormente, mediante la dación del DL N° 25659 del 13 de agosto de 1992 se formula el delito de «Traición a la Patria», que sancionaba con pena de cadena perpetua según lo previsto por el artículo 3°, en lo referente a esta incomprensible figura delictiva; y según el artículo 2° de la misma normativa se incurre en el delito de «traición a la Patria» cuando se dice a la letra que: a) El que pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente. b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas. c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior.

La artificiosa elaboración de este delito denominado equívocamente «traición a la Patria»⁶⁰³, en realidad significaba un subtipo agravado del delito de

603 La formulación sancionadora de ambos decretos leyes, propició que la reforma constitucional de la Carta de 1993, extendiera peligrosamente los ámbitos de competencia de los fueros judiciales castrenses a los casos de los delitos de traición a la Patria y de terrorismo que la ley determina, consagrada esta estipulación en el artículo 173°: esta disposición constitucional que pretendió legitimar la instrucción y juzgamientos de civiles ante el Fuero Castrense significó la vulneración de los principios informadores del Debido Proceso, aquellos definidos por el Juez Natural (predeterminado por ley) así como la jurisdicción originaria; resulta inconcebible que civiles sean juzgados por militares en virtud de la comisión de delitos comunes, nadie duda que los agentes terroristas deban ser sancionados con el máximo rigor de la ley, pero en esta justificación no se pueden establecer diferencias que significarían quebrantar el principio de igualdad constitucional; la idea del debido proceso como norma fundamental es una garantía para todos los justiciables, el Fuero Militar debe ser reservado para aquellas ilicitudes que se cometen en el campo militar y policial, en los cuales declarados autores únicamente lo puede ser el intraneu, aquel que en ejercicio de la función castrense comete un acto u omisión tipificado en el Código de Justicia Militar. El procesamiento y juzgamiento de civiles por fueros militares eran nulos ipso jure, y así lo consideró el Tribunal Constitucional en su sentencia del 03/01/2003 (Exp. N° 010-2002-AI/TC) y mediante el Decreto Legislativo N° 922-2003 se regula

terrorismo contemplado en el DL N° 25475⁶⁰⁴, que según los medios empleados, la forma de ejecución, así como la calidad o *status* funcional del agente delictivo, manifestaba una alta dosis de violencia que implicaba un mayor contenido del injusto, así como un juicio intenso de imputación individual (*culpabilidad*), que en definitiva merecía una respuesta sancionadora más severa, que creemos nosotros era suficiente con una pena máxima de 35 años.

La huida hacia esta pena indeterminada, se fundamentó en la necesidad de propiciar marcos de percepción de *seguridad cognitiva* a los miembros de la sociedad peruana, de contra-motivar los estímulos delictivos a estos autores, es decir, en el marco de una drástica política criminal y bajo el tamiz de la doctrina de la «Seguridad Nacional».

El tipo penal definido como «traición a la Patria»⁶⁰⁵, vía la sanción del DL Ley N° 25659, fue declarado como «inconstitucional» por el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, en la decisión recaída en la sentencia del 03/01/2003 (Exp. N° 010-2002-AI/TC); en mérito a su incoherente definición típica, conforme al criterio sistematizador del bien jurídico tutelado.

El delito de traición a la Patria tiene un trasfondo político y dicha orientación de política criminal se encuentra recogida en el art. 325° del CP que tipifica el delito de «traición a la Patria», donde el bien jurídico tutelado es la «Seguridad Nacional» ante la develación de secretos por parte de agentes nacionales, teniendo por finalidad la puesta en peligro de la seguridad de la Nación ante una posible dominación por parte de una Nación extranjera⁶⁰⁶.

Consecuentemente, los bienes jurídicos en tutela inspiran fines disímiles, el primero (terrorismo), si bien sus autores son inspirados por motivos políticos e ideológicos, la finalidad trascendente que ellos imprimen en su accionar delictivo, es crear zozobra y pánico en la población y finalmente derrocar al Gobier-

la nulidad de los procesos por el delito de traición a la Patria y además establece sobre el Proceso Penal aplicable, que la nulidad se extiende a los casos de acusados ausentes y contumaces por los hechos materia de acusación fiscal (artículo 3°, in fine).

604 Mediante la Ley N° 26447 del 21/04/1995, a partir del 15/10/1996, se fija fecha a partir de la cual los procesos por delitos de Terrorismo, previstos en el DL N° 25475, serán dirigidos por los magistrados correspondientes, conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes.

605 Al respecto PEÑA CABRERA expresó su disidencia a esta denominación de la siguiente manera "estamos ante una figura nueva -hecho sin precedentes en nuestra legislación- que lo vamos a bautizar como delito de "traición a la Patria, terrorista". En: Delito de Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista, delito de terrorismo, julio de 1994.

606 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Terminación Anticipada del Proceso: Principio de Oportunidad, Colaboración Eficaz y Arrepentimiento*, cit., p. 429.

no constitucionalmente elegido, para instaurar un nuevo Gobierno, constituyen acciones terroristas que pueden ser cometidas por cualquier persona, incluso por un extranjero^{607 608}.

La vigencia de ambos delitos (terrorismo y traición a la Patria) producía una confusión interpretativa a los operadores de justicia, que no podían claramente establecer límites de tipificación penal entre ambos injustos penales, propiciando un espacio fecundo de inseguridad jurídica; un Derecho penal en el marco del Estado de Derecho, demanda la elaboración de tipos penales precisos, exactos en sus definiciones típicas, de preferencia cerrados en su configuración que impidan la aplicabilidad de analogía *in malam partem*, con arreglo al principio de *lex stricta*

Continuando con la tendencia política criminal descrita, el Poder Ejecutivo -vía decreto legislativo-, sanciona normativamente en el año de 1998, los denominados «Delitos Agravados» (Decreto Legislativo N° 896) y el «Terrorismo Agravado» (Decreto Legislativo N° 895)⁶⁰⁹, en aquella coyuntura histórico-social, similarmente a lo acontecido en la actualidad, la sociedad peruana se vio conmocionada por la estridente violencia de la delincuencia común, manifestada en robos, secuestros y extorsiones, ejecutadas por bandas u organizaciones delictivas compuestas por avezados delincuentes que no dudaron en lesionar los bienes jurídicos más preciados del ser humano.

Ante coyunturas de particular percepción social, los órganos representantes de los poderes estatales, reaccionan normativamente, donde el legislador es tentado de hacer uso de su poder penalizador, conforme la herramienta sancionadora de la ley, procediendo a legislar, según una perspectiva de rigor punitivo, apelando a los efectos disuasivos de la represión penal, que toma lugar a través del endurecimiento de los marcos penales atribuidos a los injustos que perpetran estos peligrosos delincuentes

El Decreto Legislativo N° 896, sanciona con pena de cadena perpetua algunas figuras delictivas comprendidas éstas en la Parte Especial del CP, particularmente en injustos penales pertenecientes al «Derecho penal nuclear», en cuanto a la tutela bienes jurídicos personalísimos⁶¹⁰, entre aquéllos:

607 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R./ FRISANCHO APARICIO, M.; Cfr. Ibidem.

608 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., ps. 600-606.

609 Los delitos agravados fueron parte de todo un paquete legislativo de una legislación til-dada de «emergencia», de conformidad con las facultades para legislar en materia de seguridad nacional, que el Congreso de la República de aquel entonces otorgó al Poder Ejecutivo mediante la sanción de la Ley N° 26950.

610 Es una práctica político-criminal constante, que siempre los delitos convencionales sean manipulados por el legislador, por conducto de modificaciones, extensiones descriptivas

-el secuestro (artículo 151°), delitos contra la intangibilidad sexual, seguidos de muerte (artículos 173°, 173°-A), robo agravado seguido de muerte (artículo 189°-A) y el tipo penal de extorsión, también seguido de muerte (artículo 200°); advirtiendo la sanción mas dura del sistema de punición, en las figuras preterintencionales.

Por su parte, la figura delictiva de «terrorismo agravado» (Decreto Legislativo N° 895) tipificaba este delito en su artículo 1°, de la siguiente manera: *“El que integra o es cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal que porta o utiliza armas de guerra, granadas y/o explosivos, para perpetrar un robo, secuestro, extorsión u otro delito contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública, comete el delito de Terrorismo Agravado, aunque para la comisión del delito actúe en forma individual”*⁶¹¹; y, en su artículo 2°, dispone normativamente que se aplicará la pena de cadena perpetua en los siguientes supuestos: 1.-A los cabecillas o jefes de bandas, asociación o agrupación criminal o al autor intelectual o material. 2.-A los que causaren la muerte de la persona o le hubiera inferido lesiones graves a su salud física o mental. 3.-A los que deliberadamente proporcionen, faciliten, alquilen o vendan armas, municiones y granadas de guerra o explosivos para su empleo en la comisión del delito. 4.-A los que para perpetrar el hecho punible utilicen uniformes, prendas, insignias o documentos de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú o de Servicios de Seguridad. 5.-A los que pertenecen a las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, en cualquier situación: Actividad, disponibilidad o retiro; o a otra organización dotada de armas al servicio del Estado. 6.-A los cómplices o coautores del delito o que proporcionen información sobre personas y patrimonios, edificios públicos, privados y cualquier otro, que conduzcan a la elaboración de los planes delictivos o permitan

y en mayor medida lo referente a los marcos penales. Esta política penal no se corresponde con una sociedad moderna que afecta a una serie de disfunciones sociales producto de los nuevos riesgos ínsitos al avance de la ciencia y de la tecnología, la informática, la energía nuclear, etc.; importan nuevas fuentes generadoras de peligro que ostentan la suficiente aptitud lesiva para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos personales, como la vida, el cuerpo y la salud, un ejemplo paradigmático, son los delitos ecológicos que en su configuración típica pueden producir graves estragos a la flora, fauna y al equilibrio ecológico, al aire que respiramos y que sirve de mantenimiento atmosférico a la humanidad: la represión de estos delitos (y otros socioeconómicos) son llevados a una atenuación de la reacción del Derecho penal a diferencia de los delitos convencionales; Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; Derecho Penal Económico. Jurista Editores, Lima, 2009.

611 A partir de un análisis de sus elementos constitutivos de composición típica, se evidencia que la acción u omisión criminal se dirige a vulnerar bienes jurídicos personales y estadales, que denotan una energía criminal que no trasciende la obtención de fines más allá de los alcanzados, a diferencia del delito de terrorismo, su similitud radica en el medio empleado y las formas de ejecución, que no fundamentan una denominación de “terrorismo agravado, en base a una coherente sistemática política criminal”.

concretar las actividades de los integrantes de las bandas, asociaciones o agrupaciones criminales para la comisión del delito.

La quinta disposición final del pretérito decreto legislativo⁶¹², disponía la modificación del artículo 29° del CP, estableciendo que: *“La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años”*; conforme a dicha previsión legal, es que se introduce en nuestro cuerpo legislativo, la pena de «confinamiento perpetuo», desnaturalizando los contornos temporales de la pena privativa de libertad, al tomar lugar una pena sin contornos de culminación definidos temporalmente,

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su sentencia del 17/11/2001 (Exp. N° 005-2001-AI/TC), declara Fundada en Parte la «Acción de Inconstitucionalidad», interpuesta contra los artículos de los Decretos Legislativos Nos. 895⁶¹³, 896 y la Ley N° 27235.

En consecuencia, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena⁶¹⁴; pero, apunta el Tribunal “esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 895”.

A nuestro entender, una análisis jurídico-penal, sobre una temática tan sensible y compleja a la vez, implicaba un examen más rigurosos, tomando en cuenta los intereses jurídicos en juego, entre éstos, las libertades fundamentales de los individuos, al consistir la pena de cadena perpetua en una sanción de por vida, el confinamiento perpetuo de un individuo en un presidio, es decir, de castigarlo a una reclusión indefinida, vaciando de contenido material los fines preventivo-especiales de la pena.

La recomposición de las fuerzas partidarias en el seno del Congreso de la República a fines del ario 2000, propició una tendencia legislativa, encaminada a democratizar la legislación punitiva, en este caso, mediante la dación de la Ley N° 27472 del 06/06/2001, se derogan los decretos legislativos Nos. 896 y 897, restituyéndose los marcos penales anteriormente previstos a la entrada en vigencia de los denunciados decretos legislativos; empero, a su vez, tomó lugar toda una corriente de opinión que puso en tela de juicio la anulación de la pena de cadena perpetua, varios sectores de la sociedad civil y representantes de

612 Expedido con arreglo a la Ley N° 26950 -Ley que otorga al Poder Ejecutivo, facultades especiales para legislar en materia de Seguridad Nacional-.

613 La Ley N° 27569 del 02/12/01, establece una nueva Instrucción y Juzgamiento para quienes fueron procesados y sentenciados con arreglo a los Decretos Legislativos Nos. 895 y 897, los cuales deberían pasar a la substanciación de un proceso en el Fuero Común.

614 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Los Fines de la Pena y la Inconstitucionalidad de la Pena de Cadena Perpetua*. cit.. p. 65.

partidos de izquierda, se opusieron a retomar los marcos penales primigenios, ejerciendo una influencia decisiva en el Poder Legislativo. Es en tal mérito, que el Congreso dicta la Ley N° 27507 del 13/07/2001, recobrando la legislación penal su tendencia «punitivista», en cuanto a la reincorporación de la pena de cadena perpetua en el ámbitos de los delitos convencionales.

Así -como apunta SILVA SÁNCHEZ-, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad, demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad⁶¹⁵.

La vigencia normativa de la pena de exclusión perpetua, significa una contradicción entre un «Derecho penal mínimo» y una opción político criminal «maximalista»; la ambivalencia de los dictados de un Estado Constitucional de Derecho con la manifestación solada de un Estado Dictatorial, comportan dos polos opuestos que se contradicen en su estructura y formulación, dando paso al «Derecho Penal del Enemigo».

5. EXCURSO DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU FALLIDA E INCONSTITUCIONAL DEROGATORIA

Nuestra Nación fue duramente azotada por una violencia terrorista sin límites, que puso en jaque nuestro sistema democrático; nuestra sociedad fue llevada a una violencia desbordante, generando una inseguridad permanente, a través de los atentados subversivos que tomaron lugar en varios puntos del país; asonadas terroristas, que no dudaron en cegar la vida de muchos inocentes peruanos, que sin ser adversarios de estos inclementes ciudadanos, se vieron envueltos en una lucha sin cuartel, donde los bienes jurídicos más preciados de los individuos y de la comunidad, fueron afectados de forma sistemática, un duro golpe a todos los peruanos, generando heridas muy profundas, muy difíciles de cicatrizar.

Según la situación descrita, los Estados totalitarios expanden las redes de represión criminal, reformulan el programa político-criminal y lo orientan hacia una represión indiscriminada, mediando la dureza de la respuesta punitiva, llevado al *eficientismo*, a una lucha sin cuarteles, donde todo vale, a fin de defender la denominada doctrina de la «Seguridad Nacional», en cuanto a la definición de un bien jurídico de orden sistémico, encaminado a prevalecer ante los bienes jurídicos individuales.

615 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999- 1era. edición, p. 30.

Es de verse, que la vigencia de los cuestionados decretos leyes antiterroristas, fue objeto de una demanda de Inconstitucionalidad por parte de un grupo de ciudadanos, bajo el amparo del derecho constitucional consagrado en el artículo 203º de la Ley Fundamental, teniendo como petitorio, la declaratoria de «Inconstitucionalidad», de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139º, inciso 22 de la Constitución Política del Estado.

La función de la pena según nuestro derecho positivo cumple una función «protectora, preventiva y resocializadora» (artículo IX del Título Preliminar del Código Penal) y el principio constitucional, de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; programa político criminal de la pena, sujeta a su propia dinámica, conforme a su proceso de concreción en el orden jurídico y en los sujetos involucrados, en este diálogo que se tiende entre los poderes del Estado y los ciudadanos.

En capítulos precedentes, hemos enfatizado que el sentido o naturaleza de la pena es de contenido retributivo y que la sanción debe graduarse conforme a la culpabilidad jurídica del auto; empero, según consideraciones de prevención general y sobre todo de prevención especial, dicha pena justa, puede ser reducida a márgenes inferiores de atenuación punitiva; en otras palabras dicho: *-la pena es un mal necesario, que el Estado y la sociedad han de ser uso, para tutelar los valores fundamentales, mas ha de ponderarse dicha necesidad, con arreglo a ciertos criterios preventivos, que llevados al norte de la prevención especial positiva, inciden en planos reductores de la violencia penal, en algunos casos atenuando la sanción punitiva, en otros prescindiendo de una pena, cuando las características personales del condenado y el contenido material del injusto penal perpetrado así lo aconsejen.*

La pena de cadena perpetua es de naturaleza intemporal, no cuenta con un plazo fijo de culminación, de manera que impide que el penado pueda reinsertarse a la sociedad; valgan verdades, la pena de aislamiento perpetuo importa una forma solapada de eliminar a un miembro de la sociedad, sin necesidad de acudir a su eliminación física (pena de muerte), los muros que separan al penado de la sociedad sirven de custodio, de segregación y de marginación perpetua.

Dicho lo anterior, convenimos que a pena de «aislamiento perpetuo», vulnera el principio de dignidad humana, donde condenado es utilizado para fines ajenos a su propia consideración ontológica; la dignidad de la persona humana no puede ser asumida o concebida como medio sino como un fin, como una plataforma de amplia base material, que ha de ser respetada en rigor, por toda la normativa que sanciona el Parlamento en su proceder legislativo.

El mismo TC, reconoce el principio de dignidad, afirmando en el considerando (187), que: *"En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídico-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación"*.

Las bases programáticas del «constitucionalismo social», exige que en las relaciones Estado-ciudadano, el primero respete la libertad individual como base fundamental de dicho orden de valores, esa libertad fundamental es el presupuesto indispensable para su autorrealización personal y para poder participar activamente en los diversos procesos socio-económicos-culturales que toman lugar en la vida cotidiana de la Nación.

Desde hace ya más de dos siglos se postularon las bases ideológicas de un Derecho penal liberal, de ofrecer un mayor abanico de garantías al ciudadano frente a un poder penal estatal omnímodo; luego de la II Guerra Mundial, se abrió un pórtico fecundo para la aparición de doctrinas, de filosofías, de nuevas concepciones ideológicas, una renovación de la visión de las cosas, dando lugar a una cultura inspirada y sostenida bajo el respeto y defensa de los derechos humanos

Simultáneamente, los criminólogos se reunían periódicamente en Congresos Internacionales, siendo pragmáticos al momento de analizar la realidad carcelaria, no dudaron en proclamar a la prisión como «factor criminógeno».

Los fundamentos positivistas fueron perdiendo vigencia fáctica en la *facticidad*, lo cual condujo a nuevas reformas en las codificaciones penales contemporáneas, abandonándose la idea de que la pena de prisión era la más efectiva para lograr la *rehabilitación del penado*, produciéndose una verdadera reforma del sistema de punición, sancionándose penas alternativas y sustitutivas a la pena privativa de libertad, de naturaleza menos aflictiva; esta fue también la orientación de política criminal, que adoptó el legislador en el CP de 1991, que en definitiva significó enrumbar el Derecho penal hacia un norte más preventivo que represivo.

El Derecho penal debe actuar antes de la producción del conflicto social y cuando lo hace después, debe conducirse racionalmente en sujeción a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*; la proliferación de nuevos riesgos traídos a más por la sociedad post-industrial, colocan en un estado de inconsistencia auto-comprensiva a un derecho penal mínimo.

En otras palabras, se considera que el Derecho penal -así concebido (de naturaleza garantista)-, no está en posibilidad óptimas, de enfrentar eficazmente a esta compleja criminalidad; acudiéndose de esta forma, a formas de abstracción normativa, encaminadas a relativizar todo el complejo de garantías fundamentales, sin considerar las consecuencias que ello conlleva para el sistema en su conjunto, aparejado ello, a la vulneración de los principios rectores que se compaginan en el texto fundamental; apareciendo en escena corrientes ideológicas, impregnadas de un discurso maximalista, que cala perfectamente en coyunturas de violencia criminal, es así que tenemos ahora el denominado «Derecho Penal del Enemigo»⁶¹⁶, cuya particularidad constructiva, es de definir una separación del abanico de garantías del Derecho penal y del Derecho procesal penal, de los «amigos» y de los «enemigos», generando enemistades con el ordenamiento jurídico, ante ciertos agentes delictivos, que atentan contra los bienes jurídicos sistémico-estatales, en franca lesión al principio de igualdad constitucional.

Los llamados «enemigos» son personas que han abandonado el derecho y con ello el *status* de ciudadano, grupos sociales dedicados a actividades inequívocamente delictivas, si estos son enemigos de la sociedad, sus actividades ilícitas ya no tienen porqué ser sujetas a las reglas que emanan del Estado de Derecho.

Lo dicho supone excluir a un grupo de ciudadanos de la esfera constitucional y de las garantías de un derecho penal democrático, de someterlos a un Derecho penal más represivo, despojándolos de todas las garantías que se construyeron a partir del nacimiento del Estado Liberal de Derecho.

Los delitos que se cometen en el seno de una grave criminalidad importan una mayor agravación y revelan una mayor dosis de peligrosidad del agente delictivo, entonces, su fundamento de agravación no tiene por qué salir del cauce normal del Derecho penal; como apunta SILVA SÁNCHEZ, el principio de proporcionalidad será el criterio que permita deslindar las regulaciones jurídicas del Derecho penal "de la normalidad" de las que salen del mismo y entran en el Derecho penal del enemigo⁶¹⁷.

En realidad -como apunta GRACIA MARTÍN- este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva,

616 SILVA SÁNCHEZ; *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, cit., p. 166.

617 SILVA SÁNCHEZ; *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, cit., p. 166.

de la prevención general y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social⁶¹⁸.

Al tratarse a ciertos autores, como «enemigos», se pretende legitimar un sistema de punición, tendenciamamente encaminado a proteger a los miembros de la sociedad, a garantizar el orden público, procediéndose a la inocuización, a la exclusión definitiva de la comunidad, a todos estos agentes, que se han apartado de forma definitiva de los valores privativos del ordenamiento jurídico, mediando la aplicación de la pena de confinamiento perpetuo.

Tanto de la prevención general positiva que pretende la cohesión del sistema político-social, mediante la confirmación de la validez fáctica de las normas así como la fidelidad honestos de los ciudadanos hacia el derecho, la pena de cadena perpetua supone un retorno al sustento ideológico de VON LISZT en su famoso Programa de Maarburgo, donde la «inocuización» importa la medida más adecuada para aquellos delincuentes peligrosos no susceptibles de rehabilitarse; postulados que encuentran vigencia en rigor, con la inclusión de las figuras de la «Reincidencia» y de la «Habitualidad», conforme a la sanción de la Ley N° 28726 del año 2006; convenimos, entonces, que la política criminal de los últimos tiempos, manifiesta en todo su esplendor, una vuelta a doctrinas que se consideraban superadas por las concepciones teórico-conceptuales que se acuñaron hace más de cinco décadas.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA-, alega que para los habituales y profesionales plurirreincidentes, la idea ambiciosa pero equívoca de prevención especial sólo puede esgrimir su faz negra y vergonzante (en definitiva, metas inocuizadoras y segregadoras abiertamente antagónicas y opuestas a cualquier programa resocializador de integración o reinserción social)⁶¹⁹.

En otras palabras dicho, *la pena de confinamiento perpetuo resulta a todas luces incompatible, con el haz de proposiciones finalistas, que el legislador asignó a la pena, tanto en el texto ius-fundamental como en la codificación punitiva.*

Según nuestra concepción del estado de la discusión, la respuesta punitiva, como reacción jurídico-estatal legitimada, frente a la comisión del injusto penal, ha de sujetarse a filtros de selectividad, a una guía de racionalización, dependiendo de la gravedad del delito cometido, de la preponderancia del bien jurídico atacado, de la energía criminal identificada en el autor, por lo que ante crímenes graves, cabe la aplicación de la pena privativa de libertad, mas su duración debe estar sujeta a límites, conforme a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, en concordancia con los fines preventivos de la pena.

618 GRACIA MARTÍN; *Prolegómenos para la lucha por la Modernización...*, cit., p. 125.

619 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 157.

Sobre las consecuencias perniciosas de la prisión, el profesor PEÑA CABRERA, señala lo siguiente: "Después de soportar las etapas del proceso, el condenado está obligado a la convivencia forzada de la prisión, grávida en sus efectos nocivos para su personalidad y, por tanto, incapaz de conseguir la enmienda o reeducación que la ley teóricamente conceptúa como finalidad de la pena"⁶²⁰.

Por lo expuesto, advertimos que el TC, no emprendió un examen lo suficientemente riguroso y profundo, a fin de resolver por la inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua⁶²¹, tal vez por la gran presión ejercida por la opinión pública, así como por la pervivencia de efectos disuasivos de alta intensidad, en cuanto a los efectos de la *prevención general negativa*.

Dicho lo anterior, la resolución del Tribunal se encaminó a dotar a la pena de cadena perpetua, de un plazo de culminación, de revestir a esta pena, de una naturaleza temporal, tal como el mismo Tribunal lo expone de la siguiente manera: "*Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo tal libertad tiene un límite temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad*"⁶²²; siendo así, para el TC bastaba que el legislador fijase un plazo de culminación, amén de garantizar los fines preventivo especiales de la pena.

El TC no sólo es el ente encargado de velar por la constitucionalidad normativa, sino funge de celoso guardián de los derechos y libertades fundamentales, pues toda interpretación que este tribunal realice debe hacerse de conformidad con la doctrina de los derechos fundamentales, en la dogmática constitucional; -así lo sostiene BACIGALUPO-, al apuntar que se ha tomado como punto de partida la teoría liberal de los derechos fundamentales, con algunas excepciones fundadas en la concepción de estos derechos fundamentales

620 PEÑA CABRERA, Raúl; *Influencia del Ambiente Carcelario en la Personalidad del Delincuente*. Lima-Perú, 1965, p. 3.

621 Así, en palabras del Tribunal Constitucional "...el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo culminatorio".

622 Así finalmente, en su considerando (205), el Tribunal Constitucional resuelve: "No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de las figuras típicas reguladas por los artículos 2°, 3° literales "b" y "c", 4° y 5° del Decreto Ley N° 25475".

como un orden de valores y en la función de los Derechos fundamentales en el Estado social⁶²³.

Un Congreso abrumado por las exigencias constitucionales y un Poder Ejecutivo ávido a legislar en razón de las demandas de los organismos internacionales, definieron un contexto apropiado para que el legislador confiriese nuevamente poderes legislativos especiales al Poder Ejecutivo para legislar en materia de terrorismo⁶²⁴; vía la conformación de una Comisión «Multisectorial» se cumplió con dicho mandato, procediéndose vía la sanción del Decreto Legislativo N° 921 del 18 de enero del 2003, a la fijación normativa del Régimen Jurídico de la pena de cadena perpetua, incorporándose el artículo 59-A al CEP (Capítulo V: «Revisión de la Pena de Cadena Perpetua»), habiéndose dispuesto en su artículo 1°, *la posibilidad de que la pena de cadena perpetua sea revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad*.

Según lo anotado, luego de una prolongada y perniciosa estancia en prisión por espacio de 35 años, el penado está en la posibilidad de solicitar su excarcelación, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en la normativa en cuestión, que se refieren a que si éste está en condiciones de poder readaptarse en la sociedad vía una evaluación psicológica y sociológica por el Consejo Técnico Penitenciario; lo cual resulta a todas luces un real despropósito, primero, porque la prisión en muy pocas ocasiones viabiliza la rehabilitación del penado, al carecer de las características indispensables para ello y, segundo, en algunos casos, el paso del tiempo, antes de los 35 años, ya habrá fallecido el penado, por lo que importaría una regulación comprendida en el que conocemos como el «Derecho Penal Simbólico».

En palabras de CARPIO MARCOS, cuando el Estado democrático hace uso de la cadena perpetua, ella viene precedida de un régimen jurídico según el cual el carácter intemporal de la pena es, en realidad, sólo de valor nominal⁶²⁵.

Parafraseando a PEÑA CABRERA- la cadena perpetua contradice y desborda los límites del ejercicio legítimo del poder punitivo por parte del Estado, construido sobre los principios de humanidad de las penas, dignidad de la persona humana, proporcionalidad e individualización de las mismas; renuncia a los fines de resocialización, convirtiendo a la pena en una mera retribución o venganza.

623 BACIGALUPO, Enrique; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2002, p. 253.

624 El Congreso de la República por el artículo 1° de la Ley N° 27913 delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia antiterrorista, mediante Decretos Legislativos que reemplacen la legislación correspondiente a fin de concordarla con la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AI/TC).

625 CARPIO MARCOS, E.; *Cadena Perpetua y Constitución*. En: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 23, diciembre del 2002, ps. 11 y ss.

La formulación de una política criminal orientada al utilitarismo, siempre va a refugiar en su estrategia, medidas sancionadoras como la pena de cadena perpetua, conforme la imagen de un Estado maximalista, que contradice en toda su esencia los principios rectores de un Derecho penal democrático.

Conforme lo anotado, convenimos en señalar, que estamos frente a un proceso de involución, de degradación de las garantías fundamentales del sistema penal, según los valores del Estado Constitucional de Derecho; se marca el retorno imparable de la ideología punitiva propugnada por el saber jurídico-penal, propio de raíces autoritarias, poco democrática, que veían en el *ius puniendi estatal*, el instrumento perfecto, para neutralizar a individuos, por la comisión de graves crímenes; no nos oponemos a la aplicación de sanciones duras contra agentes de tal naturaleza, empero, cuestión distinta es reorientar la política criminal al infortunio, a la resignación, donde el vuelco de las ideas nos sumerge en fenómenos, cuyo único patrón denominador es la dureza de la respuesta punitiva; el enfrentamiento de dos sistemas, que en definitiva, no pueden conciliarse.

CAPÍTULO XXVIII

LA PENA DE MUERTE

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. Antecedentes Históricos de la Pena de Muerte. 3. La Pena de Muerte en las Constituciones del Perú: 3.1. *La Pena de Muerte en la Constitución de 1979*. 3.2. *La Pena de Muerte en la Constitución de 1993*. 4. Argumentos a Favor y en Contra de la Pena de Muerte. 4.1. *Argumentos Retencionistas*. 4.2. *Argumentos Abolicionistas (toma de posición)*. 5. La pena de muerte y su relación con las teorías de la pena. 6. Recapitulación.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La pena capital importa la eliminación física de un condenado por parte de un Estado que utiliza despiadadamente su maquinaria represiva, supone una sanción por tanto de efectos irreversibles, una vez ejecutada, ya no hay vuelta atrás.

La pena de muerte, al constituir la privación de un bien jurídico de la vida, el más elemental y precioso de los derechos, es la sanción más grave de todos los catálogos punitivos en que tiene cabida⁶²⁶.

La pena capital se constituye *per se* en una sanción corporal⁶²⁷; en una sanción anulatoria del sujeto, que deliberadamente lo excluye del sistema social en razón de salvaguardar fines ajenos a su existencia; por consiguiente, esta sanción implica un castigo físico que se impone al penado, que lo elimina de la faz de la Tierra como una mera reacción vindicativa, vacía de contenido material, conforme los intereses jurídicos que el Estado y la sociedad se obligan a tutelar, carente de toda legitimación en una sociedad civilizada, donde la huma-

626 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 31.

627 ASÍ, GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 66.

nización del castigo es una filosofía que se engarza con el contenido axiológico de todo el ordenamiento jurídico.

En antiguo la pena de muerte consistía en el castigo corporal deliberado al cual se sometía al penado, como un largo trayecto de sufrimiento, donde la muerte era la etapa final de dicho proceso.

La pena de muerte es visto como uno de los temas más espinosos de la doctrina jurídico-penal, una problemática que se remonta a los orígenes del poder político y que define una relación de Estado-ciudadano; sin embargo, es un tópico que trasciende la misma esfera del Derecho penal, en tanto su afirmación o negación presupone imbricarnos en fundamentos que trascienden el ámbito de la juridicidad, para penetrar en esuelas religiosas, culturales y filosóficas.

La pena de muerte -como escribe Antonio BERISTAIN- es un tema radical: la postura que se toma ante él influirá, consciente o inconscientemente, en la postura ante otros problemas importantes como la violencia, el terrorismo, el divorcio, etc. (...) ⁶²⁸; la pena de muerte importa un paradigma discursivo que siempre ha enfrentado a los individuos, desde varios aspectos o ámbitos, sea el moral, económico y hasta el psicológico.

La posición conceptual que se tome al respecto, definirá la cosmovisión sobre el papel que juega el hombre en el universo, sobre su libertad y autonomía individual, así como el rol que ejerce el Derecho penal, según el complejo de valores contenidos en el derecho positivo. Quien admite esta sanción pone una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de convivencia ⁶²⁹; es como una suerte de vorágine que corroe y derrama toda la sangre de la humanidad.

La pena de muerte trasciende la esfera personal, de quien la sufre, sus efectos simbólico-comunicativos son esencialmente cognitivos hacia la colectividad, que a veces pasmada o que a veces de acuerdo, son testigos de la ejecución de un prójimo, a quien se le anula por completo como ser humano.

La vida humana, en cuanto a su disponibilidad por parte de su titular, genera también una inacabable discusión ideológica y doctrinaria, conforme a la visión del Estado que se tenga frente a la individualidad humana; acepción, que en rigor escapa de un norte puramente jurídico, al involucrar acepciones privativas de otros ámbitos de la ciencia y de la metafísica.

Los dictados de un «Estado Constitucional de Derecho», de base liberal, no debe entrometerse a la esferas privativas del ser humano, acerca de derechos que únicamente a él le incumben, pues sólo al individuo como tal, le

628 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 206; así también RODRÍGUEZ DE VESA/ SERRANO GÓMEZ; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 896; LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., ps. 32-33.

629 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 206.

10 compete decidir sobre su propia muerte -como sujeto libre y responsable-; sin embargo cosa muy distinta, es legitimar que un tercero disponga de la vida de otro, muy al margen de los estados justificantes y de los estados disculpantes, que el texto punitivo ampara en su seno.

La proscripción de privar de una vida a un determinado sujeto, se extiende también al Estado, por lo tanto, nadie duda del poder penal que se legitima a través del contrato social, pero dicho comunitarismo social, no justifica que ese poder pueda desplegar efectos anulatorios del ser humano, cuando se dispone en una sentencia judicial de condena, la eliminación del penado

El *ius puniendi* nace finalmente para poner freno a una violencia sin límites, a una vindicta que no reconoce la dignidad humana, el Derecho penal nace, pues, como negación de la venganza y como panacea de la civilización humana, por tales motivos, cuando el Estado hace uso de la pena de muerte se constituye en un verdugo, en un alud de venganzas incompatibles, con su propia legitimación con el colectivo. GIMBERNAT apunta, que el fin del Derecho penal no es el de moralizar ni el de retribuir; es mucho más modesto y acorde con las posibilidades humanas: es el de defender a la sociedad e impedir la lesión de intereses jurídicos en cuya integridad todos estamos interesados⁶³⁰.

En política criminal conviene tener en cuenta, como sugería RUIZ FUNES, el doble carácter de esta sanción transpersonal y política (...) ⁶³¹, y diríamos nosotros de carácter filosófica, pues niega el ontologismo humano y lo pone al servicio de fines, en puridad utilitaristas, donde el condenado es desposeído de su dignidad y degradado a un trofeo de guerra ante la mirada altisonante de la comunidad.

Conforme lo anotado, la pena capital demuestra cómo puede instrumentalizarse un individuo como puro sometimiento de coacción estatal, siendo los sujetos meros súbditos, ante un poder omnímodo que no conoce de límites y menos de garantías fundamentales.

La pena de muerte vulnera frontalmente los principios materiales del derecho penal (de «dignidad» y de «humanidad de las penas»), donde en su fase más oscura, enmascara el propósito de tutelar los bienes jurídicos sistémico-funcionales, imponiendo un arma letal, a quienes se oponen a los intereses del tirano o ante quienes cometen las ofensas de mayor disvalor antijurídico.

Es de verse, que la «pena capital», aparece siempre, ante coyunturas de extrema violencia social: ante la arremetida de asociaciones subversivas, de grupos insurgentes, de criminalidad globalizada, de conflictos derivados de

630 Cit. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Contra la Pena de Muerte*. En: Estudios de Derecho Penal, cit., p. 29.

631 Citado por BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 206.

los intereses de poder, de campañas electorales intensas, todas ellas agobian la maquinaria penal estatal y diseñan una estrategia punitiva de emergencia —a veces de emergencia—, muy a pesar de los compromisos internacionales del Perú, conforme los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que proscriben la pena de muerte, no obstante que nuestro texto ius-fundamental es claro al declarar a la persona humana como el valor supremo de la sociedad y del Estado, de que nuestro texto punitivo asienta los fines de la pena sobre el cometido de prevención especial positiva, como único objetivo ha tomar lugar en sede de ejecución de la pena.

La sociedad peruana padece actualmente un espiral de violencia incesante, robos, secuestros, asesinatos, violaciones, etc.; son los hechos que cotidianamente abarcan los titulares periodísticos; situación que propicia un estado cognitivo de alarma e inseguridad en el colectivo social. Conmoción social que desencadena una serie de reacciones en las agencias punitivas, pues, ante la demanda por una mayor represión punitiva, aparece un legislador atento dispuesto a acoger sin reparos la descarga más letal con que cuenta el Sistema sancionatorio, esto es, la pena de muerte o pena capital.

En los últimos años, se ha producido un incremento significativo de la incidencia criminal, en los llamados ilícitos pertenecientes al derecho penal más duro (*Kernstrafrecht*), aquéllos injustos que revelan una alta dosis de violencia. Violencia delictiva que no puede ser contenida, producto del fracaso de la política penal y de una policía criminal ineficiente por sus notables carencias materiales.

Dicho lo anterior, las formulaciones político criminales transitan mas por el camino retributivo, que por los conductos preventivos, como si el problema de la criminalidad en nuestro país se resolviera con mas penas, con la incorporación de nuevos tipos penales, con la supresión de los beneficios penitenciarios, con la degradación de las garantías procesales o con la reincorporación del instituto de la Reincidencia, factores éstos que han traído a colación los fenómenos del «punitivismo», el «Derecho Penal Simbólico» y el «neo-retribucionismo».

Es de verse, que el discurso punitivo recoge posiciones incompatibles con los principios que inspiran el derecho penal en el marco del «Estado Social y Democrático de Derecho».

Debemos entender este fenómeno no desde una visión parcial, sino como un fenómeno totalizador que se adscribe en un discurso sobre todo político ante coyunturas, de especial excitación social ante hechos delictivos que propician una reacción enérgica por la sociedad, como la corrupción, el terrorismo y sobre todo, delitos de tan execrables como la violencia sexual en los menores. Efectos comunicativos devastadores que no pueden conciliarse con los postulados de un Derecho penal democrático que tiene como pilar fundamental el ser humano y el respeto a su dignidad.

Ciertamente, las posiciones retributivas de la pena representadas por Hegel y Kant y las caracterizaciones tipológicas del Positivismo cobran vigencia fáctica, ante las tenencias por introducir penas indeterminadas (pena de cadena perpetua⁶³²), penas anulatorias del ser humano (pena de muerte) y otras más primitivistas pretenden nominalizar las penas corporales pero, bajo sutiles rotulaciones (castración química).

Sin duda, esta demanda incontenible por una mayor criminalización, encuentra una acogida positiva por quien detenta el poder sancionador de la política criminal, un legislador que no escatima esfuerzos por agradar a las galerías, a la tribuna y a un electorado atemperado en la respuesta represiva del poder punitivo estatal. Ante esta percepción cognitiva, el legislador acude presuroso al fácil expediente punitivo, lo que se ha llamado doctrinalmente la huída hacia el derecho penal, y desempolva una institución que se encontraba supuestamente desterrada de nuestro Sistema Penal, en cuanto a la vituperante «pena de muerte».

Se reabre, entonces, un debate que en los hechos ya estaba clausurado, agotado por la saciedad por penalistas, teólogos, filósofos y políticos. La entrada en vigencia de una Carta Política inspirada fundamentalmente en el Constitucionalismo Social, hacía incompatible albergar en su seno, una pena abiertamente incompatible con el contenido fundamental de los derechos humanos, así lo entendió el legislador al racionalizar su uso a la mínima expresión, tal como lo proclama en el artículo 149º, donde establece que la pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior⁶³³, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de lo que el Perú es parte obligada.

Aunque es sabido, que la Constitución de 1993 extendió la pena de muerte a los supuestos de traición a la patria en caso de guerra y terrorismo —apunta Francisco Eguiguren—, nunca ha podido regularse penalmente ni aplicarse esta norma, pues la Corte Interamericana precisó su carácter violatorio de la Convención⁶³⁴.

Valgan verdades, la pena de muerte así concebida se constituye en un mero simbolismo, pues su aplicación estaría subordinada a la normativización punitiva en una ley penal, de acuerdo al aforismo *nullum poena sine lege praevia*.

632 Vendría a constituir la denominada "Inocuización", planteada por Von Liszt, en el caso de los delincuentes no susceptibles de corrección y enmienda.

633 El Código de Justicia Militar (*derogado*), en los artículos 663º bis 669º, trata en su Título Segundo sobre la Ejecución de la pena de muerte.

634 EGUIGUREN, Francisco; *El error de querer ampliar la Pena de Muerte*. En: Perú 21, jueves 15 de setiembre del 2005, p. 3.

Por otro lado, queda claro que los principios que inspiran el Sistema Jurídico-Internacional, del cual el Perú es parte (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos) resulta incompatibles con una pena que desconoce el valor esencial de la persona humana.

Podemos decirlo de otro modo: *la pena de muerte divide a la civilización humana en dos polos, en aquel respetuoso de la dignidad humana, donde la política criminal del Estado se orienta a servir al ser humano, como sujeto de derechos, y, otros, donde los fines, el utilitarismo, la pervivencia por el sistema y las ansias por mantener un estado de percepción cognitiva de la ciudadanía, degrada al ser humano en un objeto de puras expectativas sistémicas, en un instrumento de estabilización de fines ajenos a su personalidad moral.*

La evolución de un Derecho penal humanista significó desterrar de la faz de la tierra la venganza privada y de sustraer del catálogo de pena, aquellas sanciones crueles e infamantes, que niegan la dignidad humana y someten al penado a un estado real de degradación.

La pena de muerte constituye en la venganza tiránica del Estado, sobre el individuo que infringió las normas mínimas de convivencia social. Supone en otras palabras la eliminación irreversible del ser humano de su configuración en la faz de la tierra, es la eliminación de un organismo contaminante del sistema.

En el marco de esta descripción político-social, el debate sobre la pena de muerte, genera reacciones muy marcadas, v.gr., aquellas que se asientan sobre la ley y el orden (*control crimen – law and order*), donde la «Seguridad Pública», importa un bien jurídico que justifica la imposición de penas sumamente graves, otros sobre la moral pública que debe resguardarse ante la proliferación de conductas depravadas, y otras más moderadas, que consideran que la prevención de estas conductas están adecuadamente reprimidas con sanciones punitivas, como la pena de cadena perpetua.

Lo cierto y concreto es que la posición «neo-criminalizadora» se ha ido abriendo paso de forma triunfante, ante la innegable exasperación de los marcos penales y ante la incorporación de nuevas figuras delictivas en el catálogo punitivo. Basta dar un asomo por los proyectos de ley, que han ido formulándose, como la rebaja del quantum en el delito de hurto, la Reincidencia y otras construcciones normativas, que de hecho se alejan de la configuración de un derecho penal democrático y garantista. Utilización desmedida del Derecho penal que ha trastocado su naturaleza de *ultima ratio* para convertirlo en la *prima ratio*.

Desde hace ya varios años, el legislador utiliza permanentemente el aparato punitivo del Estado para frenar la violencia criminal, lamentablemente sin éxito. Fracaso que no puede atribuirse por entero al Derecho penal, sino a su disfunción producto de su divorcio con la sociología criminal.

La verdad de las cosas, es que el rumbo del derecho punitivo ha estado marcado únicamente por una insoslayable pretensión utilitarista de la política penal del legislador. Nos olvidamos que la conducta criminal obedece a una perspectiva multifactorial, donde el Derecho penal ocupa una posición subsidiaria.

La clásica concepción de la prevención general, por medio de la inhibición de los estímulos delictivos a partir del terror estatal, ha perdido notable eficacia, ante una visión del psicologismo conductivo, que no puede explicar coherentemente los factores de la criminalidad en sociedades de deficiencias estructurales como la nuestra.

Si queremos conceptuar la pena de muerte en términos acabados de las posiciones funcionalistas sistémicas, diremos que aquélla se erige en la máxima descripción del mal llamado Derecho penal del enemigo, pues, el delincuente peligroso pierde su *estatus civitas* y se convierte en un mero objeto de imputación de expectativas cognitivas y normativas.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PENA DE MUERTE

No resulta empresa fácil precisar con exactitud, el tiempo en que nace la pena capital; lo que sí podríamos afirmar en definitiva, que la pena de muerte nace conjuntamente con el avance de la civilización humana, pero, con un desarrollo incipiente de las principales valores que rigen la sociedad contemporánea.

Tenemos que la pena capital habrá que identificarla con la pena corporal, cuando el penado era sometido a una privación de libertad, no con el fin de intimidar al colectivo ni con el objetivo de rehabilitarlo socialmente, sino para que padezca de sufrimientos y castigos implacables, como una forma de expiar el pecado cometido.

De hecho, la pena de muerte se ubica en una concepción profesamente retributiva de la pena, donde la sanción habría de ser proporcional al delito cometido. La pena entonces se dirige a la expiación y al castigo corporal (*punitur quia peccatum est*), constituyéndose en una caracterización propia del Antiguo Régimen, donde el oscurantismo punitivo regía el control social de las conductas humanas.

En palabras de CUELLO CALÓN, la pena de muerte que se imponía en los tiempos pasados, no solamente con la finalidad de privar de la vida al condenado, sino con la de hacerle sufrir, tuvo enorme importancia en los antiguos sistemas penales⁶³⁵.

635 CUELLO CALÓN, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 827.

La utilización de la pena de muerte y otras penas infamantes, se comprendían en toda una maquinaria estatal dirigida a conservar el estado de cosas, garantizando la subordinación de los súbditos hacia el poder monárquico. No sólo el poder político sino también la entronización del poder divino, de aquellos que se revestían supuestamente del poder de Dios -como un mesías sobre la tierra-.

La pena de muerte, en aquellos tiempos remotos, era una manifestación de la barbarie humana en su máxima expresión, lamentablemente justificada por teólogos y filósofos de la época, que pretendieron legitimar con falsos dogmas, aquello que de raíz venía contaminado por las vísceras más miserables de la raza humana.

Dicho en otras palabras: *la pena de muerte en aquella época constituía el paradigma de la sanción ejemplificadora, y la más intensa manifestación de las penas corporales, como adscripción a un sistema penal orientado bajo una faz netamente retributiva, donde el penado era un instrumento para fines injustificables desde cualquier perspectiva teleológica; en tal virtud, podemos decir que aquélla no podría ser parte del Derecho penal, sino expresión apocalíptica de la violencia punitiva estatal.*

Fue en el siglo XVIII, que empezó a gestarse todo un movimiento reformador y humanista, bajo una orientación filosófica que confrontaba la política estatal con los derechos y libertades individuales.

La Ilustración y los representantes de la Ilustración fueron los grandes contestes a este sistema penal inhumano, colocando al ser humano en la cúspide del sistema jurídico-estatal. La difusión y la cálida acogida del libro de BECCARIA "Los delitos y las penas", publicado en 1764, abrió las puertas a la moderna Política Criminal⁶³⁶, produciéndose una sustitución de la obsoleta tipología *punitur, quia peccatum est* por el *punitur, ne peccetur*, una nueva formulación político criminal destinada a evitar la comisión de delitos en el futuro, lo cual entraba en franca contradicción con la naturaleza anulatoria de la pena capital.

Las consideraciones filosóficas son coincidentes, al estimar que la abolición de la tortura y la humanización de las penas se realizaron en las legislaciones positivas después de Christian TOMASUS y Cesar BECCARIA denunciaron los abusos de los viejos sistemas procesales⁶³⁷.

Las ideas reformistas fueron asimiladas por quienes tenían en sus manos, por lo que el movimiento codificador se caracteriza tanto por su intento de unificar las leyes penales como por el de reformar el sistema, estableciendo

636 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 1997.

637 MANTILLA PINEDA, Benigno; *Filosofía del Derecho*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1996, cit., p. 21.

garantías individuales en el Derecho Penal sustantivo y en el procesal⁶³⁸. Por eso se dice con toda lógica que el nacimiento del Derecho penal y del Derecho procesal penal se cristalizan con el auge del movimiento reformador ilustrado, concretamente con la obra de BECCARIA.

Ya a principios del siglo XIX (1828), grandes pensadores penalistas de la Ilustración, como LARDIZÁBAL en España postulaban la necesidad de racionalizar el uso de la pena capital. Admite la pena capital usando de mucha circunspección y prudencia al imponerla, y reservándola con toda escrupulosidad sólo para aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria⁶³⁹; es de verse, que en esta posición filosófica se revela un matiz utilitarista, más llevado a los fines del Estado -en relación con el orden público-, que en razón a la persona de delincuente.

Con el auge del «ius naturalismo» y la consideración filosófica de la concepción ontológica del ser, ésta última llevada al análisis existencial de HEIDEGGER, se abandona deliberadamente el esquema tradicional de la antropología filosófica, aspirando a una metafísica que inicie su análisis con el hombre.

Dicho de otro modo: *si consideramos el hombre como el eje central del Derecho, la política debe adecuarse a este último, y no el Derecho a la política*. La influencia que ejerció esta nueva cosmovisión filosófica en el pensamiento jurídico fue decisiva para la configuración del Estado Liberal de Derecho, y para la positivización de lo que hoy se conoce como «Derechos Humanos».

En un sistema jurídico-constitucional así concebido, las penas corporales y la pena de muerte no podrían tener cabida, ante el galopante triunfo de la posición abolicionista. Todo cambio político sustancial tiene repercusiones inmediatas en el orden punitivo⁶⁴⁰.

Los países que aún se resisten a mantener la pena capital en sus codificaciones positivistas, son sociedades significativamente influenciadas por el fundamentalismo religioso o simplemente, como una manifestación del poder totalitario de un gobierno dictatorial.

En resumidas cuentas, podemos decir que la abolición o reticencia a la pena de muerte, se constituye en un punto equidistante, que marca la diferencia entre aquellos países que rigen sus destinos bajo los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho, de aquellos que hacen de sus leyes penales

638 SÁINZ CANTERO, José A.; *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*. Bosch casa editorial, Barcelona, 1970, cit., p. 60.

639 Citado por SÁINZ CANTERO, J.A; op.cit., p. 120.

640 MORALES PRATS, Fermín; *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Primera edición. Ediciones Destino. Colección nuevo Derecho, España, junio de 1984, cit., p. 110.

un Estado Policía en franca contradicción con el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En el Perú, la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, supuso el avance vanguardias del movimiento abolicionista, reservando estrictamente la pena capital a los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Fue un avance muy importante —como señala PEÑA CABRERA—, pues revirtió así la corriente predominante en nuestra historia, o sea, el de las Constituciones de 1920 y 1933⁶⁴¹.

En resumidas cuentas, la intentona de incluir en el sistema de punición, a la pena capital, se sostiene fundamentalmente en una formulación política, desprovista de toda legitimidad jurídica y constitucional, cuyo sostén se explica en el proceder utilitario del legislador en épocas de elecciones, donde la oferta por más Derecho penal es lo que mas resalta en la tribuna política, de quienes saben perfectamente, que dicha sanción no puede ser reincorporada al catálogo punitivo, so pena de que el Perú sea expulsado del sistema jurídico-internacional, de la competencia contencioso de la CIDH; por tales motivos, reabrir la discusión sobre este tema, ha de ser entendido como parte del llamado «populismo penal».

3. LA PENA DE MUERTE EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

3.1. La Pena de Muerte en la Constitución de 1979

El Perú a lo largo de toda su accidentada vida republicana, ha sido una y otra vez golpeada su alicaída democracia por golpes de Estado de naturaleza militar, poder castrense que a través del denominado movimiento «Militarismo» como señalaba BASADRE, conformó un poder político, construido a espaldas del pacto social, por ende, ilegítimo al no ser reconocido por el pueblo, constituyéndose en gobiernos de facto de naturaleza espúrea.

641 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*; si bien el Código Penal de 1924, encajó en una política criminal abolicionista en sus fundamentos programáticos, tuvieron que transcurrir 25 años, para que la pena de muerte recobre su vigencia normativa. La Junta Militar del Gobierno de Manuel Odría, en marzo de 1949, emitió el DL N° 10976, que modificaba el Código Penal. Estableciéndose la pena de muerte para los autores de los delitos comprendidos en los artículos 151° y 152° (homicidio calificado: asesinato y parricidio) y 280-290 (traición a la patria). Fue bajo este régimen que se ejecutaron los tres únicos casos de fusilamiento de individuos violadores de niños (Fuente: Perú 21, Lima, 09 de septiembre del 2005, p. 11); luego, mediante la dación del DL N° 17388 del 25 de enero de 1969 se modifica el artículo 10° del CP, al incorporar la pena de muerte en la escala de penas, previéndose de la siguiente manera: "Si el secuestrador, con ocasión del secuestro, mata al menor, del mismo modo si el menor fuese hallado muerto después de la sentencia".

Es en el año de 1968 se produce el golpe de Estado comandado por el General Velasco Alvarado, quien derrocó en el poder al Presidente democráticamente elegido -Don Fernando Belaúnde-, luego de más de diez años de dictadura, en el año de 1979 se ingresó a una etapa de transición democrática, conformándose -vía proceso electorario-, la Asamblea Constituyente presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, asamblea que elaboró la Constitución Política de 1979.

La Constitución Política de 1979, consagraba en su artículo 235º lo siguiente: "*No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior*"; dicha tendencia constitucional reflejaba un avance de nuestro país que se dirigía a cristalizar positivamente la posición abolicionista⁶⁴². Fue un avance muy importante -señala PEÑA CABRERA-, pues revirtió así la corriente predominante en nuestra historia, o sea, el de las constituciones de 1920 y 1933⁶⁴³.

Conforme lo anotado, la pena capital quedaba reducida a un caso extremo, en este caso, por traición a la Patria en tiempos de guerra exterior, donde el bien jurídico tutelado es la integridad territorial y la soberanía de la Nación que pueden ser objeto de vulneración cuando una potencia extranjera ingresa a nuestro territorio nacional.

Es consenso en la teoría -como apunta BERNALES BALLESTEROS-, aceptar como válidos para la aplicación de la pena de muerte los delitos propiamente militares; es el caso de traición a la Patria y espionaje en tiempos de guerra⁶⁴⁴.

A nuestro entender, la pena de muerte no es legítima en cualquier caso, sea cual fuere la circunstancia precedente que genera la reacción subsiguiente, por más grave que sea el injusto cometido, la pena capital es la destrucción humana incompatible con cualquier sistema democrático que tiene como paradigma principal la protección de la persona humana y el respeto hacia su dignidad.

En el laborioso campo de las justificaciones, siempre se va a pretender soslayar derechos fundamentales so pretexto de la protección de bienes jurídicos institucionales, como la seguridad nacional y la protección férrea de la soberanía, fundamento incompatible con la prescripción establecida en el artículo

642 Así, BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, 5ta. edición. Con la colaboración de Alberto OTÁROLA PEÑARANDA. Cit., p. 666.

643 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

644 BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*. Con la colaboración de Alberto OTÁROLA PEÑARANDA. Quinta edición, editora RAO S.R.L., Lima-Perú, 1999, p. 666. Así, CHIRINOS SOTO, Enrique al señalar "... la muerte aplicada al traidor a la Patria, en caso de guerra exterior, no es propiamente una pena. Es una medida extrema, -dolorosa pero necesaria- para cautelar la disciplina militar". En: *La nueva Constitución al alcance de todos*, 3era. edición, AFA Editores Importadores, Lima, 1984, p. 275.

234º de la abrogada Carta Política que consagraba el programa resocializador, poniendo énfasis en las finalidades rehabilitadoras que debía desplegar el régimen penitenciario.

Así, la Constitución Política se comprendía con la tendencia abolicionista del CP de 1924 -que en su exposición de motivos hacía mención a una tendencia dominante en el mundo de carácter abolicionista⁶⁴⁵, codificación punitiva que reemplazó la pena capital establecida en el Código Penal de 1863 por la pena de internamiento de tiempo indeterminado, pero con mínimo de 15 años para los casos de criminalidad singularmente peligrosa⁶⁴⁶.

Abrogado el texto punitivo de 1924, se dio paso a una nueva codificación punitiva de remozados vientos democráticos y de inspiración profesamente humanista, dando cabida a un sistema de punición acorde con la realidad carcelaria e incorporando en su seno todo un catálogo de mecanismos sustitutivos a la pena privativa de libertad; tendencia reductiva del poder penal, que tuvo como lógico desenlace establecer un tope de pena privativa de libertad de 25 años, donde la pena capital -en razón de su naturaleza infamante-, no podía cobijarse en la nueva sistematización del texto punitivo, que tenía por finalidad fundamentadora de la pena, la prevención especial positiva.

Lamentablemente, las realidades sociales marcan a veces los derroteros de la política criminal, máxime cuando organizaciones criminales como el terrorismo ponen en jaque todo el sistema democrático de una Nación, de este modo el legislador hace gala de su función criminalizadora y pretende crear que marcos penales más severos.

3.2. La Pena de Muerte en la Constitución de 1993

El quiebre del orden constitucional del 05 de abril de 1992, supuso la instauración de un Gobierno de facto, que en virtud de una economía globalizada y de las necesidades de inserción en la comunidad internacional buscó prósperamente legitimarse -tanto interna como externamente-. Y esta tarea había de realizarla el Congreso Constituyente Democrático elegido democráticamente

645 Aunque paradójicamente en el año 1949 se reintroduce gradualmente la pena de muerte, de conformidad con el artículo 54º de la Constitución Política de 1933, mediante el dictado del DL N° 10976 se establece la pena de muerte para los autores de los delitos comprendidos en los artículos 151º y 152º (homicidio calificado), y 289-290 (traición a la Patria) del Código Penal de 1924; a posteriori, mediante la dación del DL N° 17388 del 25 de enero de 1969 se modifica el artículo 10º del Código Penal al incorporar la pena de muerte en la escala de penas, previéndose de la siguiente manera: "Si el secuestrador, con ocasión del secuestro, mata al menor, del mismo modo si el menor fuese hallado muerto después de la sentencia".

646 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

por el pueblo peruano, Congreso que se encargó de elaborar una nueva Carta Política, que si bien continuó con el proyecto político de consagrar los postulados ideológicos y políticos de un «Estado Social y Democrático de Derecho» -incorporándose mecanismos constitucionales de participación democrática-, se preocupó también de consagrar un régimen presidencialista, confiriendo amplios poderes al jefe supremo de la Nación.

En lo referente a la materia en discusión, vemos que la nueva Carta Política en vez de ratificarse en la tesis abolicionista, desde una posición antinómica a su visión humanista extiende la aplicabilidad de la pena de muerte al delito de terrorismo, tal como se establece en su artículo 140⁶⁴⁷.

La intención era clara, la necesidad de consagrar constitucionalmente la tendencia paliativo-represiva que había inspirado la dación de la legislación antiterrorista de 1992, de continuar con la saga de una política criminal encaminada ciegamente, a partir de fines utilitaristas; no podemos olvidar en tal sentido, que el éxito en la lucha contra la subversión fue el sostén fundamental de dicho régimen.

La politización comporta un fenómeno que busca congraciarse con las mayorías en razón de efectos puramente cognitivos, una población azotada por una inclemente violencia terrorista, en definitiva iba a ser complaciente con una normatividad encaminada a una lucha sin cuarteles contra los crímenes más graves.

Los constituyentes de 1993 -afirma BERNALES BALLESTEROS- optaron por una posición emotiva, que coyunturalmente prefirió identificarse con un estado de ánimo colectivo, que impactado por la violencia demencial del terrorismo y sus crímenes, se inclinaba mayoritariamente por aplicar la pena de muerte a los terroristas⁶⁴⁸; una posición «maximalista» que no se concatenaba con la consagración que estos mismos constituyentes habían establecido en el artículo 1º de la Ley Fundamental: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*; la Constitución es una simbolización de garantías y un crisol de libertades, que acoge en su fundamento las demandas de un pueblo según la tradición democrática, una Constitución de corte humanista no podía recoger aspiraciones vindicativas y anulatorias, como la pena de muerte.

Asimismo, habrá que hacer hincapié que el artículo 140º ya no especifica como lo hacía la Carta Política de 1979, que la pena de muerte se aplicaba en los casos de *“guerra exterior”*; a tal efecto, la aplicación de la pena de muerte

647 Así, BERNALES BALLESTEROS, E.; *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, cit., p. 666.

648 BERNALES BALLESTEROS; Cfr., ibidem.

por delito de traición a la Patria rige "en caso de guerra"⁶⁴⁹. Pero ahora se busca dilucidar el carácter de guerra orientado no sólo al exterior sino al interior de la República⁶⁵⁰, consecuentemente la pena de muerte es ahora aplicable tanto en caso de guerra con el exterior como el caso de guerra interna.

Podemos en ese sentido equiparar situaciones en sumo diferenciadas con el único objetivo de encontrar un justificador común denominador, amenazándose con la máxima sanción a los delinquentes terroristas y a los traidores a la Patria propiamente dichos, a pesar de que la confrontación bélica interna es distinta de la exterior⁶⁵¹; más allá de las denuncias formuladas por el denominado tipo legal delitos de «traición a la Patria terrorista», que ha sido objeto de examen en apartados anteriores.

El ánimo belicista cundió las mentes del legislador y lo llevó al terreno de la confusión y de la ambigüedad al utilizar terminologías y conceptos de naturaleza diferenciada.

Se proclama también una segunda objeción, el artículo cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica establece que *la pena de muerte no puede ser extendida a delitos en los que no se la aplicaba cuando dicho tratado entró en vigor y que tampoco será ampliada a delitos que no la contemplaban*⁶⁵².

La incompatibilidad es contundente, el mismo artículo 140° establece que *la pena de muerte se aplicará conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada*; así el artículo 55° -*in fine*-, prescribe que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

De lo expuesto, se infiere que el artículo 140° de la Ley Fundamental vigente, vulnera el artículo 40° de la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que la pena de muerte se aplique a casos no contemplados cuando la convención entró en plena vigencia constitucional, máxime, la cuarta disposición final de la Carta Política de 1993 dispone a la letra lo siguiente: "*Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos*

649 BERNALES BALLESTEROS, E.; *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, cit., p. 667.

650 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.; por "tiempos de guerra" debe entenderse -como señala GRACIA MARTÍN- la situación temporal en que una guerra haya sido formalmente declarada, sin que baste una mera situación de hecho de conflicto armado; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 72.

651 PEÑA CABRERA, R.; Cfr., *ibidem*.

652 RUBIO CORREA, Marcial; *Para Conocer la Constitución de 1993*. DESCO - Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1994, ps. 159-160.

y con los *Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú*⁶⁵³.

En ese sentido, vale la pena recordar que de acuerdo a los criterios básicos de la interpretación constitucional, la validez de este ejercicio radica en razonar a partir de la jerarquía normativa, es decir, una norma de rango inferior se interpreta cotejándola con una de rango inferior⁶⁵⁴.

El proceso de intelección lleva a la conclusión de que los derechos de rango constitucional y de reconocimiento internacional, asumen una posición de primer orden en la cúspide de la pirámide normativa interna, su desconocimiento significa apartarnos de la Jurisdicción Internacional sobre Derechos Humanos, el abandonar la Convención conllevaría la pérdida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano para apelar jurisdiccionalmente y, asimismo, la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁵⁵.

La actual coyuntura demanda no retroceder a tiempos pretéritos donde estuvimos a punto de sustraernos de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, democracias incipientes como la nuestra exigen una mayor tutela de los derechos y libertades fundamentales, en este orden de ideas el sistema de protección internacional de derechos humanos cumple una función de primer orden en el mundo globalizado. Con una reforma constitucional a cuestas, lo único que queda es invocar a los legisladores y a iluminarlos a que repongan el estado de cosas anterior a la dación de la Constitución de 1993, a fin de reivindicar nuestra cultura abolicionista.

4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PENA DE MUERTE

4.1. Argumentos Retencionistas

La pena de muerte sigue aún latente en los pensamientos de los pensadores *punitvistas* y mantiene su vigencia normativa en algunas legislaciones comparadas.

653 El artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente: *"En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada del tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente"*; la Convención es clara al establecer un freno hacia pretensiones expansionistas de los Estados miembros, de aplicar la pena de muerte a casos no establecidos hasta antes de su vigencia normativa.

654 BERNALES BALLESTEROS, E.: *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, cit., ps. 669-670.

655 PEÑA CABRERA, R.: *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

Los motivos que suelen manifestar quienes pretenden retener esta sanción pueden reducir -como apunta BERISTAIN- a tres capítulos principales: la autoridad, la teoría y la experiencia⁶⁵⁶.

Desde las épocas salvajistas de la humanidad y barbáricas, los conflictos sociales eran solucionados vía la justicia compensatoria o justicia del cadí, en aquellas comunidades carentes de raciocinio, la valentía y supremacía del hombre se lograba mediante la imposición coactiva de la fuerza física, el despliegue de las fibras musculares era el mecanismo para el sometimiento y claudicación de los pueblos.

La sangre derramada en los campos de batalla significaba un trofeo de guerra de singular nominación y la obtención de la tierra como el más fecundo sinónimo de poder.

La vida del hombre no era un valor o un derecho subjetivo merecedor de respeto y de reconocimiento, pues la victoria bélica otorgaba la potestad al triunfador de decidir por la vida o muerte de los vencidos; tiempos posteriores, la conformación del imponente Imperio Romano significó el reconocimiento del derecho de disponer de la vida humana, el esclavo y su familia eran considerados como una especie de *res nullius*, como un objeto en las manos de su amo o señor, el cual podía dar muerte a su libre arbitrio.

Estas fueron las primeras manifestaciones de la pena de muerte, que más tarde encontró eco en teólogos como SANTO TOMAS, al afirmar lo siguiente: del mismo modo que el cirujano debe amputar el brazo para impedir que la infección contagie al resto del organismo, así también se debe eliminar al delincuente -miembro corrompido-, para evitar que se extienda a todo el organismo que es la sociedad, como si el ser humano fuera un elemento orgánico que sin más puede ser eliminado para proteger a los demás asociados.

Dicho lo anterior, el individuo es utilizado para fines ajenos a su propia existencia, para preservar la moral y la ética de una sociedad, como si el penado fuese un elemento cancerígeno no susceptible de ser corregido, así la curación pareciese ser más grave que la enfermedad, pues, la eliminación del desviado lo único que va a propiciar son mayores focos de conflicto social en razón de los márgenes de resentimiento y de vindicta que ello ocasionaría⁶⁵⁷.

656 BERISTAIN, A.: *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 207.

657 ASÍ, GIMBERNAT ORDEIG E.; al escribir que: "el brazo es un miembro cuyo fin no está en sí mismo, sino en el servicio que presta -y sólo en tanto y en cuanto pueda prestarlo- al cuerpo humano como totalidad; en cambio, que la persona humana no sea un fin en sí mismo, que sea un mero medio o instrumento de la sociedad es una concepción peligrosa que puede justificar -y de hecho ha justificado- las más crueles arbitrariedades, y además y en segundo lugar, la amputación del miembro sólo está médicamente justificada cuando sea imprescindible para salvar el resto del organismo: si es posible la curación con un

A favor también se alega, la existencia inmemorial de la pena de muerte en la legislación de todos los países y la baratura de tan expeditivo procedimiento⁶⁵⁸, es decir, la justificación se sostiene básicamente en los orígenes coincidentes de la humanidad con la pena de muerte; resulta lógico pues, el ser humano desde sus orígenes siempre manifestó conductivamente una faz gris y nefasta, la necesidad de eliminar al denominado "enemigo", en pos de la supervivencia, y luego el mismo Estado que pretende justificar la muerte de un súbdito para preservar el orden social y más tarde la estabilidad fáctica del ordenamiento jurídico.

La historia no puede aquí ser argumento para el presente⁶⁵⁹; no se puede pretender sin más, pretender justificar la pena de muerte por los manifestos inhumanos que caracterizaron a las sociedades de antaño, la sociedad desde hace ya más de dos siglos va en notable progreso humanista de erradicar las penas infamantes y degradantes, que tienen como máxima expresión a la pena capital, malsanamente mantenida en algunos Estados, unos de ellos abrigan el discurso defensivo de las libertades fundamentales, tremenda contradicción, incontinente e injustificable.

Es dable también suponer que la pena de muerte conduce a una tesis «economicista», como si la vida humana consistiese en una mercadería que puede ser desechada para no propiciar gastos innecesarios. Este argumento histórico no tiene asidero en orden a evitar la reincidencia delictiva y su sobrevivencia histórica se refuta -como señala GARCÍA VALDÉS- también lo es que la delincuencia no ha podido ser erradicada del mundo en más de veinte siglos, y de ahí su palmaria ineficacia⁶⁶⁰.

Otro argumento, es que la pena de muerte es necesaria por su máxima fuerza preventiva e intimidatoria respecto a ciertos posibles delincuentes⁶⁶¹, es decir, por necesidades de retribución, de prevención general o de prevención especial⁶⁶².

En resumidas cuentas, los argumentos discurren en torrentes «retributivos», donde la eficacia de la sanción capital penetra en el campo del afianzamiento del poder punitivo -de la simbolización ejemplificador, de extensión comunicativa hacia el colectivo-, en la realización de la justicia como soporte

procedimiento menos radical, a él estará obligado a acudir el facultativo". En: *Contra la pena de muerte*. "Estudios de Derecho Penal", 3ra.edición. Tecnos. Madrid, 1990, p. 23.

658 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 34.

659 MIR PUIG; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 691.

660 GARCÍA VALDÉS; *La Pena Capital*, cit., p. 25.

661 BERISTAIN; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 208.

662 MIR PUIG; Cfr., *ibidem*.

necesario para restablecer el orden social desestabilizado por los efectos perniciosos del hecho punible y como una expresión máxima del principio de autoridad, pues la fuerza del derecho es la fuerza del poder público, ante la presencia de un mal se le agrega otro mal que es la muerte, desde la visión de una justicia compensatoria.

Desde un punto de vista de la prevención especial no hay duda alguna -como señala GRACIA MARTÍN- sobre la eficacia de la pena de muerte, pues evidentemente impide ya a ese sujeto la realización de un nuevo delito⁶⁶³; un efecto preventivo especial únicamente orientado a un programa de prevención, con cargo a futuro, pero atentatorio de las postulados de una rehabilitación de carácter individual.

Es decir, un programa de prevención especial sostenida bajo el aseguramiento de la protección de la sociedad⁶⁶⁴, que trasciende la inocuización y que propugna la eliminación del condenado, en un Estado democrático la función de prevención especial no sólo debe proseguir la protección del conjunto de la sociedad, sino también facilitar la participación del delincuente en la vida social (resocialización, reinserción social)⁶⁶⁵.

Ambas pretensiones -preventivas-, responden a un afán manipulador del Estado, es la expresión de un manifiesto de la autocomprobación ideológica del Estado que necesita plasmarse por medio de mecanismos de control social de naturaleza asegurativa, y estos mecanismos se hacen eficaces mediante la anulación completa del individuo, que neutraliza los motivos delictivos de los demás y que evita a su vez la denominada la reiterancia delictiva; dicho en las siguientes palabras: "*Quien mediante su obrar antijurídico, desobedece la*

663 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 69.

664 ASÍ, LANDROVE DIAZ, al sostener que: "La pena de muerte es imprescindible para la defensa de la sociedad. Es la única verdaderamente temida por los delincuentes. Su eficacia intimidativa es muy elevada"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 35; ya hemos debatido en apartados anteriores (prevención general negativa) que una mayor represión penal, endurece cada vez más las redes de represión, para nada significa una intimidación o de contramotivar los estímulos delictivos, sobre todo, en delincuentes peligrosos o en los agentes terroristas, que han hecho de la actividad delictiva un *modus vivendi*, y con mayor énfasis en aquellos delincuentes terroristas que vienen impulsados criminalmente por argumentaciones políticas e ideológicas, que para nada son neutralizados psicológicamente con una mayor amenaza de pena; es en consecuencia empíricamente indemostrable que una mayor dureza represiva tenga por efecto rebatir la tasa de reincidencia delictiva, en sociedades afectas a un sinnúmero de factores que implican procesos de exclusión y de marginalidad, siempre van a coexistir focos de conflictividad social propiciados por políticas desiguales y de distribuciones inequitativas de la riqueza, siempre mantenidas por los intereses de poder; así, GIMBERNAT Ordeig, E. *Contra la Pena de Muerte*, cit., p. 28.

665 MIR PUIG; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 692.

vigencia fáctica de la norma, pierde el status de ciudadano y como tal se convierte en un objeto para los fines político-criminales derivados del control de la criminalidad".

La argumentación anotada, carece de fundamento racional, pues acude también a la utilización del hombre por el hombre, a su sometimiento a fines ajenos a sí mismo, desde la perspectiva kantiana se alude que el individuo no puede ser usado para finalidades ajenas a su propia naturaleza, eliminar físicamente al penado significa desarraigarlo definitivamente de la humanidad.

Si bien es cierto, que ante delincuentes que revelaron con su obrar antijurídico merecen el mayor reproche jurídico, de la imposición de una sanción punitiva lo suficientemente severa en proporción al injusto cometido, una pena privativa de libertad lo suficientemente temporal que colme las exigencias de prevención general, pero sometido también a los principios de «humanidad de las penas» y de «dignidad humana»; la pena de muerte rebasa cualquier baremo proporcional entre la relación delito-pena, la eficacia de la pena no depende de su duración temporal sino de la forma de su ejecución, en concreto de las condiciones sobre las que se desarrolla la vida carcelaria.

La ONU ha declarado desde hace más de una década y lo reafirma ahora, que no está debidamente probado que la criminalidad grave está conectada en el marco de influencia con la existencia legal de la pena de muerte⁶⁶⁶; a los miembros pertenecientes a organizaciones delictivas que perpetran aquellos delitos "graves" para nada le infunde temor la amenaza de una sanción tan drástica como es la pena capital, tomando en cuenta las corazas que revisten dichas estructuras criminales, que al tender una alianza con el poder político, saben perfectamente que no serán alcanzados por las redes de represión penal.

La corrupción que copa las instituciones estatales, se manifiesta como una vorágine que arrastra las instituciones públicas, son estos agentes quienes ostentan los cargos gubernamentales, quienes se sirven de ella para propósitos delictivos y que fundan una red mafiosa con los intereses de poder, pues al manejar las agencias del poder penalizador, se aseguran que la justicia penal no podrá alcanzarlos, en el devenir y decurso de un proceso de «criminalización selectiva».

También se argumenta que la pena capital es insustituible, porque resulta más efectiva y económica que la pena de prisión perpetua⁶⁶⁷, pues extirpa de raíz el efecto criminógeno, es decir, al delincuente se le elimina físicamente y ya

666 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

667 ASÍ, LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 35; BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 209.

no hay necesidad de preocuparse en posibles contagios con los demás reclusos y desde un fundamento pragmático le cuesta menos al Estado, que ahorra la manutención de un reo más en la población carcelaria.

La pena de muerte supone la manifestación más cruel, de cómo el poder penal estatal pretende encubrir de legitimidad una sanción que ya de por sí se encuentra deslegitimada, en el campo de las justificaciones, siempre en coyunturas violentas la proclama de la sanción capital va a encontrar eco y partidarios en una sociedad alterada psíquicamente con los efectos nocivos del delito, de un ambiente de insostenible inseguridad.

La pena de muerte importa una expresión más violenta en relación con la prisión perpetua, aunque ésta última prolonga el sufrimiento del penado por un tiempo indefinido, pero que aún guarda un destello de esperanza de que en el futuro pueda producirse una acción de gracia de la justicia penal; en cambio, la pena capital no tiene posibilidad de regreso, es una sanción definitiva que no puede repararse y devolver la vida a quien se le privó de aquélla⁶⁶⁸; consiste en un mal irreparable que ni siquiera podrá encontrar consuelo en sus familiares con el desembolso que pueda efectuarse con motivo de una indemnización dineraria, de cara a futuro.

4.2. Argumentos Abolicionistas (Toma de Posición)

La pena de muerte es rebatida desde varios planos argumentativos, sean éstos filosóficos, ius-humanistas y desde los principios legitimantes del Derecho penal material, aunque para RADBRUCH los argumentos propiamente decisivos contra la pena de muerte pertenecen al campo ético y religioso.

La pena de muerte es manifestación de un acto injusto y de pura arbitrariedad estatal, si bien aquel que vulneró gravemente los cimientos de una sociedad democrática, merece el mayor de los castigos, dicha sanción punitiva, según los dictados de un «Estado Social y Democrático de Derecho», debe sujetarse a determinados parámetros, conforme a los principios basilares contenidos en el texto ius fundamental.

La vida es un don de la naturaleza y de Dios, todos somos beneficiados con la existencia humana y como portadores de aquélla, a nadie se le legitima disponer de la existencia vital del hombre.

La vida humana es un bien sagrado sobre el que no es lícito disponer del hombre⁶⁶⁹; importa el bien jurídico más importante por antonomasia, es el

668 ASÍ, GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Contra la pena de muerte*, cit., p. 29.

669 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 33.

soporte material, que permite que el individuo pueda desarrollar sus demás bienes concomitantes, es pues *conditio sine qua non* para poder participar en los procesos socio-económicos-culturales.

Una justicia humana de los hombres que no puede imponer males que contradicen sus valores ético-sociales, es decir, la esencia de la persona humana y la dignidad intrínseca a su existencialismo; empero, en un Estado Constitucional de Derecho no podemos irrogar una justicia divina, las sentencias judiciales se pronuncian a nombre de la sociedad y no de Dios, en una democracia participativa de naturaleza laica, se permite la libertad de credo y de religión, no podemos olvidar que a nombre de Dios se han cometido a lo largo de la historia las más graves atrocidades que la humanidad ha podido soportar.

Dicho lo anterior, se debe respetar al ateísmo y el agnosticismo, todos somos iguales ante la ley y todos merecemos que nuestra vida sea respetada, tal como lo prescribe la Ley Fundamental, al consagrar que la defensa de la persona humana y el respeto hacia su dignidad como un valor supremo.

La pena de muerte es de naturaleza irracional, que niega el raciocinio humano y que convierte al poder penal en un arma puramente instintivo.

La pena de muerte -como apunta BERISTAIN- es un dictador con manos de hierro, pero -hoy en los países de nuestra cultura- tiene los pies de barro⁶⁷⁰, sus fundamentos se sostienen frágilmente sin mayor argumento legitimador. Sobre todo -y esto con mayor contundencia- es un mal irreparable, ante una sentencia condenatoria a todas luces injusta, la vida eliminada no es susceptible de ser recuperada y de este modo se abren enormes grietas de resentimiento y de desprecio hacia una justicia inhumana, el argumento de la irreparabilidad del castigo en el caso del error judicial debería ya ser decisivo para el rechazo de la pena capital⁶⁷¹, de hecho, la existencia de errores de esta clase es una realidad⁶⁷²; máxime, en sistemas judiciales afectos a la corrupción.

La criminalidad en sociedades como la nuestra, privativa de una serie de defectos estructurales, de exclusiones sociales y de deficiencias estructurales y materiales, no sólo puede enfrentarse con penas severas, (...) olvidan que de la sanción penal se puede decir con frecuencia que "*es peor el remedio que la enfermedad*".

670 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 209.

671 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 70.

672 MIR PUIG; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 693; BERISTAIN A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 219.

La política criminal contemporánea -como dice BERISTAIN- exige un fundamento jurídico y filosófico válido para hoy⁶⁷³, ya no puede fundamentarse en opciones meramente utilitaristas y desbordar la esfera legitimante del Derecho penal.

La pena de muerte como tal, deja de ser rotulada como «pena» y se convierte en un mero «castigo», en un mal que supone una afectación sin límites, cuando a nombre del Derecho penal se elimina a un condenado, se convierte en una respuesta ajena a la racionalidad y al contenido humanista de la elaboración jurídica, donde prima las razones y no el sentimiento de venganza.

En palabras de TORIO, la pena de muerte, la tortura y las penas corporales comprometen estructuras valorativas profundas y contra tales hechos se reacciona con una actitud absoluta, pura, que consiste y se agota en la convicción de que no-deben-ser⁶⁷⁴; la pena capital, por tanto, es la creación del producto más inhumano que pudo inventar el hombre a todo lo largo de la historia del Derecho penal.

Para lo único positivo que sirve la pena capital es para ser utilizada como instrumento de estudiantes -deseosos de medir su barómetro empírico- o de ilustrar las cátedras universitarias con un debate de alto contenido dogmático, como una proposición de verdades y de enunciados sometidos a la confrontación doctrinaria; en palabras de BERISTAIN "Todos somos verdugos y médicos". Cuando se ejecuta a un condenado todos somos cómplices, pues nuestro silencio expresa la conformidad de un derramamiento de sangre inhumano, nos olvidamos de la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, tomamos distancia y nos refugiamos en argumentos, en puridad *defensistas*.

El poder penal público en una sociedad democrática necesita de límites y aquellos se explican fundamentalmente, por el contenido esencial de las libertades fundamentales.

Un control del crimen de raíces puramente utilitaristas, trasciende el umbral de legitimidad del Derecho penal, recalando en una política criminal que sólo se encamina a los fines, a los objetivos, dejando de lado su justificación axiológica; en resumidas cuentas, la pena de muerte se constituye en un dolor sin límites y sin esperanzas.

Por lo expuesto, es más que redundante que nuestra posición contra la pena de muerte es pues «absoluta», en la actual civilidad de tendencia humanista, la pena capital no tiene cabida por su naturaleza infamante y apocalíptica.

673 BERISTAIN A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 211.

674 TORIO LÓPEZ, *Poder Judicial*, N° 4. 1986, p. 70.

Nuestra legislación positiva es de matiz abolicionista relativo, pues si bien ha suprimido en la codificación punitiva la pena capital⁶⁷⁵, aún mantiene su vigencia en la Constitución Política de 1993, para los casos de traición a la Patria en caso de guerra (se supone de guerra exterior)⁶⁷⁶.

Las objeciones en contra de la pena capital –reseñadas líneas atrás–, no permiten excepciones ni permisiones, por lo tanto la pena de muerte también es inhumana en cuanto se aplique en tiempos de guerra exterior, de igual forma se constituye en la aniquilación de un ser humano por motivos defensistas (soberanía nacional): existe, empero, una contradicción insalvable y una dialéctica que no puede pervivir en un ordenamiento jurídico basado en una coherente integración ideológica.

De acuerdo con la opinión dominante en nuestra doctrina, por ello, creo –dice GRACIA MARTÍN– que ese precepto constitucional debería ser modificado en el sentido de una abolición absoluta de la pena de muerte⁶⁷⁷, de igual forma en nuestro país, el legislador debe optar por una postura abolicionista absoluta y derogar el contenido del artículo 140°.

El derecho, con frecuencia, desarrolla el egoísmo más que el altruismo, la autodefensa más que la simpatía, y separa más que une, y oprime más que libera⁶⁷⁸; la pena de muerte polariza nuestra sociedad y la divide arbitrariamente.

El panorama mundial alimenta el optimismo, desde fines del siglo XVIII se percibe un cambio en la reacción contra la pena de muerte y contra las penas corporales⁶⁷⁹, ésta es una tendencia imparable que debe repercutir en todo el

675 La reforma penal producida en el CP de 1991, fue de tendencia humanista y de fundamentar las bases programáticas del derecho penal bajo un yugo democrático, en el sistema de punición había que reconducir el problema a la realidad carcelaria, en cuanto a sus efectos criminógenos, en tal sentido la reforma del sistema de penas se orientó a introducir nuevos mecanismos sancionadores de menos contenido aflictivo que la pena privativa de libertad. En efecto, la reforma punitiva era progresista, por lo tanto la pena de muerte no podía encontrar cobijo en un cuerpo normativo, que en sus principales principios recoge el sentido humanista: (artículo I del Título Preliminar): “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

676 En cuanto a la aplicabilidad de la pena de muerte en los casos de delito de terrorismo, ver *infra* al respecto apartados anteriores («La pena de muerte en la Constitución»).

677 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 71.

678 BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 221.

679 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

orbe, que se enlaza comunitariamente bajo principios filosóficos de un raigambre humanista⁶⁸⁰.

680 Es inconcebible que en países que siempre salen a la palestra para denunciar las violaciones a los derechos humanos que se producen en otras soberanías, mantengan aún la pena de muerte; es un doble discurso hipócrita y mendaz, que trasciende cualquier argumento racional; en algunos Estados de USA se ejecuta la pena de muerte aún en personas inimputables, como los menores de edad y los enajenados mentales. Es preocupante -como dice MIR PUIG-, la relativización de la pena de muerte en algunos Estados de EE.UU, alentada por movimientos de opinión que piden mano dura ante el aumento de la criminalidad más violenta; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 690; un movimiento radicalista que ha sido más exacerbado luego del ataque al World Trade Center, una nueva política criminal se ha concebido, el "Control Crimen" o la política de "tolerancia cero"; sobre la aplicación de la pena de muerte en los Estados Unidos, se revelan los siguientes datos históricos y estadísticos: -Hasta el día de hoy 800 son las personas que han sido ejecutadas en 38 Estados norteamericanos donde se aplica la pena de muerte establecida normativamente desde 1976; de aquel grupo 35 condenados a esta mortal sanción, sufrían de retrasos mentales, es decir, eran inimputables. Doce Estados y el Gobierno federal prohíben la naturaleza de este tipo de ejecuciones. Los siete métodos ejecutivos, que finalmente eliminan físicamente al individuo, son: Ahorcamiento, fusilamiento, electrocución, inyección letal, decapitación y lapidación, lo cual manifiesta que concomitante a la pena capital se acompañan suplicios corporales. Informaciones periodísticas revelan, que a la fecha un tribunal federal de apelaciones de Estados Unidos ha revocado penas de muerte, bajo el sustento de que aquellos condenados fueron sancionados por un Juez y no por un Jurado, en USA por lo general, aquellos delitos graves (felony) son objeto de subestanciación procesal bajo la potestad jurisdiccional de un Jurado. Estados como Nebraska y Colorado, han permitido que jueces (tribunales unipersonales) sentencien a muerte a los procesados, sin embargo, las cortes federales de apelaciones con jurisdicción sobre ellos han emitido fallos revocatorios. Al respecto la Corte Suprema resolvió que "los jueces no tienen facultades para decidir si los acusados pueden ser condenados a muerte", alterándose de esta manera los principios fundamentales aplicables a juicios por homicidio. En efecto, la pena de muerte en aquellos Estados es aplicación de una justicia compensatoria, equivalente a una justicia del cadí o del talió material, entonces, el Tribunal Supremo recoge la vigencia prevalente de la vida humana, la cual no puede ser objeto de disponibilidad por otro hombre, sin interesar que aquél tenga la potestad de administrar justicia criminal. Así como el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, existen aún 90 países en el mundo que mantienen vigente la pena capital. Algunos de ellos, como China, Egipto, India y Cuba, que la mantienen para delitos comunes, por lo tanto, tipificados en el Código Penal y leyes conexas; en Estados como Arabia Saudita, se llega inclusive al extremo de aplicar la sanción capital a aquellos de tendencia homosexual, sin duda, en países del oriente medio o fuertemente arraigados por la religión musulmán, el Derecho penal continúa siendo confundido con la moral o la religión, por ende, a través del derecho punitivo se pretende reprimir aquellas conductas que no sólo lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos, sino también de imponer determinadas posiciones conductivas, que se establecen en el Corán o en otros cuerpos normativos de contenido religioso, en el mes de abril del presente año la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas exigió la erradicación completa de la pena de muerte, tras aprobar en Ginebra la resolución correspondiente presentada por la Unión Europea. La iniciativa fue respaldada con el voto de 29 países, mientras que 19 se opusieron y cinco se abstuvieron. Entre los que votaron en contra figuran Estados Unidos, Japón, China, Arabia Saudí, India, Pakistán, Indonesia y Egipto. Según informes de la Comisión de Derechos Humanos, en los países en los que todavía se impone la pena de muerte nadie más debería ser ejecutado hasta

5. LA PENA DE MUERTE Y SU RELACIÓN CON LOS FINES DE LA PENA

La evolución ideológica y política criminal que ha desarrollado la teoría pena en los últimos siglos, incidió notablemente en la positivización de la pena capital, ora en su abolición ora en su relativización aplicativa.

Conforme lo anotado, la dialéctica de los fines de la pena, se ha caracterizado por el antagonismo que se presenta entre "retribución" y "prevención", en otras palabras, entre justicia y utilidad. Sea como fuere, la moderna dogmática penal es unánime al considerar que los fines de la pena en el marco del Estado Democrático de Derecho, sólo puede perseguir fines preventivos (general y especial). Sin embargo, la pena quíerese o no, descansa en una naturaleza eminentemente retributiva.

Debe precisarse, entonces, que las teorías de la pena deban dejar de ser consideradas como un capítulo de la filosofía penal, para instituirse en un acabado programa político criminal en sistematización con la dogmática jurídico-penal, a fin de conciliar los efectos de la pena con la realidad social y penitenciaria.

Dicho de otro modo: *urge redefinir el Sistema de Punición en base a un marco de sinceramiento, que permita viabilizar la vigencia efectiva de las penas, de conformidad con su posición finalista.*

Habiendo reseñado el estado actual de la cuestión, pasaremos seguidamente a confrontar la pena de muerte con las posiciones preventivas de la pena⁶⁸¹.

que se derogue la ley. La comisión destaca especialmente como preocupante que varios países hayan suspendido la moratoria que habían impuesto a las ejecuciones. La pena de muerte sólo debería aplicarse tras un proceso justo y jamás contra menores de 18 años, mujeres embarazadas, madres de menores, y disminuidos psíquicos. De acuerdo con datos de la organización internacional Amnistía Internacional, el año pasado se impusieron 2,756 penas de muerte en 63 países. En todo el mundo se ejecutó a 1,146 condenados en 28 países, entre ellos dos personas (una en Estados Unidos y otra en China) que eran menores cuando sucedieron los hechos por los que fueron sentenciados. Hasta la fecha, según Amnistía Internacional, 78 países han erradicado la pena de muerte. En otras 15 naciones se contempla sólo en circunstancias determinadas, como en el marco del derecho de guerra. En otros 24 países todavía existe la pena capital, aunque no se ejecuta desde hace más de diez años.

681 El examen de la pena capital con las teorías preventivas, no incluye la prevención especial positiva (resocialización), en vista de que queda claro, que la anulación de la persona humana por obra de la justicia estatal, es de cualquier punto de vista incompatible con los postulados de la resocialización delictiva desde una perspectiva constitucional. Claro está, que si apoyamos la pena de muerte bajo una argumentación desde las esquilas del Positivismo o de la Defensa Social, podríamos arribar a una posición justificadora, para las penas indeterminadas (pena de cadena perpetua), bajo el estigma inocuidador, pero de ninguna manera, con la posibilidad de eliminar al delincuente para afianzar la seguridad de los ciudadanos.

a. Teorías retributivas de la pena

Estas posiciones teóricas, responden a una visión absoluta de la pena, concibiendo sus fines desde una visión ontológica de la Justicia a partir de la realización de valores ajenos a los que debe tutelar el ordenamiento jurídico-penal.

La realización de la Justicia comporta el máximo valor a alcanzar, el cual se concretiza mediante la imposición de pena, cuya virtud es de restablecer el orden social alterado por el delito y los valores éticos que reposan en el poder de la moral. Su reflexión se centra, pues, en el Derecho que debe ser, en los elementos de moralidad que debe contener un Ordenamiento⁶⁸². Mediante la infracción normativa se comete una corrupción de orden moral, tal como lo exponía Kant.

Lo importante a todo esto es que la Justicia habría de imponer un orden sobre la tierra, castigando sólo a aquellos que culpablemente lesionaron los mandatos normativos y morales. Por todo ello, la sanción punitiva no habría de tener ninguna utilidad para el penado, sólo servir de expiación por el pecado cometido, como si un presidio pudiese servir como un lugar de catarsis y de autorreflexión personal. Para esta concepción filosófica de la pena, ésta se orienta sólo al pasado, y no al futuro, la misión no es evitar la comisión de delitos al futuro, sino de retribuir el mal cometido por el delincuente.

Si bien con la filosofía Kantiana se reconoce la dignidad humana, contrariamente, se utiliza el talión material a fin de graduar la dureza de la sanción, dando lugar a penas infamantes y degradantes de la persona humana. El delincuente que no ha respetado la vida ajena debe ser retribuido perdiendo su propia vida; ésta es la expiación justa por la falta cometida⁶⁸³. Este razonamiento —apunta GIMBERNAT Ordeig—, desconoce para qué está y a qué sirve el Derecho penal⁶⁸⁴. Como si la erradicación de la delincuencia podría lograrse con el mero uso de la sanción supuestamente “justa”, olvidando que la criminalidad —en sociedades como la nuestra— se gesta a partir de una serie de factores, que de nin-

682 PECES BARBA, Gregorio; *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Debate, S.A., Madrid., tercera reimpresión, septiembre 1991, cit., p. 305.

683 El delito —en siglos remotos— era considerado como la violación de un derecho civil o natural del hombre, por lo tanto, la pena constituye la pérdida de un derecho por haber quebrantando un deber, un deber al cual el infractor estaba obligado a cumplir. Pagano, a fines del siglo XVIII, señala que la pena fue llamada venganza pública por los juriscultos romanos, pues aquella venganza que en el estado de naturaleza ejercía el brazo privado del ofendido, en la ciudad la inflinge la autoridad pública; *Principios del Código Penal*. Traducción del italiano por Eugenio R. ZAFFARONI. Revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi — José Luis Depalma Editor, Buenos-Aires, 2002, cit., p. 45.

684 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *Contra la pena de muerte*. En: Estudios de Derecho penal. Editorial Civitas S.A., segunda edición ampliada 1981, Madrid, cit., p. 28.

guna manera pueden ser abordados coherentemente con el uso indiscriminado de la violencia punitiva.

En palabras de Bettiol, la retribución desprovista de cualquier ligamen jurídico se convierte en un puro "terror estatal". El fin del Derecho penal no es el moralizar ni el de retribuir; es mucho más modesto y acorde con las posibilidades humanas; es el de defender a la Sociedad e impedir la lesión de intereses jurídicos en cuya integridad todos estamos interesados⁶⁸⁵.

Dicho en nuestras propias palabras: *pretender legitimar la pena de muerte bajo una concepción exclusivamente retributiva de la pena, significa degradar el Derecho penal a un mero ejercicio de la violencia punitiva, desconociendo los valores que sostienen su legitimación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, los principios de humanidad, de resocialización y de dignidad humana*. La sed de venganza y las emociones deben ser mantenidas lejos de la persecución penal⁶⁸⁶; la justicia no puede ser confundida con la venganza, el uso del derecho por parte de los hombres cubre de racionalidad la respuesta jurídico-penal, incompatible con una consideración retribucionista.

La vulnerabilidad humana se erige como un muro de contención, ante ataques despiadados por parte del Estado. El Derecho penal no puede constituirse de ningún modo en el verdugo de los individuos, sino en su ente protector.

b. Prevención general negativa

A diferencia de la concepción retributiva, la preventiva se dirige al futuro a fin de evitar la comisión de delitos por parte del colectivo social; y, para tal fin, utiliza la conminación penal a efectos de inhibir los estímulos delictivos de los ciudadanos.

La prevención general negativa incide entonces sobre todos los individuos, ejerciendo una comunicación disuasoria fundada en el temor hacia la sanción punitiva; a más pena mayor será el ejercicio disuasivo sobre el ánimo deliberativo a delinquir.

Fue FUERBACH, quien elevó la concepción psicológica de la culpabilidad como fundamento político criminal, lo asentó en una consideración material de

685 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Contra la pena de muerte*, cit., p. 29; como bien apunta MIR PUIG, el Derecho Penal es un medio de control institucionalizado destinado a preservar un orden jurídico a fin de proteger bienes jurídicos, no pretender establecer la justicia absoluta sobre la tierra; *Introducción a las bases del Derecho Penal – Concepto y Método*. Julio César Faria Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2002, cit., p. 51.

686 HIRSH, Hans Joachim; *Acerca de la posición de la víctima*. En: *Derecho Penal. Obras completas – Libro Homenaje*. Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos-Aires, 2002, cit., p. 193.

la función de la norma penal, que denominó teoría de la coacción psicológica: sólo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión, sólo la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos⁶⁸⁷.

La teoría de la prevención general negativa es rebatida a partir de una serie de argumentos, sean estos de carácter psicológico, empírico y sociológico. La prevención de delitos a partir de la idea de la inhibición del estímulo delictivo conforme a la amenaza de la sanción es *per se* empíricamente indemostrable. Esta discusión como señala Pablos de Molina, discurre en el ámbito del simplismo y su "falta de imaginación" por la forma en que concibe el proceso anímico de deliberación del infractor y el efecto contramotivador atribuido a la norma jurídica⁶⁸⁸.

Ahora bien, basta con apreciar estadísticas recientes, para darnos cuenta que la mayor represividad que han alcanzando los marcos penales en el derecho positivo vigente, no han coadyuvado a reducir sustancialmente la incidencia delictiva en nuestra sociedad, si nos referimos a los delitos convencionales.

Sin duda, el delincuente acostumbrado a cometer estos delitos no se inhibe en lo más mínimo con la conminación penal, esto es, su decisión criminal la funda en otros aspectos ajenos a la represión en abstracto. A la circunstancia de que el que realiza un delito capital no piensa en el momento de la ejecución —si es que en ese momento piensa en algo— que su acción va a ser descubierta⁶⁸⁹; cotejemos estos con la cifra negra de la criminalidad y con los numerosos delitos que se cometen en nuestra ciudades, que por uno u otro motivos no les alcanza una sanción punitiva, pese al inicio de la actividad persecutoria por parte de las agencias estatales.

En este caso, nos encontramos ante prontuariados delincuentes, que conocen con exactitud las falencias de la seguridad ciudadana y la morosidad judicial, que propicia un gran margen de impunidad en nuestro país.

La justicia sólo se realiza en los casos más extraordinarios, y, generalmente, demasiado tarde. Todos estos factores abonan para que estos delincuentes manifiesten un mínimo temor a la sanción punitiva, pues, saben que

687 ARROYO ZAPATERO, LUIS; *Principio de legalidad y reserva de la Ley en materia penal*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Mayo-agosto, 1983, cit., p. 14.

688 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO; *Derecho Penal – Introducción*. Servicio publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, cit., p. 141.

689 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Contra la pena de muerte*, cit., p. 28.

muy difícilmente serán castigados. En palabras categóricas de PEÑA CABRERA, "el terror a morir no detiene a los proclives al delito. Si la pena de muerte verdaderamente intimidara, la solución del problema, estaría dada hace tiempo. Lamentablemente la realidad es distinta"⁶⁹⁰.

El miedo a la muerte recién alcanza el condenado, cuando toma conciencia de que su ejecución es en realidad "inminente". Es pueril creer que el sufrimiento es menor porque la maquinaria puesta en función acaba en segundos con la vida de su víctima⁶⁹¹.

Dicho lo anterior, conforme va acercándose la hora de la muerte, el penado ingresa a una angustia indescriptible, sólo en ese momento, toma conciencia del crimen cometido, pero, mas que arrepentirse por aquél, aparece en su interior una rabia incontenible contra el Estado y la sociedad que los postraron en el mayor de los suplicios. Evidentemente visto así, la sentencia de muerte es más espantosa que el crimen del delincuente.

En el no poder evadir la fijeza de la muerte se concentra la mayor tortura, recalca PEÑA CABRERA⁶⁹²; por lo tanto, la pena capital sólo genera pánico en la persona del condenado en las postrimerías de la ejecución letal, mas no en el resto del colectivo.

Por otro lado, la conminación penal no puede ser entendida como un mero ejercicio psicológico sobre la psique de los individuos, a fin de contramotivarlos anti-normativamente, sino que las normas cumplen una función comunicativa hacia los ciudadanos, a fin de configurar espacios de convivencia social pacífica, y cómo, mediante el arraigo social de las normas, consiste en motivar a los destinatarios de las normas, a través de mandatos y prohibiciones, para que no dañen, protejan de peligro, o incluso crean positivamente determinadas realidades que estimen valiosas⁶⁹³.

Con respecto a la obediencia al Derecho, apunta Peces Barba, ésta no se fundamentará sólo en el temor a la sanción, sino en el acuerdo de los ciudadanos, en el consenso⁶⁹⁴, en la medida que las normas, no olvidemos, son fruto de una obra democrática de la voluntad general del pueblo, que se materializa en el proceso legislativo.

690 PEÑA CABRERA, Raúl; *Objeciones doctrinarias a la pena de muerte*. Lima-Perú, 1963, cit., p. 6.

691 PEÑA CABRERA, R.; *Objeciones doctrinarias a la pena de muerte*, cit., p. 5.

692 PEÑA CABRERA, R.; *Objeciones doctrinarias a la pena de muerte*, cit., p. 5.

693 RUDOLPHI, H.J.; *El fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 81.

694 PECES BARBA, G.; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 322.

c. Prevención general positiva

La prevención general positiva aduce una redefinición de la concepción preventiva de la pena, bajo consideraciones estrictamente sociológicas sistémicas, fundadas esencialmente sobre el papel de la norma como instrumento de estabilización de expectativas sociales.

Es de verse, así, que el papel que debe desempeñar la pena, no es ya la intimidación que debe desarrollar la conminación penal, sino restablecer la confianza del colectivo hacia la vigencia fáctica de la norma.

La pena cumple entonces un rol restablecedor de expectativas normativas, a fin de propiciar un contexto de seguridad cognitiva, esto es, que el ordenamiento jurídico se cumple en realidad y de cuyos efectos se sostiene la seguridad del sistema social.

Bajo esta perspectiva, la imposición de la pena importa el reequilibrio psico-social de los ciudadanos normales hacia la vigencia efectiva de las normas, donde el penado se constituye en una unidad de imputación y atribución de expectativas ajenas a su propia persona. "(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado⁶⁹⁵.

Una concepción de la pena así concebida, goza de mayor aceptación que una prevención de efectos puramente coactivos, pues, el fortalecimiento y vigor del Estado de Derecho, depende sobre manera, en que las normas componedoras del ordenamiento jurídico se apliquen en los casos concretos, de cuya incidencia depende la confianza de la ciudadanía hacia el Sistema Jurídico-Estatal en su conjunto.

Ahora bien, cuando la población advierte que las normas no se aplican en los casos concretos, se quiebra la cohesión del sistema político social, y más aún, del principio de igualdad, en la medida que en sociedades estratificadas como la nuestra, la Justicia Penal por lo general únicamente recae sobre los agentes pertenecientes a las clases marginales y desposeídas, pues la selectividad del sistema sólo elige a los más vulnerables.

695 ROXIN, Claus; *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B.J. Maier. Buenos-Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1993, cit., p. 28.

La problemática de la prevención general positiva, es cuando su aplicación se reconduce bajo un norte excesivamente normativista. Por consiguiente, la confianza del colectivo depende en que los ciudadanos ejerzan sus roles adecuadamente, a fin de garantizar la seguridad cognitiva, esto es, la confianza estriba desde una consideración objetiva, a partir de las funciones sociales de cuyo engranaje depende la estabilidad del sistema social.

El concepto sistémico sobrepone el sistema social a la persona, abriendo de esta forma, un campo muy abierto, donde la necesidad de estabilizar el orden social, significa dejar muy al arbitrio del Juez la determinación de la pena. En palabras de Gómez Martín, debe advertirse que en un Estado social y democrático de derecho, el Derecho penal debe tener como fin, además del mantenimiento o restablecimiento de orden público, la protección de la sociedad mediante la prevención de delitos⁶⁹⁶.

Siendo así las cosas, no sólo es necesario mantener un clima de estabilidad cognitiva y de seguridad social, sino que el Derecho penal también, debe tutelar los bienes jurídicos de los infractores de la norma, y como lo hace, determinando una pena que le permita reincorporarse a la sociedad, o prescindiendo de ella, cuando no se a necesaria y merecida. Pretender dirigir la sanción punitiva sólo bajo funciones sistémicas, significa degradar al individuo como mero objeto de imputación, y de apretar cada vez más las redes de represión penal, a fin estabilizar las expectativas normativas.

A partir de esta definición teórica-conceptual, las garantías individuales se degradan, y las necesidades por ejercer un mayor control preventivo, inciden en la exasperación de los marcos penales. En otras palabras dicho: el delincuente se convierte en un "enemigo" del sistema y del orden público, por lo que pierde su condición de persona, por ende, debe ser tratado con una mayor represividad a fin de cautelarla pervivencia del status quo⁶⁹⁷.

696 GÓMEZ MARTÍN, Víctor; *Libertad, seguridad y "sociedad de riesgo"*. En: La Política Criminal en Europa. Directores: Santiago MIR PUIG y Mirenxtu Corcoy Bidasolo, Atelier, Barcelona, 2004, cit., p. 73.

697 El Tribunal Constitucional (Exp. N° 0019-2005-PI/TC), a efectos de desvirtuar los alcances valorativos de la Ley N° 28568, sobre el arresto domiciliario, ha adoptado sin reparos la prevención general positiva como un fin constitucional de la pena, señalando en su parágrafo 42, lo siguiente "Es mas ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial),podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana "(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia". Quiere decir, que la pena persigue la efectividad de la persecución penal y la defensa de la sociedad antes ataques lesivos por parte de sus ciudadanos. Mediante esta postura se acoge la prevención general positiva funcionalista y la doctrina de la Defensa Social, ideología esta última que en su momento pretendió legitimar la imposición de penas indeterminadas así como medidas de seguridad pre-delictivas.

No podemos afirmar, a este nivel de la discusión, que una posición funcionalista de la pena, en términos de la prevención general positiva haya de cobijar en su seno, la pena capital; pero, sí podemos decir, que esta concepción puede ser utilizada con fines ilegítimos⁶⁹⁸.

Debemos ser claros, al sostener que los fines de la pena —desde una dimensión constitucional— sólo pueden legitimarse a partir de los derechos fundamentales, que sirven de contenido sustancial a toda la política criminal del Estado.

Dicho así: *la pena al constituirse en un instrumento de afectación hacia las libertades individuales, debe procurar que éste tenga una utilidad para la persona del delincuente, y para la sociedad en su conjunto. Pretender convalidar sanciones —sumamente severas— so pretexto de garantizar el orden público, significa vaciar de contenido los derechos fundamentales, y colocar como interés fundamental, aquél que no se encuentra reconocido como tal.*

Si bien el Estado debe garantizar la seguridad pública, esta garantía sólo puede desarrollarse mediante los medios que la Constitución y el ordenamiento jurídico confiere a los órganos de persecución. Función que debe realizarse sin subvertir los derechos y libertades fundamentales, en otras palabras, la prevención de delitos debe ejercitarse sin degradar las garantías fundamentales, tal como lo prescribe el artículo 1º de la Ley Fundamental.

6. RECAPITULACIÓN

Nadie en su sano juicio, puede negar que una sociedad democrática deba coexistir bajo un mínimo de paz y de seguridad ciudadana; es sabido, que prevenir la comisión de delitos es un objetivo esencial en el marco del Estado de Derecho, pero, esta consideración político criminal no debe significar la degradación de los derechos fundamentales, tal como lo consagra nuestra Ley Constitucional.

La política jurídico-estatal debe estar siempre al servicio de ciudadano, y no instrumentalizarlo para fines abiertamente incompatibles con su contenido material.

La separación tajante entre un Estado de Policía y un Estado Social y Democrático de Derecho, estriba esencialmente en los métodos que se utilizan para ejercer el control social de las conductas más reprobables por la sociedad.

La racionalización del Sistema Penal importa que los medios de reacción jurídico-penal puedan recoger no sólo los intereses sociales (prevención

698 Así, CANCIO MELIÁ, Manuel; *¿Derecho Penal del Enemigo?* En co-autoría con Günther Jakobs. Primera edición, Civitas, Madrid-España, cit., p. 93.

de la delincuencia), sino también los estrictamente individuales. Estos últimos se garantizan cuando la reacción jurídico-penal se somete a los principios de dignidad, de proporcionalidad y de resocialización.

Conforme lo anotado, la pena capital se constituye en un mecanismo de anulación social, supuestamente dirigido a establecer un clima de paz y seguridad colectiva. Francamente, lo único que propiciará esta apocalíptica sanción, será la generación de una mayor violencia, es decir, el remedio será pero que la propia enfermedad. En definitiva, esto es así, al estimar equivocadamente, que el crimen es una enfermedad que puede extirparse amputando el brazo enfermo, como si los individuos fuesen partes de un organismo que deben sacrificarse para la conservación y estabilización del sistema. Por consiguiente, la analogía de Santo Tomás (a favor de la pena de muerte), sólo puede pretender con cierta fuerza de convicción si se demuestra que la eliminación de un ser humano es imprescindible para salvar a la sociedad. Si fuera esto cierto, ya hace mucho tiempo se hubiesen eliminado de la faz de la tierra, las conductas delictivas, pues, tiempo atrás la pena capital tenía mucho protagonismo en las legislaciones, así como las guerras que se han desarrollado a lo largo de los siglos, las cuales se justificaban y se pretenden justificar bajo el lema de la "libertad" y de la "democracia". Guerras que lo único que ha significado es el derramamiento de sangre inocente, y la opresión de pueblos enteros bajo el yugo dominador de las potencias extranjeras.

Por lo tanto, queda claro que la pervivencia pacífica de la sociedad no depende de la eliminación de los congéneres, sino de eliminar las exclusiones y las desigualdades, para hacer un mundo cada vez más justo.

Debe agregarse por añadidura los errores judiciales, y vaya que nuestro Sistema Judicial padece de aquéllos. La sobrecarga procesal, la morosidad judicial, la inoperancia de los operadores de justicia, carencias logísticas y materiales propician un marco poco alentador para la construcción de un Sistema Judicial que propicie «seguridad jurídica».

A ello habría que agregarse la corrupción, que afecta la imparcialidad y objetividad de la función jurisdiccional. Como podría entonces repararse el daño de haberse eliminado a un inocente, sea porque se fraguaron pruebas sea que existió una connivencia corrupta.

La irreparabilidad de la pena de muerte es incuestionable, no es posible regresar al estado anterior, es una sanción al algere. Sobre este punto, no podría decirse, que bastaría con una indemnización económica, el dinero no puede regresar al muerto a la vida.

Sólo cabe concluir que la pena de muerte no tiene efectos preventivos, sólo retributivos, se constituye en una venganza pública ante un individuo que no puede resistirse a la maquinaria estatal exterminadora.

Positivizar la pena de muerte implicaría no sólo reformar el artículo 149º de la Constitución Política del estado, pues, en definitiva, habría que reformar de forma radical el artículo 1, en el sentido, de que la protección de la persona y el respeto a su dignidad pueden ser dejados de lado, cuando otros intereses estatales se opongan a su realización material, esto es, la retribución del delito.

Parafraseando a PEÑA CABRERA podemos afirmar, que con esta sanción capital, al hombre –por paradoja- se le mata dos veces. La primera ejecución, que es la más cruel y la más aterradora, no está en los objetivos de carácter retributivo de la pena, salvo que se quiera impregnar la justicia penal de un sadismo que no hace honor a la civilización. En tal sentido, no es concebible una sociedad que remueva los instintos para aterrorizar a sus miembros. La dignidad y la equidad deben prevalecer so pena de auspiciar la degradación humana. La segunda ejecución, inmediata, da cuenta de la finitud biológica; es ésta la clase de ejecución que la ley persigue; los que la formularon no advirtieron la esencia trágica de la que la antecede⁶⁹⁹.

No cabe más que rechazar la pena capital con toda energía, su inclusión normativa implicaría degradar aún más nuestro Derecho penal –liberal y garantista-, que tanto esfuerzo costo a los grandes pensadores que nos precedieron en el tiempo.

Las respuestas al fenómeno criminal deben encuadrarse bajo los principios que sostiene el marco jurídico-constitucional, no sólo proyectadas desde un ámbito punitivo, sino también desde una perspectiva social.

Antes de proponer medidas de esta naturaleza, los compiladores, deberían preocuparse por hacer en realidad efectivas las medidas de sanción con las que cuenta nuestra codificación punitiva, y de recibo habrá que señalar que el Código cuenta con sanciones punitivas sumamente severas.

Consecuentemente, ni razones de prevención general ni menos razones retributivas pueden legitimar de ningún modo el retorno a la infamia y a la crueldad estatal.

699 PEÑA CABRERA R.; *Objeciones doctrinarias a la pena de muerte*, cit., p. 8.

CAPÍTULO XXIX

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Sumario: 1. Conceptos Preliminares. 2. Los Diversos Sistemas en la Legislación Comparada: 2.1 *El Sistema Monista*. 2.2 *El Sistema Dualista*. 2.3 *El Sistema Vicarial*. 3. Las Medidas de Seguridad en el Derecho Positivo (Código Penal de 1991): 3.1 *La Internación*. 3.2 *El Tratamiento Ambulatorio*. 4. Las Medidas de Seguridad en los Inimputables Relativos. 5. Duración de las Medidas de Seguridad.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Nuestro Sistema de punición se corresponde al Sistema Vicarial; se contemplan, por tanto, dos clases de sanciones jurídico-penales: de las «penas» y de las «medidas de seguridad».

La imposición de una pena está condicionada a la responsabilidad penal del autor, en orden a sus capacidades individuales de poder comprender el injusto y de poder dirigirse conductivamente, conforme a dicha comprensión normativa; sin embargo, existen determinados autores que en virtud de defectos de su esfera individual (psico-motriz), no tienen la capacidad de motivación normativa; quiere decir ello, que sus defectos estructurales, a veces congénitos, les impide adecuar su dirección conductiva, de acuerdo al contenido del Injusto, por lo tanto, a pesar de cometer verdaderos Injustos penales, el Derecho penal -como instrumento racional de control social-, renuncia a imponerles una pena en razón de sus efectos represivo-intimidatorios y sustituye la sanción punitiva por una medida de seguridad que tiene por fin la curación, tutela y rehabilitación del agente, conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del CP.

La imputabilidad, por ende, condiciona la *punición*; la imputabilidad comporta la culpabilidad en sentido estricto, de acuerdo a un juicio de reproche esencialmente individual que recae sobre el sujeto infractor de la norma; versa

en principio sobre la responsabilidad penal, o dicho así: *de las condiciones que deben concurrir para que el autor sea pasible de una pena, de conformidad con los fines que se desprenden de la sanción punitiva.*

A todos aquellos que presentan las características definidas en el artículo 20° inc. 1 del CP, se les denominan «inimputables»; empero, para que pueda aplicarse legítimamente a un individuo una medida de seguridad deberán confluir simultáneamente los siguientes presupuestos: -el agente deberá realizar una conducta conducible a los alcances normativos de un tipo penal y que éste en razón de su personalidad, revele una prognosis de peligrosidad social, de cara a futuro; que demuestre un elevado pronóstico de proclividad a cometer delitos en el futuro; con ello nuestro sistema de punición, se aleja de un concepto puro de «culpabilidad», para adentrarse a arenas oscuras propias de la «peligrosidad», cuya estructura criminológica se condice únicamente con un Derecho penal de autor, incompatible con las bases principistas del CP de 1991.

JESCHECK, sostiene que para el pronóstico sólo interesa el dato de si pueden esperar nuevos hechos que justifiquen la imposición de la medida; resulta importante destacar que el juicio de imputabilidad se circunscribe al momento de la comisión del delito, mas no *post patratum delictum*.

Nuestro sistema penal reconoce dos clases de inimputables: -los absolutos y los relativos, éstos últimos revelaban un déficit psicofísico, pero al no desplegar el efecto neutralizador de forma plena, la capacidad de motivación normativa, quedando aún una parcela psíquica de comprensión normativa; se les denomina, por tanto, «inimputables relativos» y de conformidad a lo previstos en el artículo 21° del CP, el juzgador podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, no serán, entonces, pasibles de una exención de sanción, mas sí de una pena considerablemente atenuada.

Partimos por tanto, de un derecho penal medicinal, donde se mezclan las penas con las medidas de seguridad, donde los factores se superponen: «culpabilidad» y «peligrosidad», han sido siempre dos elementos de conflicto en la doctrina, al evocar una concepción distinta del Derecho penal.

La culpabilidad es la base fundamental de un «Derecho penal del acto», en cuanto a la legitimación del aparato punitivo de imponer penas, cuando el autor ha manifestado con su conducta una lesión a un bien jurídico penalmente tutelado, definido por el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, dos elementos que otorgan base material al injusto personal; en cambio, la peligrosidad ha sido un factor mas imbricado a la personalidad del autor, dejando de lado el hecho punible, valorando negativamente las actitudes del autor cuando despliega una conducta antijurídica, llegando al extremo de justificar la imposición de penas sin delito. A esta concepción del Derecho penal, cabe atribuir una orientación más represiva, pues so pretexto de mayor peligrosidad del autor, la sanción será mayor, sea como pena sea como medida de seguridad; como dice

STRATENWERTH, en nombre del orden social sólo puede estar prohibido o mandada una conducta determinada, mientras que la imagen de la personalidad se sustrae a toda reglamentación⁷⁰⁰.

Por lo expuesto, cabe decir que a estos agentes manifiestamente "inimputables" no les puede recaer una sanción de naturaleza retributiva como lo es la pena⁷⁰¹; las limitaciones al poder punitivo que comporta el principio de culpabilidad determinan que el Derecho Penal no puede cumplir su función con la pena como única consecuencia jurídica del delito⁷⁰².

Desde los postulados ideológicos del positivismo criminológico, se dio entrada a la conformación de un «Sistema Dual», que permitió reacciones penales diferenciadas, tomando en referencia las particularidades individuales del agente infractor; era lógico que desde la tipología absoluta de la pena no podía concebirse una reacción jurídica distinta a la pena, pues la sanción era únicamente el juicio sobre el acto antijurídico, sin tomar en consideración la personalidad del autor, era un Derecho penal del acto sustentado individualmente bajo el paradigma del libre albedrío⁷⁰³.

El desarrollo científico-jurídico de la teoría de la peligrosidad y de las medidas creadas para combatirla corresponde al último tercio del siglo XIX⁷⁰⁴.

La vigilancia policiaca -como apunta LANDROVE DIAZ-, el internamiento de enajenados declarados irresponsables, el aislamiento de vagos y mendigos o las instituciones nacidas para educación de menores suponen otras tantas medidas que históricamente, y desde tiempos remotos, se arbitraron en beneficio de la colectividad, para la que el acto del inimputable -por ejemplo- suponía un peligro cierto⁷⁰⁵.

700 STRATENWERTH, G.; *Derecho penal. Parte general*, I, cit., p. 76.

701 Para sancionar legítimamente con una pena en el Estado de Derecho, se debe exigir culpabilidad en la persona del autor -como productor de un estado de cosas desvalorado- lo que en actualidad se denomina "imputación individual"; como ha señalado WELZEL, la función de protección de la pena está limitada, tanto material como personalmente, a la retribución justa por el quebrantamiento del Derecho de un autor que actúa culpablemente; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 326.

702 ROXIN, Claus; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 28.

703 Así, GRACIA MARTÍN; "...la llamada Escuela Clásica se caracteriza porque la mayor parte de los penalistas que se vinculan a las concepciones ideológicas y filosóficas clásicas sobre el Derecho de penar, postularon que la responsabilidad penal se basaba en el libre albedrío, y que la pena, por ello, en cuanto consecuencia jurídica del delito, debía encontrar su fundamento exclusivamente en la culpabilidad y orientarse a la retribución, al restablecimiento del orden externo de la sociedad perturbado con el delito"; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., ps. 354-355.

704 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 165.

705 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 165.

En pretéritos tiempos de su aplicación social, las medidas de seguridad se sustentaban en *pronósticos de peligrosidad*, de cara a futuro que exteriorizaban ciertos autores en su proceder conductivo; ello suponía un peligro para los demás miembros de la sociedad, lo cual justificó la imposición de medidas de seguridad pre-delictivas; a tal efecto, la mejor forma de proteger a la sociedad de estos sujetos era la de inocularlos y segregarlos de la sociedad encerrándolos en supuestas instituciones tutelares, como medio encubierto para desarraigados de forma definitiva de la sociedad.

Los postulados de la Escuela Positiva no encontraron arraigo suficiente en los Ordenamientos penales occidentales como para lograr sustituir las penas por medidas, pero sí consiguieron que se optara, ya desde el primer cuarto de este siglo (pasado), por el llamado sistema dualista o binario: la simultaneidad de las penas y de las medidas como medios para combatir el delito y de reincorporar al delincuente a una vida socialmente adecuada⁷⁰⁶.

Los postulados, fuertemente sostenidos bajo la definición del «peligrosismo», conllevó a la intención de pretender unificar el sistema de sanciones, en una respuesta *unificante*, sustituyendo las medidas a las penas, de este modo se quiebra indefectiblemente la relación jurídica entre delito y pena, que sólo puede ser explicada racionalmente por la culpabilidad del autor; esta propuesta significaba vulnerar los criterios legitimantes del *ius puniendi*, conforme a la remisión de conceptos sociológicos o medicinales, encaminados unívocamente en la defensa de la sociedad -como fue la estructuración ideológica de la nueva Defensa Social dirigida por GRAMÁTICA y luego ocupada por MARC ANCEL⁷⁰⁷.

Dicho lo anterior, la pena se reserva al agente imputable y la medida de seguridad es privativa de aquellos concebidos en términos punitivos como «inimputables».

En el moderno Derecho penal, a la pena se han añadido, como consecuencia jurídica del delito, de naturaleza específicamente penal, las denominadas medidas de seguridad⁷⁰⁸.

Las medidas de seguridad -como apunta ANTOLISEI- forman parte del Derecho penal en cuanto prevén y se disciplinan por el Código Penal y en cuanto, especialmente, al igual que las penas constituyen medios de lucha contra el

706 M. CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ; *La aplicación de la pena (Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito)*. Bosch. Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1996, p. 79.

707 Los representantes de la defensa social únicamente estructuran su teorema en base a las necesidades del orden social -al cual lo reconocen como válido-, sin tomar en consideración al momento de la sanción el orden jurídico, niegan la pena y sólo admiten la medida de seguridad, es decir, únicamente se orientan al futuro sin retrotraerse al pasado.

708 CEREZO MIR; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 33.

delito. Siendo consecuencias jurídicas de hechos prohibidos por la ley penal, se dirigen a la misma finalidad que las penas, es decir a combatir el triste fenómeno social que es la criminalidad; no pueden, por ello, pertenecer a una rama distinta del ordenamiento jurídico⁷⁰⁹.

Resulta importa la afirmación propuesta por el autor italiano, pues, se pretendió en un principio sostener que las medidas de seguridad se integraran al Derecho administrativo sancionador, y, como esta rama del ordenamiento jurídico es de cierta forma *preventiva*, ampliaba su ámbito de aplicación a espacios, desprovistos de legitimación.

Convenimos, que bajo los derroteros de un «Derecho penal preventivo», las medidas de seguridad asumen un rol importante, pues es la respuesta idónea ante sujetos no manifiestamente capacitados para motivarse conforme al directivo de conducta, implica una protección de la sociedad ante autores que con su obrar conductual revelan un estado de peligrosidad que pone en riesgo los bienes jurídicos de los ciudadanos y, asimismo, el autor inimputable es sometido a un tratamiento curativo-rehabilitador con el fin de reinsertado en la vida comunitaria, evitando así la reincidencia en función de la individualidad⁷¹⁰.

Esto último es importante, en razón de que en un principio las medidas eran únicamente encaminadas a la protección de la sociedad, pues ahora se aplican también bajo los fines de corrección o de curación⁷¹¹, de una función meramente «aseguradora».

En un sector de la doctrina le pone el acento en la función de corrección o mejora de las medidas de seguridad (*Besserung*); así lo define normativamente el artículo IX del Título Preliminar del CP, al señalar que: "*Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación*".

709 ANTOLISEI, Francesco; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tipográfica Hispano-americana. Buenos Aires. 1960. Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio, p. 564.

710 Así, WELZEL; "La protección de la comunidad se obtiene impidiendo una actividad delictual futura de personas peligrosas (medida de seguridad en el sentido estricto), o readaptando al autor para una vida ordenada (medidas de corrección)"; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 360.

711 Así, GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 354; al respecto MOLINA BLÁZQUEZ señala "Las medidas han recibido diversos nombres: de seguridad, de corrección y seguridad o simplemente medidas penales. El primer nombre fue el originario, pero se le achaca que no comprende más que uno de los fines de las medidas: el aseguramiento de la sociedad. Por eso comenzó a utilizarse el segundo, especialmente en el área germana, pues comprende los aspectos de las medidas: el intento de corregir y el de asegurar a la sociedad respecto del delincuente (...); *La aplicación de la pena*, cit., p. 80.

Nuestra codificación punitiva adopta el Sistema Vicarial, sistema que va a diferenciar: pena de medida de seguridad, integrándose mutuamente, definido el primero, sobre la culpabilidad del autor, mientras que las medidas de seguridad tienen como fundamento la peligrosidad del sujeto⁷¹², son dos fundamentos que si bien encierran conceptos distintos, ambos se armonizan en la concepción de un Derecho penal del acto -tal como lo consagra nuestra codificación punitiva-, pues ambas respuestas jurídico-penales presuponen el injusto, es decir, la comisión de un acto típico penalmente antijurídico.

Somos contestes, por tanto, de la imposición de medidas pre-delictivas por vulnerar el principio de lesividad o del *nullum crimen sine inuria*, pues toda pena o medida de seguridad presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados. Admitir esta medida de seguridad sería concebir que en el Derecho penal existen penas sin delitos⁷¹³, la previa comisión de un delito es antecedente unitario y común a penas y medidas de seguridad, contemplándose estas últimas también en el Código Penal⁷¹⁴.

Las medidas de seguridad pre-delictivas se constituyen en verdaderos actos de un poder penal expansionista pero en verdad -anota BUSTOS RAMÍREZ- las medidas de seguridad atacan, por su arbitrariedad, no sólo los fundamentos del derecho penal, sino las bases mismas de un Estado de derecho, ya que se basan exclusivamente sobre una presunta peligrosidad del sujeto, conforme a la cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales⁷¹⁵. Aquello no supone renunciar al fin preventivo de las medidas de seguridad, no significa que deba esperarse a la comisión de acciones punibles para que se ponga en marcha la prevención de delitos⁷¹⁶. Simplemente, habrá que reconducir a las medidas de seguridad a los principios de *ultima ratio* y de subsidiariedad que caracterizan a un Derecho penal democrático, de utilizar otras medidas menos aflictivas, que por su naturaleza también preventiva, están en capacidad de actuar eficazmente ante sujetos de tales características.

El Derecho Penal, en consecuencia, suele definirse como el conjunto de normas que asocian al delito, penas o medidas de seguridad⁷¹⁷.

712 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal Estudio Programático de la Parte General*, cit.

713 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. EDIAR, Buenos Aires, 1983, T. V, p. 458.

714 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., ps. 60-61.

715 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 7.

716 LANDROVE DÍAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 168.

717 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; Cfr. *Ibidem*.

Esta diferencia cualitativa entre pena y medida de seguridad fue estructurada programáticamente en el proyecto para el Código Penal suizo de 1893 por Carl Stoos⁷¹⁸.

Un sistema de punición dualista, cuyo sentido originario fue el de salvar -como destaca RODRÍGUEZ MOURULLO- la esencia retributiva de la pena, y que ya a finales del siglo XIX, se percibía claramente que la pena, por su esencia retributiva ya destacada, no podía satisfacer una serie de necesidades político-criminales a las que urgía prestar especial atención⁷¹⁹.

A la pena se le atribuye una función de prevención -general y especial- tal vez con mayor énfasis en la primera, mientras que a la medida de seguridad tiene por finalidad la prevención especial, de curación y de corrección en la persona del delincuente⁷²⁰, pero hay que reconocer una naturaleza retributiva⁷²¹, un mal que se impone mediante el internamiento en un establecimiento hospitalario, y un sentido «inocuidador», en tanto la reclusión se indetermina en el tiempo conforme a la imposibilidad curativa.

718 Así, MAPELLI al sostener que: "(...) el nacimiento de las medidas de seguridad responde a coordenadas bien conocidas: desde la segunda mitad del siglo XIX y hasta bien entrado el XX el positivismo científico penetra en la reflexión penal, invitando a dejar de lado las anteriormente extendidas consideraciones metafísicas ancladas en el Derecho penal..."; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 199.

719 Citado por LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 166.

720 Así, CEREZO MIR, al apuntar que: "Las medidas de seguridad y reinserción social deben orientarse exclusivamente a los fines de la prevención especial, es decir: a la advertencia individual, a la corrección o enmienda y a la inocilización del delincuente"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 33. Así también MIR PUIG al señalar que "No cabe duda alguna de que en el derecho positivo las medidas de seguridad tienden a la prevención especial, sea inocuizando al delincuente -medidas asegurativas-, reeducándolo -medidas educativas- y curándolo -medidas terapéuticas-; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 78.

721 En contra LANDROVE DIAZ quien señala que la esencia de la medida de seguridad no es retributiva, porque no responde al reproche de culpabilidad; no tiene su esencia vinculada al pasado (culpabilidad del agente), sino al futuro (la peligrosidad del sujeto); *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 166; en el cap. sobre las teorías de la pena, hemos hecho hincapié acerca del diverso contenido de los fines que debe desplegar la pena con su esencia o sentido (Sine) intrínseco de la pena, este último denota siempre una retribución, pues la pena es un mal que se impone a aquel que culpablemente infringió la norma, del mismo modo, la medida de seguridad implica una privación de libertad de efectos socialmente anulatorios, que se deriva del injusto cometido y de la peligrosidad criminal revelada por la personalidad del agente; así, GRACIA MARTÍN al escribir que las medidas de seguridad, como la pena, son medios coactivos estatales de protección del ordenamiento jurídico y su aplicación supone siempre también materialmente la irrogación de un mal al sujeto a quien se impone, pues su ejecución da lugar siempre, de un modo u otro, a una privación o restricción de bienes o derechos fundamentales; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 361.

Para ZAFFARONI las medidas de seguridad lejos de cumplir un fin terapéutico, coarta la libertad del individuo por el solo hecho de ser "diferentes"⁷²²; la medida de seguridad en realidad puede constituirse en una forma solapada de desarraigar al «peligroso» de la comunidad social. De ahí que puedan definirse las medidas de seguridad como los métodos que se utilizan respecto a sujetos que tienen tendencia a la comisión de delitos, para obtener su *rehabilitación* o, en último extremo, para mantenerlos aislados, a fin de que no causen perjuicios a la convivencia ciudadana⁷²³, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado⁷²⁴, por lo cual deben sujetarse al mismo régimen de garantías penales de la pena.

Definiremos a las medidas de seguridad como aquellas medidas sancionadoras, ajenas a toda concepción retributiva de la pena, que se aplican a sujetos peligrosos, perpetradores de hechos punibles, en razón de la defensa de la sociedad y a partir de una pretensión curativa y rehabilitadora de la persona del inimputable (absoluto o relativo), medidas que también importan la privación de libertad del sujeto infractor.

El Derecho penal preventivo o, mejor, la dimensión preventiva del Derecho penal, ha girado en torno a dos instituciones básicas -señalan M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN-. La primera de ellas, la peligrosidad criminal⁷²⁵. Y la segunda, las medidas de seguridad⁷²⁶; entre ambas han coexistido distintas relaciones jurídicas, que han dado cabida a sistemas penales de medidas diferenciadas según la valoración de los elementos que presuponen su aplicabilidad.

Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la pena retributiva constituye el presupuesto de los sistemas "dualistas" o de "doble vía", sistemas que conducen a la lógica acumulación de consecuencias jurídicas inspiradas en necesidades nítidamente diferenciadas (retribución, la pena; prevención especial, la medida); por el contrario, si se confiere una función común a la pena y la medida (protección de la sociedad) o se reconoce que también la pena ha de orientarse a la prevención especial, se mitiga el rigor de los sistemas dualistas, dándose

722 ZAFFARONI, E. R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 463.

723 MOLINA BLÁZQUEZ, M. C.; *La Aplicación de la Pena*, cit, p. 79.

724 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARAN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 606.

725 La peligrosidad criminal se refiere a la aptitud para cometer delitos que un sujeto revela en su personalidad, la probabilidad potencial de cometer delitos en el futuro, como el maleante o el maniaco-sexual, donde se constituye en una verdadera amenaza contra los bienes jurídicos de los ciudadanos, "peligrosidad personal" del sujeto que se adjetiva de "criminal" cuando el hecho socialmente dañoso o peligroso, cuya probable comisión se teme, es considerado delictivo por el ordenamiento jurídico (LANDROVE DIAZ: p. 167).

726 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 895.

paso a soluciones sustitutivas (sistema vicarial) o a sistemas monistas, que evitan la acumulación de una y otra consecuencia jurídicas⁷²⁷.

2. LOS DIVERSOS SISTEMAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

2.1. El Sistema Monista

«Sistema Monista», es aquel que unifica el sistema de punición en una única respuesta sancionadora, en este caso la medida de seguridad o la pena asume una posición única de la actividad represiva del Estado. Constituye expresión de una mentalidad simplificadora en Derecho penal, que viene a propugnar, en definitiva, desde sus distintas enunciaciones, que se utilicen las penas o las medidas de seguridad, pero no ambas⁷²⁸, surge como una composición sancionadora unificada que pretende combatir el delito mediante una única respuesta jurídico-penal.

La adopción de una consecuencia jurídica única se ha propugnado tanto en nombre del Derecho penal clásico de la pena «retributiva», para afirmar el monopolio de ésta, como al amparo de concepciones preventivas, proponiendo la sustitución total del sistema de penas por el de medidas o tratamientos, como sucediera con la «sanción criminal» del positivismo y el sistema unitario de medidas de la defensa social, donde la «medida» es la sucesora o heredera de la pena en la evolución progresiva del Derecho Criminal⁷²⁹.

En una concepción absoluta de la pena, las medidas de seguridad no tenían cabida, donde la pena presupone «culpabilidad», en términos de la concepción metafísica del «libre albedrío», el análisis individual del hombre culpable -descriptivamente- no tenía mayor valor, sólo a un nivel sintomático, donde la pena era concebida únicamente, como un instrumento restablecedor del orden social alterado por el delito.

Conforme los dogmas del positivismo criminológico, el análisis del hombre culpable (*mens rea*), importaba el núcleo fundamental del modelo político-criminal, donde el concepto de «peligrosidad criminal» se convierte en la piedra angular del sistema de punición; a la larga una concepción defensista de la sociedad (MARC ANCEL) y la introducción de una serie de conceptos terapéuticos, terminaron por trascender el campo de la juridicidad y de la estricta relación entre delito-pena, pasando a un Derecho penal de «medidas pre-delictivas».

727 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 190.

728 M. COSO DEL ROSAL T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 896.

729 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 208.

Para estas orientaciones doctrinales -y otras de signo semejante-señala LANDROVE DIAZ, aun cuando entre ambas pueden señalarse diferencias secundarias, no existe una diferencia sustancial: se afirma que pena y medida de seguridad consisten en una disminución de bienes jurídicos, son proporcionadas a la peligrosidad del delincuente, ambas sirven a los fines de prevención general y especial y son aplicadas por los órganos de la jurisdicción penal⁷³⁰.

Un sistema de punición así concebido («monologante»), resulta impensable con arreglo a una descripción sociológica, que demanda respuestas diferenciadas para situaciones esencialmente distintas. Y en el marco de la ejecución -escribe GARCÍA-PABLOS DE MOLINA-, incluso los partidarios más representativos del sistema dualista reconocen la necesidad del tratamiento único o unitario de ciertos delincuentes (los imputables peligrosos), adecuado a la personalidad del sujeto⁷³¹; ¿Qué podría decirse de los inimputables relativos?, como: el toxicómano, el ebrio, aquellos que sin ser inculpables en sentido estricto (inimputabilidad), revelan *pronósticos de la llamada peligrosidad*.

El monismo en Derecho penal introduce más que una fusión entre penas y medidas, una confusión de dichas instituciones que no puede ser aceptada ni conceptualmente, ni tampoco con fundamento en consideraciones político-criminales⁷³².

La pena presupone culpabilidad y la medida de seguridad presupone peligrosidad, la pena se retrotrae al pasado a fin de imponer la pena justa (retribución) y de colmar las necesidades de prevención general (intimidación), mientras que la medida de seguridad debe proyectarse al futuro, mediante el tratamiento curativo-correccional (prevención especial), amén de que el sujeto peligroso pueda reinsertarse en la comunidad social ofendida por el delito.

En palabras de BETTIOL, los conceptos de culpabilidad y de peligrosidad pueden coexistir pero no pueden confundirse, porque son nociones completamente heterogéneas que reposan sobre planos distintos y responden a exigencias diferentes. La culpabilidad es un juicio de valor cierto y comprobable, mientras que la peligrosidad es un juicio de prognosis, conceptualizado condicionalmente⁷³³.

El tratamiento unitario, a tal efecto, resultad inconcebible desde un Derecho penal, sostenido y construido desde un *prima valorativo*, no puede darse una misma respuesta, frente a circunstancias y características que presentan particularidades distintas.

730 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 170.

731 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; Cfr., *ibidem*.

732 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 986.

733 Así, LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 170.

2.2. El Sistema Dualista

Un sistema de punición monologante no podía sobrevivir mucho tiempo ante los avatares de una realidad social necesitada de nuevas respuestas en la lucha contra la criminalidad⁷³⁴.

Las medidas de seguridad surgen en el proyecto del Código Penal suizo de 1883 elaborado por CARL STOOS, quien parte de tres criterios básicos: En primer lugar, la pena se impone al culpable de un delito, precisamente por causa de éste, mientras la medida tiene como razón de ser la peligrosidad del sujeto. En segundo lugar, la pena es un mal, que se aplica con el propósito de producir sufrimiento a quien la padece; las medidas, por el contrario, son sólo un resorte asegurativo, cuyo fin directo no es producir sufrimiento alguno, aunque impliquen una restricción de los bienes y derechos de la persona. Por último, el quantum de la pena viene dado por la gravedad de la lesión del bien jurídico afectado por el delito -y por la culpabilidad del autor-, fijándola el juez dentro de los topes que la ley establece; en cambio, las medidas de seguridad se especifican en la ley conforme al fin de las mismas, y su duración es indeterminada ya que depende del resultado obtenido, cesando cuando se consigue el objetivo al que se orientan: la resocialización, la enmienda o la inocuización del sujeto, según los casos⁷³⁵.

De las premisas anotadas, se obtiene la plataforma sustancial, que rige el sistema de punición «dualista», sus presupuestos legitimadores (culpabilidad y peligrosidad), su duración (proporcional al hecho delictivo-pena, indeterminado por su condicional disvalor del injusto penal-medida de seguridad).

Dicho lo anterior, las penas se diferencian de las medidas de seguridad, según un elemento trascendental: -mientras la pena presupone culpabilidad, la medida de seguridad presupone la peligrosidad del delincuente así como la comisión de un injusto penal, en orden a la prognosis de comisión de delitos futuros.

Es este el sistema denominado «dualista» (*Doppobinario o Zweispurigkeit*), en cuanto a regulación de su sistema de punición, a todo un complejo de penas y de medidas de seguridad. A causa de esta dualidad de consecuencias jurídicas del delito -señala ROXIN- que se acoge en numerosos países, resultaría más adecuado hablar de un Derecho de penas y medida pura y simplemente, que de Derecho Penal tal y como se hace habitualmente⁷³⁶.

734 Así, M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 987.

735 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., ps. 194-195.

736 ROXIN; *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, cit., p. 29.

El esquema teórico del dualismo culpabilidad-pena y peligrosidad-medida de seguridad, apareció con el intento de conciliar las tipologías retribucionistas con las prevencionistas⁷³⁷.

En el sistema «dualista» se acoge un sistema acumulativo de ambas medidas (pena y medida de seguridad), en orden a su distinta naturaleza y función, estableciéndose una prioridad de la pena respecto de la medida de seguridad, en virtud de las exigencias propias e inherentes a la justicia-.

Es de verse, por tanto, que la pena tiene una naturaleza retributiva pero orientada a la «prevención general», quedando relegada la función de «prevención especial» en la etapa ejecutiva, mientras, que la medida de seguridad se orienta exclusivamente a la prevención especial, es decir, a la «corrección», «rehabilitación» e «inocuidad».

La pena se impone sólo al imputable, la medida al peligroso, sea imputable o inimputable; las primeras se aplican de forma determinada, fijándose en la sentencia la especie y duración, mientras la segunda se somete al régimen de sentencia indeterminada⁷³⁸.

En efecto, (...) parece claro que la pena, en cuanto institución, no nació por razones de prevención especial, sino general, mientras la medida surge ante la crisis de la pena retributiva y precisamente por necesidades de prevención especial⁷³⁹.

Una formulación político-criminal que enlaza ambas sanciones (penas y medidas de seguridad) a una mayor eficacia en el combate contra la criminalidad, de aplicar penas a los imputables y medidas de seguridad a los inimputables (*manifiestan pronósticos de peligrosidad*); empero, en algunas ocasiones justificando la aplicación acumulativa de ambas, sin permitir soluciones mitigadoras del poder pena, es decir, de prescindencia de punición.

Así, se dice, que no siempre es necesaria su aplicación y que la finalidad de las penas y medidas privativas de libertad es unitaria y mantener su distinción constituye un auténtico fraude puramente nominalista o de «etiquetas», si aquélla es para ambas la reeducación y reinserción social, y por último, que la preferencia ejecutiva de la pena, antes que la medida, conduce a situaciones irracionales además de injustas⁷⁴⁰.

737 Así, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARAN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 605-606.

738 ANTÓN ONECA, José; *Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal/lure, Madrid, 1986.

739 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 197.

740 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 897.

Resulta pues, arbitrario en el marco del Estado de Derecho, que recaigan doblemente ambas sanciones, primero una pena y luego una medida de seguridad; si en realidad ambas contienen una faz retributiva, tanto pena como medida de seguridad constituyen una privación o restricción de bienes jurídicos, por ende, un mal inevitable sobre los bienes jurídicos del condenado, tomando lugar una *hiperbolación*, que en nada abona en la edificación de un Derecho penal democrático.

A este sistema de punición, parece preferible el sistema monista; el CP de 1924 establecía la posibilidad de aplicar después de la ejecución de la pena una medida de seguridad, así su artículo 41°, al disponer a la letra lo siguiente: "*Tratándose de delitos reprimidos con prisión, perpetrados por un ebrio habitual, que al delinquir se hubiera hallado, o no, en estado de embriaguez, el juez puede ordenar, previo dictamen de perito-médicos, que después de la ejecución de la pena se coloque al condenado en una casa de tratamiento y de trabajo*".

Teniendo, entonces, que el Código de Mautua se adscribía al sistema dualista, previéndose la posibilidad de aplicar conjuntamente una pena con una medida de seguridad, a aquellos inimputables relativos⁷⁴¹, una doble imposición coactiva que podía trascender los márgenes jurídicos de la pena justa.

2.3. Sistema Vicarial

Habiéndose advertido un sistema de punición deficitario, surge otro con posibilidades de corregir las insuficiencias dogmáticas, que presentaba el «sistema dualista», corriente que vino constituida por el «sistema vicarial», facilitado por el alejamiento ideológico de las bases positivistas y más anclado a un sistema penal de mayor riqueza doctrinaria, y, sobre todo, a un sistema penal impregnado de valoraciones político-criminales.

La elaboración en el derecho positivo de un «Derecho penal del acto», supuso sujetar el sistema sancionador a mayores límites, a ciertos principios legitimantes; sistema que aparece como correctivo del dualista y para subsanar los inconvenientes de éste en el marco de la ejecución de consecuencias jurídicas privativas de libertad, sobre todo con relación a determinados supuestos de delincuentes: -sujetos imputables particularmente peligrosos, como los reincidentes; alcohólicos y toxicómanos, enfermos mentales y semiimputables⁷⁴².

741 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A./FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 60.

742 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 214.

Sus características esenciales son que la pena, fundada en la culpabilidad puede ser sustituida en su ejecución por una medida de seguridad, computándose el tiempo de cumplimiento de ésta con el de la pena⁷⁴³.

El sistema vicarial -como señala PEÑA CABRERA- se va a diferenciar del dualista, en cuanto no se trata de acumular pena y medida de seguridad como lo hace el sistema dualista, sino que la internación como medida de seguridad sea previa a la ejecución de la pena, la cual, por cierto, es lo más adecuado, descontándose incluso de la pena el tiempo de internación, a la cual, se agrega, la facultad de parte del Juez de suspender la pena si el sujeto (imputable relativo, toxicómano, alcohólico imputable) responde satisfactoriamente al tratamiento⁷⁴⁴.

Dicho lo anterior, el sistema vicarial responde a un esquema sancionador más flexible que el sistema dual, pues permite una aplicación sancionadora, *en puridad racional*, de evitar los efectos perniciosos de la prisión ante aquellos imputables relativos, que necesitan más que una pena, una medida de seguridad rehabilitadora, y si de esta última se obtienen resultados positivos se le otorga la posibilidad al juzgador, de prescindir la imposición de una pena.

En los sistemas vicariales, por ello, se concede la disyuntiva al Juez o Tribunal, bien de ordenar el cumplimiento del resto de la pena que queda por ejecutar (una vez computada la medida previa), bien de suspender definitivamente aquella, decretando la remisión condicional⁷⁴⁵; para lo cual el juzgador deberá tomar también en cuenta las necesidades tuitivas de la sociedad, que se hayan desvanecido las probabilidades de reincidencia, en términos de peligrosidad.

Elemento también importante a saber, es que el tiempo de duración de la medida será objeto de descuento por la privación de la libertad sufrida, ambas (medida de seguridad y pena) no podrán sobrepasar el marco penal imponible del injusto cometido por el agente. Por consiguiente, el «sistema vicarial» se ajusta a las garantías de un Derecho penal democrático.

El sistema vicarial está orientado específica y fundamentalmente a aquellos delincuentes que en su acción conductual han revelado una alta dosis de peligrosismo, aquéllos que sin ser considerados inimputables absolutos⁷⁴⁶, ne-

743 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 987-988.

744 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 662.

745 GARCIA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 215.

746 En el artículo 20° del CP, en el catálogo de eximentes (justificantes y disculpantes), se ubican en primer orden las causas de inimputabilidad, como la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y las alteraciones de la percepción; asimismo el artículo 21°, hace alusión a la responsabilidad atenuada o disminuida, aquella definida por una parcial afectación de los estadios antes mencionados, cuando aquéllos no aparecen en su faz completa.

cesitan también, en orden a su recuperación personal, un tratamiento médico adecuado a sus particulares necesidades terapéuticas.

En este sistema, por ende, no se va a producir una confusión conceptual entre «culpabilidad» y «peligrosidad»; la imposición de una pena va a estar reservada a aquellos con capacidad de responsabilidad penal (culpabilidad), mientras que la medida de seguridad, se va a aplicar a los inimputables absolutos y relativos, evitándose así los efectos perniciosos que se derivaban del sistema dual- acumulativo, en el cual se le atribuyó mayor relevancia a la pena que a la medida de seguridad, si a un hecho le corresponde una pena y una medida de seguridad -como en la semiimputabilidad-, no pueden acumularse sin más con el pretexto de que obedecen a fundamentos distintos; lo correcto es aquí el sistema vicarial⁷⁴⁷.

Parece, pues, que -como apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA- precisando bien los supuestos en donde cabe darse paso a este sistema (delincuentes habituales, menores imputables peligrosos) a fin de evitar un excesivo arbitrio judicial o un desdibujamiento de las fronteras de la pena y la medida, el sistema vicarial está en condiciones de paliar los inconvenientes del sistema dualista en su punto más débil: la ejecución de las penas y medidas con carácter acumulativo o sucesivo y la injustificada prioridad de las primeras en ciertos supuestos donde debía ser previo al tratamiento del sujeto⁷⁴⁸.

Conforme lo anotado, este sistema más allá de las críticas y objeciones que se han elaborado, asume con mayor precisión las delimitaciones entre pena y medida de seguridad, de poder asumir una tendencia menos represiva y más orientada a la descarga del poder punitivo, de evitar la sobrecarga sancionadora y de permitir al juzgador, poder prescindir de la pena en aquellos supuestos que lo hagan aconsejable.

En esta medida se ha objetado al sistema vicarial las amplias facultades discrecionales que se le han conferido al juzgador para decidir entre pena o no pena, es decir, en orden a su naturaleza facultativa y el previo cumplimiento de la medida, en algunos casos, se dice que este inconveniente proviene de la concesión de un amplio, y en ocasiones desmedido, arbitrio del juez, así como los derivados de su concreta aplicación práctica⁷⁴⁹.

Lo importante es que la medida de seguridad no pueda tener una duración superior a la pena, en ese sentido nuestra codificación punitiva ha establecido que el período de internación se computará como tiempo de cumplimiento

747 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 605.

748 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; Cfr. *Ibidem*.

749 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 988.

de la pena, es decir, la duración de la medida (sea autónoma o complementaria) debe someterse estrictamente al principio de proporcionalidad⁷⁵⁰.

Y en cuanto a los excesivos poderes discrecionales del juzgador, éstos no son tales, si es que la praxis judicial, se somete en rigor, a una serie de principios y de garantías, en tanto para declarar como extinguida la condena o reducir su duración, deberá sustentarse el éxito del tratamiento mediante los informes médicos respectivos; así también, que la defensa del interesado, pueda presentar ante la instancia judicial, los recaudos pertinentes, encaminados a la acreditación del objetivo rehabilitador.

De este modo, la ley vigente recoge el sistema vicarial como fundamento de la medida de seguridad, alejándose de la doble vía, que precisamente adoptó el Código Penal de 1924⁷⁵¹.

3. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO POSITIVO (CÓDIGO PENAL DE 1991)

El artículo 71º del CP, contempla que las medidas de seguridad pueden ser de dos clases: a)-Internación y b)-Tratamiento Ambulatorio; esta clasificación viene definida por el grado de afectación patológica en la personalidad del agente delictivo, pudiendo ser un «inimputable absoluto» o un «inimputable relativo».

3.1. La Internación

La «Internación» importa una medida de seguridad que implica la privación de la libertad; conforme lo dispone normativamente el artículo 74º del CP, que: *“La internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves”*.

750 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 360.

751 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 60; asimismo, se ha sistematizado también el denominado sistema de “la vía única” (en la ejecución de las medidas privativas de libertad), como una variante del sistema vicarial. Es un sistema, como explica JESCHECK, de la solución político-criminal del sistema alemán. En éste, el dualismo pena-medida que impone el principio de culpabilidad se aproxima durante el período de ejecución a la solución monista, a través de un flexible mecanismo de intercambio de las diferentes sanciones; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 584; M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN citando a JESCHECK, declaran que este sistema flexible proviene de la reforma penal alemana que “ha modificado las medidas privativas de libertad profundamente al sustituir la estricta diferenciación entre penas y medidas (sistema de la doble vía) en el ámbito de su imposición por un amplio sistema de vía única en el ámbito de su ejecución”; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 988.

Dicho lo anterior, el texto punitivo patrio asume una posición «asistencia- lista», descartando la posibilidad de recluir en una prisión a un autor, que sufre determinadas deficiencias psico-somáticas, evitándose así los efectos perniciosos que ésta produce y sus consecuencias nocivas en la personalidad del delincuente.

La idea, es que estos agentes sean internados en centros hospitalarios especializados, a fin de que sean sometidos a un tratamiento terapéutico de finalidades de curación y de rehabilitación; así también, es de verse que en la pena, la finalidad última, es la posibilidad de que el agente pueda reinsertarse en la comunidad social, así lo dispone el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal al disponer que: "*Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación*"; esta terapia deberá realizarse en establecimientos especializados (nosocomios y hospitales) y ejecutada por personal altamente calificado.

Hemos sostenido -en líneas anteriores-, que si bien la pena persigue fines de prevención general y de prevención especial a la vez, las medidas de seguridad tienen por finalidad exclusiva alcanzar los cometidos de la llamada «prevención especial positiva», en cuanto a la recuperación social a partir del tratamiento terapéutico, aunque hay que reconocer un fin encubierto, que es la protección de la sociedad por medio de la inocuización, al adoptarse el concepto de «peligrosidad».

Ahora bien, no es sólo la condición de inimputable la que debe alentar un trato diferente respecto al hombre con capacidad de culpabilidad, sino que además, ha de tenerse en cuenta el principio de mínima intervención, para la aplicación -incluso- de una medida de seguridad, aun si existiera la posibilidad de que el sujeto volviera a cometer nuevos delitos menores⁷⁵².

De modo que la medida de seguridad no sólo debe sujetarse a las necesidades curativas del agente, sino también a criterios racionales de intervención, pues la medida de seguridad al igual que la pena, significa la privación de la libertad, por ende, deben evitarse los excesos, aunque subsistan las circunstancias que justifican su prolongación, en cuanto a un *pronóstico de peligrosidad*⁷⁵³, de que el agente volverá a cometer delitos en el futuro; v.gr., el ebrio habitual que no ha sido completamente desintoxicado, que aún revela rasgos de conflictividad, deberá ser liberado, en tanto ya haya cumplido con el entero de su condena.

752 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

753 Entiéndase por «peligrosidad» la probabilidad de comisión de futuros delitos.

Conforme lo anotado, la limitación de la medida de seguridad viene definida por el principio de proporcionalidad, principio limitador del *ius puniendi* en el Estado Social y Democrático de Derecho, sustentado en el concepto de la «mínima intervención».

Para poder aplicarse la medida de seguridad de internamiento, debe haberse cometido un injusto penal grave, que mereciese una pena privativa de libertad -como sanción en abstracto-, y asimismo, el mismo articulado exige, que debe concurrir el peligro que el agente pueda cometer delitos considerablemente «graves»; es de verse, entonces, que este presupuesto alude a un juicio o pronóstico, de que el agente según sus particulares características personales, pueda cometer delitos «graves», *de un alto contenido material del injusto*, v.gr., asesinatos, robos, secuestros, violaciones; obviamente, serán agentes con personalidades psicopáticas, profundamente afectados en su esfera cognoscitiva, que desdibujan la realidad circundante y están imposibilitados de motivarse conforme al directivo de conducta plasmado en la norma.

No sería el caso, de cometer hurtos al paso, o el cleptómano que sustrae objetos del supermercado, al consistir el internamiento en la privación de libertad, aquélla se sujeta a recluir sujetos potencialmente peligrosos, para cometer actos antijurídicos de alto reproche social y jurídico.

Descartadas de plano, la posibilidad de imponer medidas de seguridad pre-delictivas, -desterradas del catálogo sancionador de los códigos penales-, es que se consagra en nuestro derecho positivo vigente, las medidas de seguridad «post-delictivas», entre otras razones para respetar un Derecho penal de autor como paradigma de un Derecho penal democrático.

Dicho lo anterior, el artículo 72º contempla normativa, los elementos que deben concurrir copulativamente, que el juzgador deberá tomar en consideración, para que pueda imponer legítimamente una medida de seguridad, y son tres: 1.-Que el agente haya cometido un estado de lesión, tipificado y sancionado como delito, es decir, su acción conductiva de haber infringido inconscientemente un tipo penal, adscrito al principio de legalidad. En esta situación el delito juega un doble papel, de presupuesto o de condición para el juicio de peligrosidad (es un factor sintomático de la misma) y de pronóstico de la peligrosidad⁷⁵⁴; 2.-Que del injusto cometido por el agente, se revele una peligrosidad del agente, que pronostique la probabilidad de comisión de nuevos delitos, y; 3. Que el agente sea declarado un inimputable «absoluto» o inimputable «relativo».

754 MOLINA BLÁZQUEZ, M. C.; *La Aplicación de la Pena*, cit., p. 80.

3.2. Tratamiento Ambulatorio

El tratamiento ambulatorio se encuentra previsto en el artículo 76° del CP, de la siguiente manera: "*El tratamiento ambulatorio será establecido y se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación*"; dicho tratamiento se aplica entonces cuando según los rasgos personales del agente y la gravedad del injusto cometido, no resulta aconsejable la imposición de la medida de internamiento.

El texto punitivo, consagra una significativa innovación, al estipular una medida de seguridad restrictiva, consistente en la sujeción del agente al tratamiento ambulatorio, que se cumple asistiendo al hospital en los días que le fueran determinados por el médico, a fin de ser sometido a modalidades terapéuticas o de rehabilitación prescritas⁷⁵⁵; conforme dicha hipótesis normativa, no se manifiesta una prognosis *de peligrosidad* –de tal magnitud–, que pueda pronosticar que el agente pueda cometer delitos graves en el futuro, siempre será conveniente político-criminalmente, en razón del contenido retributivo de la medida de seguridad, aplicar el tratamiento ambulatorio en vez de la medida de internamiento, pues esta última debe apelarse sólo como *ultima ratio*⁷⁵⁶.

El internamiento implica efectos perniciosos en cuanto a su implicancia en la esfera psicológica del individuo; es por esta razón que el juez, debe preferir siempre, que sea lógicamente posible, el tratamiento ambulatorio, porque está demostrada la nocividad de la internación psiquiátrica⁷⁵⁷.

Lo importante es ampliar el ámbito de operatividad del tratamiento ambulatorio lo más posible, sobre todo, en agentes portadores de «inimputabilidad relativa», como drogadictos, fármaco-dependientes, alcohólicos, etc.; la comprensión de toda una variedad de sujetos que según sus deficiencias patológicas, requieren de un tratamiento en libertad, para que no se desvinculen con su esfera familiar y su círculo social. Medida que por sus menores efectos perniciosos en la salud mental del condenado, debería también extender su radio de acción, a los denominados «inimputables», en los cuales no sea necesario aplicar la sanción de internamiento⁷⁵⁸.

755 BRAMONT ARIAS, LUIS A./ BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS A.; *Código Penal Anotado*. 2da. edición -Revisado y concordado por la Dra. María del Carmen García Cantizano. San Marcos, Lima-Perú, 1998, p. 291.

756 ASÍ, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

757 PENA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

758 ASÍ, PEÑA CABRERA, R.; Cfr., ibidem.

El «tratamiento ambulatorio», entonces, radica en la posibilidad de aplicar una medida de seguridad morigerada por sus efectos, bajo la premisa de aplicar el tratamiento terapéutico en un régimen de libertad hacia todos aquellos declarados «imputables relativos», de ahí la necesidad de reforzar el carácter de *ultima ratio* de la medida de internación.

4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LOS IMPUTABLES RELATIVOS

Hemos explicitado en apartados anteriores, que nuestro sistema de punición se adscribe al sistema vicarial, pues realiza una rigurosa delimitación entre «pena» y «medida de seguridad» y, sobre todo, impide la aplicación acumulativa de una pena y luego de una medida de seguridad, apartándose de un sistema de doble vía.

Así lo dispone normativamente el artículo 77° del CP, al señalar a la letra lo siguiente: *“Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El periodo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento”*.

El sistema vicarial pretende aplicar un sistema sancionador conforme a las particularidades personales del condenado, en este caso, el agente presenta determinadas deficiencias conductivas, producto de ciertas anomalías psíquicas y psicológicas, que aconsejan sea sometido previamente a un tratamiento terapéutico, para luego ser sometido a una pena.

Con esta previsión se da respuesta a los casos en que el sujeto es responsable del delito, pero se le reconoce una imputabilidad disminuida que desaconseja el ingreso en prisión y requiere la sumisión a tratamiento⁷⁵⁹. Pero, lo más importante a nuestra consideración, es que se le confieren facultades discrecionales al juzgador, para que pueda dar por extinguida la condena o en su defecto reducir su duración dependiendo de los resultados promisorios del tratamiento.

De esta manera -apuntan BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES- resulta claro que, si el sujeto se encuentra recuperado, obligarle a cumplir el resto de pena pendiente resulta contradictorio e innecesario⁷⁶⁰. Esta prescripción norma-

759 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 609.

760 BRAMONT ARIAS, L./ BRAMONT-ARIAS TORRES, L.; *Código Penal Anotado*, cit., p. 293; sin embargo, critican estos autores que se produce una confusión entre semiimputables e inimputables, y aún más, entre penas y medidas de seguridad. Señalando además, que nuestro sistema pasaría de un radicalismo dualista a un específico monismo exagerado, por el alcance que adquiere el sistema vicarial, que daría lugar a una serie de problemas político-criminales; es de verse, que el sistema vicarial se aparta de un dualismo puro, que pretende

tiva, pone de manifiesto un ánimo reductor de la violencia penal, por parte del legislador, de racionalizar la respuesta punitiva, abriendo espacios de prescindencia de pena ante la falta de merecimiento y de necesidad.

Las consideraciones político-criminales abren un espacio alentador, de buscar nuevas fórmulas en *puridad* rehabilitadoras, que tengan por función evitar en lo posible la aplicación de la pena privativa de libertad, como paradigma esencial del «Estado Social».

En sociedades desarraigadas y de amplios espacios de exclusión social, aparecen elementos exógenos que perturban la conciencia de los individuos y que les impide alcanzar el mensaje normativo de acuerdo a una condición de normal *motivación normativa*, ante aquéllos, la reacción estatal debe ser racional y por ende, la primacía de la medida de seguridad con respecto a la pena, responde a criterios de ponderación punitiva.

Medida no menos importante, es que la previsión legal dispone que el periodo de internación, se computará como tiempo de cumplimiento de pena, con ello se fija su duración al tiempo estrictamente previsto por la pena en abstracto; en tal mérito, se impide la aplicación de medidas y penas indeterminadas que desborden los marcos penales imponibles, sujetándolas al principio de «proporcionalidad».

Según lo propuesto, se pretende librar del centro penitenciario a quien delinquiendo tiene imputabilidad relativa, por lo funesto que resulta su remisión

evitar la acumulación de pena y de medida de seguridad, lo cual constituye en una mayor aflicción en la persona del penado. Queda claro, que nuestro sistema de punición reserva la pena a los imputables y aplica subsidiariamente la medida de seguridad al inimputable y al imputable relativo, en cuanto al sistema de relaciones entre pena y medidas de seguridad -apunta GARCÍA PABLOS DE MOLINA- el Código vigente (al igual que el nuestro) opta por un modelo dualista flexible, de fuerte inspiración vicarial en el momento de la ejecución de las consecuencias (penas o medidas) privativas de libertad, que hace de la inimputabilidad o de la semiinimputabilidad, presupuesto indispensable para la aplicación de una medida de seguridad; *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 227; otros autores confunden este sistema y lo conceptualizan como de la vía única (M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; (PG), cit.; sin embargo, el sistema monista significa equiparar materialmente, pena con medida de seguridad en el estadio de ejecución, lo cual conlleva como antes hemos señalado a una confusión teleológica y político-criminal. En nuestro caso, el legislador ha querido introducir un régimen más flexible de punición, si bien la medida de seguridad únicamente se aplica a los inimputables y a los imputables relativos, estos últimos presentan diferencias estructurales y antropológicas, que aconsejan una respuesta diferenciada, sin que ello provoque una confusión entre ambos; en tal sentido, si bien en la comisión del injusto revelan «peligrosidad», también evidencian rasgos de culpabilidad (se le reconoce responsabilidad), por lo que desvanecida la peligrosidad en virtud del éxito del tratamiento terapéutico, se argumenta por razones de justicia que estos sean sometidos a una pena en razón de su culpabilidad (la cual puede finalmente ser prescindida), sin que ello signifique confundir pena con medida, pues la primera se dirige primordialmente a la prevención general, mientras que la segunda se proyecta a la prevención especial.

a la cárcel: lo mismo puede decirse del toxicómano y el alcohólico, para quienes pueden resultarles mucho más eficaz un tratamiento clínico⁷⁶¹; un tratamiento que tiene por objetivo identificar las deficiencias patológicas del agente, a fin de someterlo a un tratamiento terapéutico adecuado destinado a obtener su curación, rehabilitación y reinserción social; finalidades que de modo distinto son abordados por la pena, pero que se compenetran en la faz de un Derecho penal preventivo, que ancla sus esfuerzos en un plano de racionalidad, a un denominador común: «la protección de la persona humana».

5. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 75º del CP, regula la duración de las medidas, de la siguiente forma: *“La duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido. Sin perjuicio de que el Juez lo solicite, cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica, a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida de seguridad han desaparecido. En todo caso, el Juez hará cesar la medida de internación impuesta”*.

Del enunciado normativo, se colige la necesidad de sujetar la duración de la medida de seguridad a lo estrictamente necesario, sometiéndola al control judicial a modo de garantizar el éxito del tratamiento terapéutico, y, así se le da la posibilidad al juzgador de hacer cesar la medida cuando las causas que la han originado se han diluido de forma definitiva, cuando el agente ya no es portador una personalidad peligrosa; en tal supuesto, el juzgador tendrá dos alternativas: -hace cesar la medida y si falta aún tiempo de purgación de condena lo deriva a un establecimiento penitenciario, o en su defecto si para él ya no es necesario que cumpla con una pena privativa de libertad, prescindirá de aquélla y dará por extinguida la condena. Para llegar a esta última conclusión, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración -tanto razones de prevención general como de prevención especial.

Si bien, una de las medidas de seguridad presupone «peligrosidad», por más que ésta no desvanezca en todo el periodo de la condena, la duración de la medida como bien lo señala el precepto *“...no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”*.

Es de verse, entonces, que la duración de la medida de seguridad se somete al principio de proporcionalidad, como un principio que pone freno a todo

761 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

viso de arbitrariedad jurisdiccionalidad; sin embargo, hay objeciones al respecto, GARCÍA-PALOS DE MOLINA es de la opinión cuando analiza el artículo 6.2 del Título Preliminar del Código Penal español de 1995, "...que si bien es loable limitar con la mayor precisión posible la duración de estas consecuencias penales (...), pero hacerlo desconectando la duración y vicisitudes de la medida de seguridad de la peligrosidad del sujeto que es el criterio rector y el propio fundamento de las medidas de seguridad"⁷⁶².

La problemática radica, que si bien pena y medida de seguridad presuponen la comisión previa de un injusto penal, ambas se *encaminan de forma finalista a objetivos distintos*; las medidas tomando en consideración la supuesta peligrosidad del autor lo somete a un internamiento a fin de proteger también a la sociedad.

La proporcionalidad se toma en cuenta no sólo en razón de la gravedad del injusto sino también en función de la prognosis de peligrosidad de cara a futuro, la idea de proporcionalidad referida no a la peligrosidad del autor sino a la mayor o menor gravedad del delito es ajena a las medidas y perturbadora⁷⁶³; la proporcionalidad opera en la medida de seguridad tomando como medida el hecho pasado, en cuanto al contenido material del injusto y en referencia al futuro, en relación a la prognosis, en cuanto a la probabilidad de cometer delitos en el futuro.

No obstante lo anotado, se advierte un dato real, tanto penas como medidas de seguridad significan un contenido retributivo innegable: -la privación de la libertad-, por lo tanto, ambas deben durar lo estrictamente necesario para sus fines, en eso estamos de acuerdo, pero si el denominado *pronóstico de peligrosidad del autor*, no se desvanece a través del tratamiento, este agente debe ser liberado⁷⁶⁴, si la reclusión se prolonga so pretexto de aferrarse al éxito del tratamiento, éste podrá ser recluso indefinidamente y, a la postre, estaríamos justificando esta clase de medidas ya no en razón de las necesidades curativas, sino en orden a la protección de la sociedad⁷⁶⁵, tal como lo postulaban los partidarios de la «Defensa Social».

762 GARCÍA-PALOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*, cit., ps. 225-226; esta acotación parte de un juicio de valor orientado a criticar el bien intencionado paralelismo -como señala el autor español- que establece el Título Preliminar entre pena y medida.

763 JORGE BARREIRO, A.; *La Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, cit., ps. 524 y ss.; citado por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Cfr. Ibidem.

764 Así, PEÑA CABRERA, R.; al decir que: "Por consiguiente toda cesación de la medida deberá hacerse en forma irrevocable y sin ninguna clase de condicionamientos. El principio non bis in idem también ha de ser tomado en cuenta"; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

765 Así, LANDROVE DIAZ al señalar que: "Estas medidas no son dictadas con el fin de compensación retributiva por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad fren-

Según los dictados del «Estado Social y Democrático de Derecho», ambas sanciones -pena y medida de seguridad-, son sometidas a una tendencia reductora del poder penal, si se justifica la imposición de medidas indeterminadas tomando como dato únicamente a saber: la «peligrosidad» del autor -bajo la premisa de obtener la curación completa del agente-, convertimos al Derecho penal en un medio de control social medicinal y de finalidades terapéuticas, alejándose de su misión, constitucionalmente legitimada.

El fundamento de la medida de seguridad se fundamenta por antonomasia a las finalidades curativas, terapéuticas y finalmente resocializadoras del agente, no importa pues, una función asegurativa de los bienes de los ciudadanos, por lo que se puede deducir del espíritu de la norma que si el individuo responde al tratamiento antes del tiempo señalado, la medida ha de cesar en el acto⁷⁶⁶, inclusive se podrá prescindir de la aplicación de la pena.

En resumidas cuentas, la medida de seguridad no podrá desbordar la duración de la pena privativa de libertad que hubiese correspondido por el delito cometido (la pena en abstracto), hacerlo significaría retroceder al positivismo criminológico fuertemente arraigado en la definición del «peligrosismo» social.

te a violaciones ulteriores del Derecho a esperarse de parte de ese autor"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 166; no debemos confundir conceptualmente la esencia de la pena (Sinn) con las finalidades de la misma (Zweck), ambas -tanto pena como medida de seguridad- se cohesionan en un fin preventivo especial, la resocialización del agente infractor a fin de reinsertarlo comunitariamente.

766 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

CAPÍTULO XXX

LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Sumario: 1.-Fundamentos Preliminares. 2. Las Penas Limitativas de Derecho en Particular: 2.1 *La Prestación de Servicios a la Comunidad*. 2.2 *La Limitación de Días Libres*. 2.3 *La Inhabilitación*: a. *Consideraciones Generales*. b. *La Inhabilitación como Pena Principal*. c. *La Inhabilitación como Pena Accesorio*. d. *La Inhabilitación como Pena Accesorio en los Delitos Culposos de Tránsito*. e. *La pena de Inhabilitación y recurso impugnativo*.

1. FUNDAMENTOS PRELIMINARES

El legislador reformó todo el sistema de punición en relación al Código derogado -de MAURTÚA-, no sólo unificando la pena privativa de libertad, sino también proponiendo de *lege lata* innovaciones en el sistema de sanciones; todo un abanico de respuestas punitivas, que sin dejar de ser *sancionadoras*, se encaminaron a *ofrecer alternativas*, cuya principal virtud, es de evitar los costes onerosos de la prisión así como los efectos perniciosos de la reclusión carcelaria, sin duda, se aprecia un apego a los objetivos propuestos en los fines preventivos especiales de la pena, con arreglo a una visión real del estado de las cosas.

Siguiendo el hilo conductor, vemos que se incorporaron a la codificación punitiva, nuevas instituciones orientadas a limitar determinados derechos -que sin significar la privación de la libertad- pueden también producir perfectamente los efectos de prevención -clásicamente asignados a la pena privativa de libertad-; dicha tendencia apunta a una reducción de la violencia penal institucionalizada, tomando en referencia los efectos perniciosos que se derivan de la excesiva utilización de la prisión, conforme dicho contexto, se proponen nuevas penas, que pueden afectar también los bienes jurídicos del condenado.

Al respecto, la Exposición de Motivos del texto punitivo dice a la letra lo siguiente: *"No puede negarse la audacia con que el Proyecto ha previsto la aplicación de penas limitativas de derecho distintas a la privación de la libertad ambulatoria, pero hay que considerar que la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana, compelen a indagar por soluciones que, sin ser perfectas, constituyan al menos un relativo avance en la lucha contra el delito"*.

En la historia punitiva, ha quedado ya enrostrado, que una formulación de política criminal carente de valoración y de racionalización, únicamente puede reconducirse represivamente y en donde la pena privativa de libertad asume un papel protagónico.

Las nuevas exigencias de una cultura humanista y el paso a un constitucionalismo social, provocó una redefinición político-criminal, hacia la búsqueda de nuevas fórmulas sustitutivas a la pena privativa de libertad, de menor contenido aflictivo e infamante para el penado.

Naciones como la nuestra, desprovistas de un presupuesto económico abundante, con altas tasas de desempleo y de subempleo, caracterizado por un clima de conmoción social continua, en razón de las permanentes demandas de los sectores productivos de la sociedad, que legítimamente reclaman por una mejor distribución de la riqueza y de la obtención de capital; coyuntura ésta, muy difícil de atender por las arcas estatales así como de procesar toda la conflictividad propiciada por la perpetración de los hechos punibles, por medio de la reclusión carcelaria.

El mantenimiento de los costes de los establecimientos penitenciarios es sumamente oneroso, lo que se manifiesta en toda su magnitud, con la vigente «crisis penitenciaria»; es de verse, entonces, que las denominadas «medidas limitativas de derecho», aparecen como respuestas alternativas punitivas, que se amalgaman en el fin preventivo del Derecho penal; significando la pérdida de determinados derechos civiles, políticos, gremiales, profesionales, técnicos, etc.

Los ciudadanos buscan que interactuar y participar, en las diversas actividad que toman lugar en la comunidad, encauzando su proceder a la formación de empresas, de personas jurídicas, mediando el deseo legítimo de obtener riqueza, incursionan para ello en actividades comerciales, industriales, en un sinfín de negocios, donde su versatilidad y dinamismo es privativo de estas conducciones humanas; a tal efecto, la limitación, suspensión y/o privación de determinados derechos, suponen la afectación de intereses jurídicos, que sin embargo se constituyen en una legítima reacción del poder penal estatal, a

quien con su proceder conductivo infringió culpablemente la norma jurídico-penal; siempre que la perpetración del *injusto penal* haya tomado lugar como consecuencia de la actividad que ejercía el autor, al momento de la comisión del delito.

La innovación ha sido hecha con mucha cautela, por tratarse de una experiencia nueva en el área penal; se trata de penas que solamente pueden ser impuestas a reos que no ofrecen peligrosidad y que pueden permanecer en libertad⁷⁶⁷; empero, estas penas, sobre todo la «inhabilitación» resulta susceptible de ser impuesta accesoriamente obligatoriamente cuando el hecho punible es cometido con aprovechamiento o abuso del cargo o profesión (artículos 37° y 39° del CP).

Bajo este nuevo paradigma penal, nuestro sistema de punición instituye la pena de inhabilitación como manifestación más concreta de este rubro sancionador⁷⁶⁸; esta nueva composición punitiva no se corresponde con la naturaleza infamante, con la cual eran caracterizadas en antaño. Se trata -como apunta LANDROVE DIAZ- de las penas infamantes de las primitivas legislaciones, que podían llegar hasta la muerte civil, es decir, la privación total de los derechos civiles de una persona⁷⁶⁹; en un derecho penal democrático resulta inaceptable la imposición de medidas de esa naturaleza, que significan el desarraigo completo del condenado de la sociedad y su anulación definitiva de su participación en los procesos sociales.

En la Sección III (artículo 31° del CP) se regulan normativamente, las «Clases de penas limitativas de derechos», entre las cuales se comprenden las siguientes: 1. Prestación de servicios a la comunidad; 2. Limitación de días libres; y, 3. Inhabilitación.

PEÑA CABRERA escribe que no es correcto tratar a estas penas como «limitativas de derechos», pues, con excepción de la inhabilitación, las otras sanciones son penas alternativas a la prisión y sería conveniente denominárseles así⁷⁷⁰. Es de verse, así, que tanto la «prestación de servicios a la comunidad» como la «limitación de días libres», suponen la prestación de un servicio el primero, en cuanto la realización impositiva de determinadas actividades educativas, en-

767 BRAMONT ARIAS, L./ BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A.; *Código Penal Anotado*, cit., p. 231.

768 ASÍ, PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Las Penas de la Reforma Penal*. En: Anuario de Derecho penal 89/90, Lima, 1991, p. 95.

769 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 96.

770 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

caminadas firmemente a su rehabilitación; mientras que la limitación de días libres, supone una especie de «arresto de fin de semana», que a la postre afecta a la libertad ambulatoria, mas no a un determinado derecho civil o político.

En el marco crítico de estas sanciones penales, la pena de «inhabilitación», es la que más reparos ha generado por la doctrina, de forma específica en lo que al principio de igualdad atañe, pues sólo con respecto a algunos sujetos, esta medida va a resultar verdaderamente aflictiva y para otros no tendrá relevancia alguna, en estricta consideración a la función de prevención general.

Como -afirma QUINTANO RIPOLLÉS-, para un hombre público, para un funcionario, la inhabilitación puede suponer, de hecho, una verdadera confiscación de consecuencias trascendentales para él y su familia y, por el contrario, para un rico ocioso o para un vagabundo, la misma penalidad no le afecta en lo más mínimo⁷⁷¹. Tema que ahondaremos más adelante, pero desde ya apuntamos que esta sanción no se produce conforme a un plano honorífico, sino la mayor represión se produce a instancias de un mayor reproche jurídico, de quien se sirvió de la función encomendada para obtener beneficios ilícitos, debe ser pues separado del cargo, en orden a cautelar los efectos preventivos de la sanción.

En resumidas cuentas, las «penas limitativas de derecho», encajan perfectamente, con una tendencia minimalista del poder penal, proyectada desde los vértices de un Derecho penal preventivo, que busca paliar la problemática de la prisión, conforme a sus consecuencias perniciosas y criminógenas.

2. LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHO EN PARTICULAR

2.1. La Prestación de Servicios a la Comunidad

Esta pena se define, como aquella sanción punitiva, por la cual el condenado es obligado a realizar determinadas actividades en beneficio de la comunidad; importa una prestación social no remunerada, que se orienta a una mayor integración del penado con la sociedad, pues mediante ella, asume los costes negativos de su infracción normativa, promoviendo su rehabilitación social; no es *propiamente una relación jurídico-laboral, en tanto no se advierte un consenso entre las partes, en lo que respecta a las condiciones de las labores a prestar, podemos decir, que en el presente caso, el penado, quien realiza las labores, las efectúa en virtud de un mandato jurisdiccional, al haber vulnerado una norma jurídico-penal, no en el ejercicio legítimo de un derecho, sino como expresión de un mandato de la ley.*

Con ella se evita alguno de los inconvenientes de las penas privativas de libertad, como la separación del delincuente de la sociedad, y, al mismo tiempo,

771 Citado por LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 96.

se la hace partícipe de intereses públicos, al tener que cooperar en actividades que tienen ese carácter⁷⁷².

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena de prestación de servicios a la comunidad, no tiene más cabida, en el esfuerzo jurídico-estatal, de hacer de la sanción punitiva, a lograr la meta de rehabilitación social, en cuanto a un proceso dialogal ente el penado y la sociedad, atribuyéndole un rol social -sin desencadenar su desarraigo- y reconociéndose la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, comporta una forma novedosa de reintegrar al penado los valores comunitarios, que desconoció con su obrar antijurídico.

El artículo 34º del CP, reza de la siguiente manera: "*La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas*".

De la prescripción normativa, se desprende que esta pena tiene las características siguientes: a.-Obligación de realizar trabajos gratuitos en instituciones asistenciales y en obras públicas. b.-Los trabajos se asignan teniendo en cuenta las aptitudes del condenado. c.-Los trabajos se realizan en jornadas de diez horas semanales, por regla general en días inhábiles y excepcionalmente en días hábiles. d.-Tiene una duración mínima de diez y máxima de ciento cincuentiséis jornadas⁷⁷³.

Conforme lo anotado, importa una sanción punitiva que implica la realización de una determinada prestación positiva del condenado en beneficio de la comunidad, que en razón de su naturaleza jurídica, no es un trabajo remunerado, que toma lugar en instituciones públicas, valorando las habilidades del condenado, sujeto a un plazo temporal fijado en la Ley.

Luego, debe decirse, que la prestación de servicios a la comunidad se integra en el rubro clasificatorio de las penas limitativas de derecho, pero la realización obligatoria de determinadas prestaciones laborales, nos parece que no significa limitación de derechos, a lo más de disponer de tiempo libre⁷⁷⁴.

A juicio de BOLDOVA PASAMAR, los derechos que se sustraen al condenado a esta pena no cabe concretarlos específicamente, sino que forman parte o son manifestación de la libertad general del ser humano y del libre desarrollo de su

772 BOLDOVA PASAMAR, M. A.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Esparta* cit., p. 132.

773 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 53.

774 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 133.

personalidad, que se ven limitados con la imposición de esta pena⁷⁷⁵. Sanción que a nuestra consideración significa una verdadera afectación de derechos, en concreto el derecho a recibir una contraprestación (remuneración) a una jornada laboral efectivamente realizada⁷⁷⁶.

Nuestra legislación punitiva a diferencia de lo que acontece en la legislación comparada⁷⁷⁷, no somete la aplicación de esta sanción, al consentimiento del penado, es decir, no se advierte una manifestación de voluntariedad del penado a realizar el trabajo comunitario, sino es de carácter coactivo.

Consideramos al respecto, que el consentimiento del penado sería de *lege ferenda* positivo, pues significaría dejar a su libre arbitrio, la decisión de someterse a una pena de privación de libertad o en su defecto una de prestación de servicios comunitarios; según los términos normativos de nuestra codificación, dicha decisión se somete al poder discrecional del juzgador, quien tomará en consideración la mínima gravedad del injusto, y, sobre todo, las necesidades de prevención especial.

Tal vez la prescripción normativa -al no incorporar el consentimiento del penado-, se inclinó por las necesidades de la justicia penal, en específico, la incapacidad material de mantener a una sobrepoblación carcelaria en ascenso y asimismo por sus bondades de *rehabilitación social* (desde un aspecto individual)⁷⁷⁸.

Se objetó a esta pena, ostentar una infracción constitucional, al obligar al penado a realizar una prestación laboral no remunerada, tal como lo consagra el artículo 23º de la Constitución Política del Estado, que reza literalmente de la siguiente forma: "*Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*"; parto, que en principio parecería válida, pero que desde

775 Así, MOLINA BLAZQUEZ; *La Aplicación de la Pena*, cit., p. 26.

776 El Código Penal español de 1995, establece en el artículo 49º lo siguiente: "*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública (...)*".

777 En contra, De Lama Rubio al señalar "Así pues, su imposición, al exigir el consentimiento del penado, la hace diferente a los trabajos forzosos, y encuentra su último fundamento en la previsión constitucional prohibitiva de que las penas privativas de libertad pueden consistir en trabajos forzosos"; *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit., p. 157.

778 DE LAMA RUBIO analizando el artículo 49º del Código Penal español, cita el informe del Consejo General del Poder Judicial, entendía que esa ubicación era muy discutible, y se preguntaba, incluso, qué clase de derecho se estaba privando con la imposición de esa pena; para concluir propugnando que lo deseable hubiera sido que se ubicara en una "sección propia donde su contenido fuera desarrollado suficientemente"; *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit., p. 154.

un análisis más llevado a la naturaleza jurídica de la sanción punitiva, deja de tener consistencia.

La pena importa una coacción estatal, supone una auto-comprobación ideológica del Estado que se deriva de una de sus principales funciones: el derecho a penar o *ius puniendi*, que se fundamenta y legitima de su propia existencia fáctica.

Es de verse, entonces, que la pena es una respuesta institucional a quien culpablemente infringió una norma jurídico-penal, por lo tanto es una sanción de naturaleza retributiva, pues es un mal que implica la privación o limitación de determinados bienes jurídicos del condenado; por consiguiente, la «prestación de servicios a la comunidad», comporta también una pena, y como sanción que es, significa la imposición de una situación perjudicial para el penado, en este sentido de realizar una prestación laboral *sui generis*, que al ser una sanción no exige el pago de remuneración alguna.

Además los lugares donde se desarrolla el trabajo son de carácter no lucrativo, descartándose cualquier tipo de aprovechamiento indebido del trabajo a realizarse⁷⁷⁹; sin embargo, la ausencia de remuneración no debe implicar la imposibilidad de beneficiarse con el Sistema de Seguridad Social (ESSALUD)⁷⁸⁰, de los riesgos de la actividad laboral que puedan implicar una indemnización por daños y perjuicios por posibles efectos lesivos a la vida y a la salud del penado.

Asimismo, debe destacarse, que los trabajos comunitarios a efectuarse no son de naturaleza infamante ni degradante, sino al contrario, son en suma provechosos -tanto para el penado como para la sociedad-, en tanto se realiza en función de las aptitudes del primero y en razón de las necesidades del segundo, y estas jornadas laborales no significan interrupción alguna a sus labores normales y cotidianas, en tanto la prestación de servicios a la comunidad se ejecutan por regla general en días inhábiles.

Dicho lo anterior, resulta que esta pena no priva de su libertad al condenado, no lo desarraiga de la sociedad y no lo desvincula de su círculo familiar, por lo que a diferencia de la reclusión carcelaria, sí tiene efectos *positivos en términos de rehabilitación social*.

A fin de proveer a esta sanción punitiva, de verdadera eficacia fáctica, se sanciona la Ley N° 27935 del 12/02/03 que modifica la Ley N° 27030 («Ley de Ejecución de las Penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres»); *ratio legis* que tiene por finalidad, dotar de infraestructura material la aplicabilidad de esta sanción en el ámbito ejecutivo, a tal efecto, el

779 PEÑA CABRERA FREYRE, A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 54.

780 A tal efecto, se deberá remitir a las normas laborales, prestadoras de salud.

INPE (Instituto Nacional Penitenciario) hace las veces de un ente registrador y controlador de las Instituciones receptoras —públicas o privadas—, que recibe al sentenciado para que preste servicios en forma gratuita, en cumplimiento efectivo de la pena de prestación de servicios a la comunidad o que realice actividades educativas o psicológicas conducentes a la rehabilitación del condenado, en particular a las relacionadas con la prevención o tratamiento de conductas adictivas (artículo 2°, *in fine*).

Conforme lo anotado, se organiza un registro y una base de datos, que se encarga al Registro Nacional de Entidades como entidad adscrita al INPE; esta oficina deberá poner en conocimiento de los Presidentes de las Cortes Superiores de cada Distrito Judicial, las entidades receptoras debidamente inscritas.

La pena de prestación de servicios a la comunidad podrá ser revocada en caso de que el sentenciado no asista injustificadamente a más de tres jornadas consecutivas o a más de cuatro jornadas no consecutivas, a tal efecto se le revocará la sanción por la de pena privativa de libertad, según las reglas contenidas en el CP (artículo 53° - «Revocación de la Conversión»).

Suponíamos, que al haberse sancionado un complejo normativo, encaminado a la vigencia efectiva de esta sanción punitiva, los órganos jurisdiccionales, en coordinación con las instituciones involucradas, habrían de permitir su aplicación a los casos concretos; no obstante, vemos que las cosas no han funcionado como esperábamos, han transcurrido un tiempo —más que suficiente—, el estado de la cuestión no ha cambiado, las «prestación de servicios a la comunidad» continúa cobijándose bajo los términos del llamado «Derecho Penal Simbólico», lo que avizora una realidad poco fecunda, para alcanzar los fines preventivo-especiales que se le asigna a la pena, sobre todo, en aquellos injustos de un escaso contenido de materialidad antijurídica.

2.2. La Limitación de Días Libres

La pena de «limitación de días libres», se encuentra reglada en el artículo 35° del CP, de la siguiente manera: *“La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario”*.

Es de verse, por tanto, que la pena de «limitación de días libres», consiste en una verdadera limitación de la libertad, que sin significar su privación total, obliga al penado a permanecer en determinados establecimientos los fines de semana y feriados (no implican pernocte), afectando el derecho de disponer de tiempo libre, sea de descanso, esparcimiento y participación en actividades culturales. Y a fin de evitar los efectos criminógenos de la prisión, se dispone,

que la estancia deberá realizarse en establecimientos con características muy distintas a la prisión, al encaminarse a fines educativos.

Se supera con esta novedosa regulación las limitaciones materiales que hubiera importado una recepción acrítica del instituto existente en la legislación comparada⁷⁸¹. Institución denominada «Arresto de fin de semana», contemplado normativamente en el artículo 37° del Código Penal español, como una especie de pena corta de prisión discontinua en el tiempo, que trata a lo sumo de evitar ciertamente una pena corta de prisión por sus efectos disocializadores, por lo tanto, asume una finalidad orientada esencialmente a la prevención especial⁷⁸², evitando la desvinculación del reo con su familia y de privarlo de su jornada laboral.

Fue así, que el legislador nacional prefirió optar por una «limitación de días libres», que significa una limitación a la disponibilidad del tiempo libre, sin necesidad de acudir a una opción custodial cerrada, como lo es cualquier institución que recluya a un individuo, por mínimo tiempo que éste sea.

El asunto más allá de las funciones de prevención especial, que se le quiera asignar a esta pena, resulta de un estado situacional concreto, de si el Estado peruano a duras penas puede mantener a niveles poco óptimas, las condiciones de vida en la prisión, menos contará con fondos materiales suficientes para poder edificar establecimientos penitenciarios distintos a la prisión convencional, que puedan fungir como instituciones educativas.

Por lo expuesto, cabe la redundancia, de que el "arresto de fin de semana" era simplemente inejecutable en una sociedad como la nuestra, de falta de recursos económicos, ante la demanda continua de los sectores productivos, comprendidos por los sujetos que gozan de su libertad.

781 En: PEÑA CABRERA F., A./ FRISANCHO APARICIO, M.; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 54,

782 A consideración de BOLDOVA PASAMAR, (...) su peculiaridad -y ello marca su diferencia con la prisión- reside en que la privación de libertad es discontinua, nota totalmente desconocida entre las penas del Código anterior; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 102; así, DE LAMA RUBIO al sostener "Con carácter general decir que en el CP 95 se configura el arresto de fin de semana dentro del amplio marco de lo que la doctrina denomina "alterativas a la prisión", en el sentido de la búsqueda de soluciones satisfactorias para el castigo de aquellas conductas que, constituyendo ilícitos penales, se entienden merecedoras de un menor disvalor y en evitación, se dice, de los efectos "estigmatizadores" y disocializadores que presenta la prisión, en su consideración de pena"; *Penas y medidas en el nuevo Código*, cit., p. 89; en palabras de MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: "La introducción de esta pena en nuestro sistema conlleva algunas ventajas mayoritariamente aceptadas: contiene el impacto punitivo y admonitorio del internamiento, aunque al ser cada registro de corta duración, permite que el condenado mantenga sus vínculos sociales, familiares y laborales, desplegando así lo que en algunas orientaciones modernas se ha denominado "efecto-shock"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 534.

La «limitación de días libres», obliga al condenado a permanecer en el establecimiento entre diez y dieciséis horas cada fin de semana, recibiendo orientaciones para su reinserción social; consideramos, no obstante, de que taxativamente no lo dice la normativa en cuestión, el parangón educativo deberá ir aparejado según las aptitudes del condenado, a fin de asegurar un tratamiento eficaz acorde con las de fin preventivo especial.

En cuanto a los lugares para su cumplimiento efectivo, la norma se limita a establecer que: "*La ley establecerá los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios*"; siendo que la Ley N° 27935 del 12/02/03, que modifica la Ley N° 27030 (artículos 2° y 6°) - «Ley de Ejecución de las Penas de Prestación de Servicios a la Comunidad y de Limitación de Días Libres»⁷⁸³, define a las denominadas «entidades receptoras», a todas aquellas instituciones -públicas o privadas-, que deberán inscribirse en el INPE; siendo éstas las encargadas a recibir al penado, para que en cumplimiento de la «limitación de días libres», realice actividades educativas o psicológicas, encaminadas a su rehabilitación social.

Conforme lo anotado, se dota de eficacia material a esta pena, con la colaboración desinteresada de instituciones, que coadyuvan a la *misión de rehabilitación social del condenado*, en correspondencia con la llamada «corresponsabilidad de la sociedad en el delito».

Convenimos, que el delito como asunto criminológico es problema de todos y tarea de todos, el de propiciar formas participativas conducentes a la rehabilitación del reo, para que éste pueda reasumir su rol social en la comunidad a que pertenece.

En resumidas cuentas, la pena de «limitación de días libres», se encamina a impedir el desarraigo, la prisionización, estigmatización y los efectos perniciosos de la prisión, no separa al penado de su familia, no lo desliga de su círculo social, y sobre todo, no afecta su cotidianeidad habitual y lo mantiene en su ámbito laboral; todas estas ventajas son en sumo positivas para que el penado pueda lograr una efectiva *rehabilitación social*⁷⁸⁴.

2.3. La Inhabilitación

a. Consideraciones Generales

La sanción punitiva que recae sobre los sujetos infractores de la norma, parte en esencia de una función comunicativa, reposada sobre fines estrictamente *preventivos*, de promover la disuasión e intimidación en el colectivo y de

783 Así, BRAMONT ARIAS, L.A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A.; *Código Penal Anotado*, cit., p. 234.

784 Así, BRAMONT ARIAS, L.A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A.; *Código Penal Anotado*, cit., p. 234.

fomentar la enmienda conductiva en la persona del autor. Estos son los cometidos que se asignan a la pena en el marco de un orden democrático de derecho, que han de tropezar con una realidad carcelaria desoladora.

Conforme a la orientación preventiva de la pena privativa de libertad, aparecen las Penas Limitativas de Derecho, que pueden ser aplicadas como penas principales y/o accesorias a la ppl. En dicho alud, se identifica a la pena de Inhabilitación, cuyo ejercicio coactivo supone privar, suspender, restringir al agente del delito, de aquellos oficios, cargos, labores, comercio y otras actividades afines, que fueron empleadas en la perpetración del injusto típico. Sanción proyectada a reforzar los fines preventivo-generales de la pena, que en puridad revela un contenido retributivo.

La «inhabilitación», consiste, por tanto en la sanción que priva y restringe -temporal o definitivamente- al agente de un determinado derecho civil o político, cargo, función o empleo que fue instrumentalizado para cometer el hecho punible. Su naturaleza retributiva se deriva del mayor reproche jurídico-social, quien en ejercicio de un determinado cargo o función comete un delito en evidente abuso de *dicha competencia funcional, de quien se sirve de específicos ámbitos de organización institucional, legal o convencional, para perpetrar un hecho punible, provocando una grave alarma social así como la necesidad del Estado de reaccionar firmemente, no sólo mediante la pena privativa de libertad, sino que aparejando a dicha sanción, la pena de inhabilitación, como suerte de reforzamiento de los fines preventivo-generales de la pena.*

Su carácter es infamante, pues de su aplicación parece desprenderse que quienes cometan determinados delitos o hayan sido condenados a las penas máximas no merecen ni honores, ni empleos, ni cargos públicos, ni tan siquiera el derecho a recuperarlos si entendiéramos por privación la perpetua extinción de la relación de empleo público⁷⁸⁵.

Aquel que recibe un encargo público, una potestad jurídico-pública de ejercer una función destinada al servicio de la comunidad, se le exige más que a un particular, pues a éste se le deposita en el cargo una serie de expectativas *comunitarias*, de esta mayor exigibilidad se deriva como consecuencia un mayor grado de reproche personal, por ende, la pena privativa de libertad no resulta una sanción suficiente, para colmar las exigencias retributivas, las consideraciones de prevención general ante estos injustos priman y ameritan la privación del cargo o empleo, como un medio eficaz de *intimidación normativa*.

El cargo, función o empleo debe ser aquel que el agente ostentaba al momento de la comisión del hecho punible (*tempus commissi delicti*), cualquiera que sea el título -en propiedad, interino, eventual, etc.- o situación administrativa,

785 MAPELLI / TERRADILLOS; *Las Consecuencias Jurídicas*, cit., p. 180.

etc.⁷⁸⁶, debe ser pues la ostentación de un cargo o función cierto o determinado, no con cargo a futuro, en el caso de la función pública, debe haberse ingresado según los procesos selectivos correspondientes y de conformidad con la normatividad vigente.

La orientación actual es de dotar a la inhabilitación de finalidades exclusivamente preventivas⁷⁸⁷, es decir, de evitar la comisión de delitos en el futuro a partir del abuso de la función encomendada. Por ello -como señala LANDROVE DIAZ- no es de extrañar que el moderno Derecho penal atribuya un sentido marcadamente tutelar y preventivo a estas privaciones de derechos⁷⁸⁸.

Ya desde el Congreso de Berlín, de 1935, se configuraron éstas como verdaderas medidas de seguridad, fisonomía de medidas que han alcanzado en el Derecho de diversos países⁷⁸⁹.

El CP de 1924 comprendía a la inhabilitación en su artículo 27° (Título IV), se limitaba a realizar una clasificación enumerativa de sus efectos en cuanto los derechos afectados y sus clases (absoluta y relativa). En cuanto a su naturaleza jurídica, esta pena "no es por supuesto, un tratamiento que busque la reforma del delincuente. Su valor esencial es intimidatorio, pues involucra pérdida considerable de capacitación"⁷⁹⁰.

El texto punitivo, en los términos normativos de su artículo 36°, establece una clasificación de los efectos que la inhabilitación debe producir en la persona del condenado:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter público;
3. Suspensión de los derechos políticos que señala la sentencia;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que deban especificarse en la sentencia;

786 DE LAMA RUBIO; *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, cit., p. 118.

787 La orientación finalista de la inhabilitación no debe ser confundida con su naturaleza retributiva o esencia, pues esta última al igual que la pena, siempre va a detentar efectos retributivos.

788 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 97.

789 LANDROVE DIAZ; Cfr. *Ibidem*.

790 NUÑEZ, Ricardo; *Derecho Penal Argentino. Parte General*. T. I y II. Ed. Tipográfica argentina, Buenos Aires, 1959, ps.432-433.

5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
6. Suspensión o cancelación de la autorización para optar o hacer uso de armas de fuego; incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de arma de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delitos doloso con pena privativa de libertad superior a los cuatro años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia⁷⁹¹.
7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículos o incapacidad para obtenerla por igual tiempo que la pena principal; o⁷⁹²
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Se ha suprimido la clasificación legal propugnada por el CP de 1924 en inhabilitación absoluta y secundaria; se reúnen todas en una sola determinación que podrá ser impuesta como principal o accesoria⁷⁹³; conforme la cláusula legal anotada, se permite al juzgador en uso a sus facultades discrecionales, elegir la clase de inhabilitación adecuada al *status* del autor y en función al cargo o función encomendada, que fue prestada al servicio de su designio criminal, ligándola entonces, a la intensidad de su juicio de culpabilidad.

Según lo previsto en el artículo 36°, la inhabilitación producirá la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, en cuanto, aquellos funcionarios o servidores públicos que son elegidos como producto de la voluntad popular: -congresistas, alcaldes, regidores, presidentes de gobiernos regionales, etc.; de esta forma se priva el derecho del condenado de permanecer activamente en el cargo, que desempeñó como fundamento de la comisión del delito.

Se es funcionario o servidor público⁷⁹⁴, no sólo aquel que ingresa según las bases de la carrera administrativa (Decreto Legislativo N° 276 y su regla-

791 Numeral modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29106 del 18 de octubre del 2007.

792 Inciso modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29439 del 19 de noviembre del 2009.

793 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

794 Funcionario o servidor público, es sobre quien recae un deber jurídico-público, pues implica una relación laboral con el Estado, de ahí se deriva una mayor exigibilidad en las funciones encomendadas, lo que significa un aumento considerable del reproche jurídico-penal.

mento – Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Decreto Legislativo N° 728⁷⁹⁵), sino también aquellos cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular⁷⁹⁶.

Conforme lo detalla el artículo 39° de la Constitución Política del Estado: *"Todos los servidores públicos están al servicio de la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes de acuerdo a ley"*.

La diferenciación que se establece en nuestra carta fundamental entre los funcionarios y servidores públicos, señala que los primeros son aquellos con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, y los últimos los que están sujetos al régimen de la carrera administrativa o que tienen la condición de eventuales⁷⁹⁷.

Conforme lo anotado, la privación del cargo o función, se extenderá a todas estas personas vinculadas de una u otra forma con la función pública, como comprensión clasificatoria de extensión de *punición*⁷⁹⁸; asimismo (inc. 2), se contempla, la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, esta sanción ya no se retrotrae únicamente al pasado -al hecho punible-, sino que se proyecta al futuro, neutralizando al agente de poder acceder a un cargo público de cara a futuro, lo cual consideramos arbitrario y excesivo, es una especie de "muerte pública"⁷⁹⁹; se pierde toda relación entre la magnitud del delito y la sanción, una sanción exclusivamente personalista, que se trasciende los márgenes constrictores de un Derecho penal sujeto al

795 Régimen laboral de la actividad privada.

796 A tal efecto, son considerados funcionarios o servidores públicos a consideración de connotación penal, aquellos comprendidos en el artículo 425° del Código Penal, modificado según el artículo 1 de la Ley N° 26713 del 26/12/1996, que extiende el *status* funcional a los administradores y depositarios de caudales embargados por autoridad competente, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y, a los demás indicados por la Constitución Política y la ley; Vide, más al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 50-58.

797 PATRÓN FAURA, Pedro/ PATRÓN BEDOYA, Pedro; *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. Séptima edición. Edit. Grijley, Lima-Perú, 1998, p. 176.

798 Se entiende, a pesar de que la norma no lo señala expresamente, que los títulos que acrediten conocimientos técnicos o profesionales, no son susceptibles de suspenderse o de privarse en su ejercicio, pues se originan a partir de aptitudes cognitivas individuales que no pueden modificarse a efectos de una sentencia condenatoria.

799 BOLDOVA PASAMAR: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 115; así, De Lama Rubio al señalar "con razón la doctrina ha considerado, a la inhabilitación absoluta, como una especie de "muerte civil del penado"; *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, cit., p. 119.

dato del hecho, del acto, como manifestación conductiva que se cobija bajo los alcances normativos de un tipo penal en específico, valga este comentario en el caso de una «inhabilitación accesoria» que se extiende por igual tiempo a la pena principal.

En tanto, que el inc. 8, del articulado, establece la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio de que se hubiese servido el agente para cometer el delito⁸⁰⁰; se supone que la privación de estos derechos se circunscriben a aquellos que ostentaba el condenado al momento de perpetrar el hecho punible, sean éstos permanentes o eventuales. Son todos aquellos honores⁸⁰¹ que se obtuvieron en el ejercicio de la función encomendada, sea cual fuera la naturaleza de la relación laboral.

En lo referente a la privación de la profesión u oficio, entendemos que únicamente la privación se refiere al ejercicio práctico de la actividad profesional, más no los títulos académicos que le fueron exigidos obtener para poder acceder al ejercicio del mismo.

Como ya destacó GROIZARD, la pérdida de los títulos académicos no debe ser materia de penalidad, aunque sí el ejercicio de las profesiones para la que habilitan: los títulos académicos no son certificados de moralidad ni de buena conducta; son meros testimonios de suficiencia adquirida y probada, y como esa aptitud no desaparece por la comisión del delito, no puede ni debe ser negada nunca por los poderes públicos, tina vez reconocida y solemnemente proclamada⁸⁰².

Mientras que el inc. 3, contempla la suspensión de los derechos políticos, los derechos políticos están referidos a la participación del ciudadano en la vida público-política, el derecho a elegir a las autoridades políticas, a ser elegido y de hacer uso de los mecanismos constitucionales configurados en los asuntos públicos. Así el artículo 31 de la Constitución Política del Estado, que señala lo siguiente: "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

800 En los delitos cometidos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, el artículo 353° del CP, dispone que los funcionarios, servidores o miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, serán reprimidos además de la pena privativa de libertad, con inhabilitación de uno a cuatro años conforme al artículo 36°, incisos: 1, 2 y 8.

801 BOLDOVA PASAMAR apunta que por honores hay que entender todos los títulos y distinciones de carácter honorífico del condenado, excluyendo aquellas cualidades cuyo contenido no 'sea definido por el honor, como por ejemplo, los grados académicos; ob. cit., p. 115; los honores se tomarán en consideración al margen de las particulares circunstancias en las cuales se cometió el delito.

802 Citado por LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 99

elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por la ley orgánica”.

El artículo invocado, debe leerse conjuntamente con el inc. 17 del art. 2 de la Constitución que establece que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación y que los ciudadanos tienen conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum⁸⁰³. La participación activa de los ciudadanos en la vida política de una Nación nace del contrato social como expresión de una real democracia de contenido social, que tiene en la participación de sus asociados la legitimidad de los actos de gobierno, en tanto las democracias se rigen por la voluntad de las mayorías, como manifiesto primario del voto popular que otorga legitimidad a los gobernantes.

Todos los derechos mencionados, importan derechos que se asumen con el ejercicio pleno de la ciudadanía, la cual se adquiere a la mayoría de edad (capacidad de goce y de ejercicio), en concordancia con el artículo 42° del CC; asimismo, el artículo 33° de la Ley Fundamental, dispone normativamente, que el ejercicio de la ciudadanía se suspende: 1. Por resolución judicial de interdicción. 2. Por sentencia con pena privativa de libertad. 3. Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. La suspensión del ejercicio de la ciudadanía ocurrirá durante la vigencia de la pena que se trate⁸⁰⁴.

Al constituir esta inhabilitación, una privación en sumo afflictiva para el condenado, consideramos que ésta no deberá prolongarse más allá de lo estrictamente necesario, en consideración a sus finalidades preventivas.

El inc. 4) establece la incapacidad para ejercer por cuenta propia por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que debe especificarse en la sentencia, la inhabilitación debe suponer el haberse servido de una determinada actividad profesional o comercial para cometer el hecho punible, es decir, deber de desprenderse de una relación del *status* de imputación personal (culpabilidad) con la «antijuridicidad material».

Situación tal, que justifica el merecimiento y necesidad de dicha suspensión; en la sentencia habrá de especificarse la profesión, oficio, industria o comercio sobre los que recae esta inhabilitación⁸⁰⁵; a efecto, de evitar ampliaciones sancionadoras arbitrarias, que no se correspondan con la racionalidad y proporcionalidad, como parámetros de la respuesta punitiva, indispensable para garantizar su racionalidad.

803 BERNALES BALLESTEROS, E.; *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, cit., p. 267.

804 BERNALES BALLESTEROS, R.; ob.cit., p. 280.

805 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 120.

Por su parte, en el inc.5) se contempla la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; en esta hipótesis, la incapacidad de estos derechos se derivan de un *aprovechamiento* del autor, de una posición de dominio por asunción de determinados deberes institucionales, que lo vinculan con la víctima, suponiendo una valoración de mayor intensidad, en lo referente al reproche individual, al grado de responsabilidad penal, que en suma lo descalifican -social y moralmente- de continuar con el ejercicio de instituciones tan importantes en una sociedad, como lo es la patria potestad⁸⁰⁶, tutela⁸⁰⁷ y curatela⁸⁰⁸.

Esta inhabilitación se aplica en el ámbito de los delitos de lesiones (121º-A, 121º-B, 122º-A y 122º-B⁸⁰⁹) y en la esfera de los delitos sexuales⁸¹⁰. Mientras que el inc. 6, prevé la suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego.

En el marco del Estado de Derecho, sólo algunos ciudadanos están autorizados para portar armas de fuego, sean éstos los custodios de la seguridad interna y externa de la Nación, como: los miembros de la PNP y de las Fuerzas Armadas, también subsidiariamente, los custodios particulares, previa autorización por las autoridades competentes; así también los ciudadanos que acrediten una justificación que amerite la posesión y tenencia de un arma de fuego. En este sentido, todos aquellos que portan armas de fuego se convierten automáticamente en «garantes» –mediante una vía de asunción-, de que únicamente se utilicen, para las funciones encomendadas y sujetas a lo estrictamente necesario y en proporcionalidad a la gravedad de las circunstancias concomitantes⁸¹¹. Pues, si de este uso se deriva un abuso, éste pierde la posibilidad de mantener

806 El Código de los Niños y los Adolescentes (Ley N° 27337), sanciona la suspensión de la Patria Potestad por una serie de causales, previstas en su artículo 75º.

807 La tutela se encuentra regulada en el artículo 502 y ss. del Código Civil, como institución sustitutiva de la patria potestad, al disponer que: "*Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes*".

808 La curatela es otra institución custodial, de personas incapacitadas para desarrollarse individualmente en orden a determinadas deficiencias internas; la curatela es de aplicación en aquellos sujetos de incapacidad de ejercicio (absoluta o relativa), tal como lo prevén los artículos 43º-44º del CC, en concordancia con el artículo 565 del CC, que establece que la curatela se instituye para: 1.-Los incapaces mayores de edad. 2.-La administración de bienes. 3.-Asuntos determinados, previa declaración judicial de Interdicción como requisito indispensable.

809 Artículos incorporados por el artículo 10º de la Ley N° 29282 del 27 de noviembre del 2008; Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 266-272.

810 Artículos 181-A, y 183-A, incorporados por el artículo incorporado por el artículo 2º de la Ley N° 28251 del 08 de junio del 2004.

811 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 564-582.

este privilegio, máxime si su posesión importa *una fuente permanente de peligro para los bienes jurídicos fundamentales de sus conciudadanos, determinando una exigencia muy fuerte, en mérito a la asunción del deber que toma lugar a través de dicha circunstancia.*

Por su parte, el inc. 7 establece la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo⁸¹²; inmersos en una sociedad caracterizada por una serie de riesgos, «riesgos permitidos» en razón de la utilidad o beneficio social que de ellas se obtiene, exige que los sujetos en el desarrollo de dichas actividades se sujeten a las normas de cuidado, es decir, que no lesionen el deber objetivo de cuidado, pues en la mayoría de las veces estos injustos se cometen a instancia de una infracción imprudente de la normativa, que en rigor regula dicha actuación, tal como acontece diariamente en nuestra sociedad, producto de la conducción deficitaria de los conductores que circulan sus vehículos por las distintas ciudades de nuestro país que colocan en constante peligro la vida y la salud de los comunitarios⁸¹³. De ahí, la necesidad de privar de la licencia de conducir a quien ha demostrado, con su proceder conductivo, no estar a la altura de las exigencias sociales, en tanto, se ha convertido en un foco de peligro para la seguridad de los bienes jurídicos fundamentales⁸¹⁴.

La Ley N° 29439, dictada a fines del año 2009, ha incido en planos específicos de la cotidiana criminalidad, que toma lugar permanentemente en nuestras urbes, en particular de quienes conducen un vehículo automotor bajo la influencia del alcohol y/o sustancias psicotrópicas⁸¹⁵. Producto de estos avatares criminológicos, es que el legislador decide intensificar la respuesta punitiva, proyectando un mensaje normativo de mayor disuasión disuasiva, apelando a los fines preventivo-generales de la pena, lo que si bien puede resultar justificado desde un plano ético-social y hasta material, mas vayamos a ver si en el plano de la facticidad, traiga consigo los efectos que se pretenden generar en la población; es así, que se incorporan al texto punitivo, los artículos 274°-A y el 279°-F.

812 En su acepción lata, "vehículo", comprende los vehículos a motor, ciclomotores, u otras máquinas o embarcaciones, barcos, aeronaves y toda clase de medio de locomoción motorizado.

813 Así, LANDROVE DIAZ; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 102.

814 Esta inhabilitación se aplica en los artículos 111°, 124 °y 274° del CP; la suspensión -temporal o definitiva- de la licencia de conducir también es una sanción de naturaleza administrativa prevista en el Código Nacional de Tránsito. Cuando aplicar una u otra, dependerá del grado de afectación al bien jurídico tutelado (del injusto personal) y del despliegue de una energía criminal suficiente para poder catalogarla como un verdadero injusto penal.

815 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I y T. III, cit., ps 142-147 y ps. 525-550.

Como sabemos, la infracción de esta normativa penal, desencadena una reacción que puede verse desde un doble baremo: primero, en lo referente a la pena privativa de libertad como sanción principal y, segundo, la inhabilitación de la autorización para conducir cualquier vehículo automotor, amén de fortalecer los fines preventivo generales de la pena. De suerte, que se evitan posibles reiterancias delictivas, privando al autor, del derecho a seguir conduciendo su vehículo, con ello se defiende a la sociedad de *focos visibles de riesgos*.

Conforme lo anotado, la sanción de «Inhabilitación» se extiende al *derecho de obtener la autorización para conducir por igual tiempo que la pena principal*; dicha previsión importa inferir, que al autor al momento de perpetrado el hecho punible, carecía de Licencia para conducir vehículo automotor⁸¹⁶, *contrario sensu* no se entendería como quien contaba con licencia y, ésta es cancelada y/o suspendida, podría nuevamente acceder a dicha autorización, cuando esta imposibilitado para hacerlo.

Parece que la modificación in comento, se orienta a cerrar cualquier espacio, que haya de obstaculizar los fines preventivos del Derecho penal, considerando los *peligros no permitidos* que toman lugar, cuando los individuos conducen un vehículo bajo la influencia de sustancias psicotrópicas o cuando vulneran las normas elementales de cuidado en el tráfico varío. Resultando que conductores que manejan sin contar con la autorización respectiva, se constituyen en elementos riesgosos para los bienes jurídicos fundamentales, adscripción criminológico que se adscribe al enunciado normativo.

Cuestión emblemática, es de verse en el caso de los funcionarios públicos comprendidos en el artículo 99º de la Ley Fundamental, nos referimos los funcionarios que ejercen los máximos escalafones de la Administración Pública, pues, ya a nivel del Congreso de la República, en el ámbito administrativo, se producen también sanciones de privación en el ejercicio de la función pública, que pueden llegar a vulnerar el principio del *non bis in idem*; vía este principio limitador del *ius puniendi* estatal, se pretende evitar una múltiple persecución por un mismo hecho o por la misma fundamentación jurídica.

El *non bis in idem*, es de acotar, -escribe SAN MARTÍN CASTRO-, es un principio cuya importancia moderna reside en su significado como garantía de seguridad individual y que, en verdad, su adecuado entendimiento proviene de la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que dispone: "Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de

816 Estadísticas arrojan que en el año 2009, 9,083 conductores fueron intervenidos en todo el país, sin tener brevete. Siendo que la cifra de chóferes sin brevete representa un 8.22% del total de intervenidos en el año 2009.

pérdida de vida o de algún miembro⁸¹⁷, nace en realidad, como una limitación del poder penal destinada a tutelar las libertades fundamentales, en cuanto vía de contención a todo viso de arbitrariedad público, ejerciendo una especie de ponderación y racionalización al poder penal estatal.

En el marco del «Estado Constitucional de Derecho», el poder penal no puede trasvasar los límites impuestos por el principio de legalidad, en cuanto al ejercicio de una descarga *punitiva sujeta al principio de proporcionalidad*.

La esencia material de un «Derecho Penal del acto», presupone que la persecución del Estado, debe circunscribirse a aquel dato de relevancia jurídico-penal, como única forma legítima de activar los mecanismos sancionadores; mas, parece que muy a menudo, colisionan las vías administrativas y penal, pues, en tanto ambas parcelas sancionadoras, privativas del «Derecho Público Sancionador», pretenden encaminarse, ante un hecho que merece una reacción jurídica, donde lo importante es identificar su zona de delimitación.

El poder sancionador de la Administración, que se basa en el *ius imperium* del Derecho Público, ha de ser respetuoso de la legalidad, lo que impone proscribir toda manifestación excesiva de dicha potestad, en mérito a la garantía que debe irradiar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, según el orden de valores consagrados en el texto ius-fundamental.

En ese contexto, se erige el principio del *Non bis in idem*, consagrado en el inciso 10) del artículo 230° de la Ley N° 27444, estipulando que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, el hecho y el fundamento. Este principio responde a la necesidad de imponer límites al poder sancionador del Estado, además de ser consustancial a las máximas de un Estado de Derecho, de “proscribir todo mecanismo de arbitrariedad pública”; de ahí que toda facultad coercitiva y sancionadora estatal no puede ser ejercida de forma libérrima y/o en puridad abiertamente discrecional, sino dentro de los cánones del principio de legalidad y los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad, en la medida que la reacción sancionadora supone una afectación, limitación y/o restricción a derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, resulta admisible una doble sanción por parte del Estado, y no violatorio del principio de *Non bis in idem*, cuando el fundamento de la sanción sea distinto, en otras palabras cuando el bien jurídico tutelado sea de diversa naturaleza jurídica. En efecto, los mismos hechos pueden tener una calificación jurídica distinta, que pueda ameritar la imposición de una sanción administrativa y/o penal. De igual forma, resulta tolerable que una sanción no

817 SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHEIRA, José Leandro; *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir*. Jurista Editores. Lima, 2002, cit., p. 377.

ejecutada sea complementada por otra, en caso que esta sea insuficiente considerando los bienes jurídicos afectados por la comisión de la falta, es decir que en tanto no se ejecute la sanción impuesta al infractor esta puede ser complementada por las autoridades administrativas competentes, si la primera resulta insuficiente frente a la gravedad del hecho, en cuanto a la magnitud del disvalor antijurídico.

Conforme a lo expuesto, ante un solo hecho –jurídicamente desaprobado–, cabe únicamente la admisión de una única reacción jurídico-estatal; estos son los límites que la potestad sancionadora del Estado ha de respetar en el marco de un Estado de Derecho. Limitación material y procesal que se manifiesta en toda su amplitud con la vigencia en rigor del principio del *non bis in idem*.

El TC no recuerda en la sentencia recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, que: *“El contenido esencial constitucionalmente protegido del ne bis in idem debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que, en su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto, por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles es, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su ius puniendi debe tener una sola oportunidad de persecución”*.

Se pone, entonces, de relieve que la reacción jurídico-estatal, sólo será válida, dígame «legítima», si es que el individuo comete un acto reprobado con la norma de conducta, si es de naturaleza penal, la respuesta será una pena y, si la norma es de naturaleza administrativa, la sanción será de carácter administrativo.

Sin duda, la manifestación de mayor gravedad se presenta con la pena, al importar la privación de libertad, de quien culpablemente lesione y/o puso en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado–, pues la reacción administrativa, sólo puede suponer inhabilitaciones, suspensiones, privaciones en cargos públicos, en otros supuestos la imposición de multas pecuniarias, de cierre de establecimientos, etc. Empero, es de verse que ambas esferas pertenecen al Derecho público sancionador, cuyos derroteros se expresan cabalmente a través del Derecho penal y el Derecho administrativo, ambos implican la intromisión en derechos subjetivos, por tanto, si en un Estado de Derecho, rigen los principios de proporcionalidad y de interdicción a la arbitrariedad pública, no puede permitirse que ante una sola conducta puede el sujeto infractor ser sancionado doblemente, tanto penal como administrativamente⁸¹⁸.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como la vía administrativa⁸¹⁹. Mas con ello decimos aún muy poco, en el sentido de que dicho plano es objeto de mucha discusión en la doctrina, a partir de ciertos criterios que se han ido construyendo –en la doctrina y en la jurisprudencia–, para precisamente permitir una injerencia desde el doble esfera del Derecho público sancionador, por ello resulta imprescindible situarnos en los puntos de análisis que deben ser analizados para el desarrollo en cuestión.

Cabe indicar, que la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, puede ser definido a partir de varios baremos: «cuantitativos» y «cualitativos»; mientras que los primeros hace alusión a términos cuantificables del daño producido, los segundos hacen referencia al grado de la lesión provocada. Así también, las diferencias han de ser observadas, desde la naturaleza de la reacción jurídico-estatal como del órgano funcional encargado del procedimiento. El Derecho penal es privativo de la pena de prisión, por su parte las sanciones en el Derecho administrativo, son de naturaleza pecuniaria. Así, en la doctrina nacional, al señalarse que en realidad el procedimiento sancionador administrativo regulado, resulta totalmente autónomo e independiente de la sanción penal por el delito que pudiera haberse cometido, ya que la característica principal del primero radica en que se trata de una actividad represiva y disuasiva de una conducta temeraria o ilícita del administrado que afecte fundamentalmente el principio de conducta procedimental⁸²⁰.

818 Vide, al respecto, CAFERATTA NORES, J.; *Garantías y Sistema Constitucional*. En: *Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales*, T. I, cit., ps. 148-149.

819 GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ RAMÓN FERNÁNDEZ, T.; *Curso de Derecho Administrativo*, II. Thomson - Civitas, cit., p. 165.

820 CERVANTES ANAYA, D.A.; *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial RODHAS, Lima, 2009, cit., p. 573.

Parafraseando a CORTÉS DOMÍNGUEZ, diremos el derecho a la imposición de penas criminales es exclusivamente del Estado; sólo el Estado (en cuanto que órgano judicial) tiene la legitimidad, la soberanía y el *imperium* necesarios para castigar penalmente los hechos punibles que así son reconocidos como tales en el Código Penal⁸²¹.

Siguiendo la línea argumental descrita, tenemos que el «prevalimiento» de la función pública, *en cuanto a la plataforma funcional que hace uso el sujeto público para perpetrar el injusto penal*, merece no sólo una respuesta jurídico-penal, sino también de orden político; en tal sentido, el Congreso de la República ejerce el poder político por excelencia y en su majestad reside el poder soberano del pueblo.

Conforme lo anotado, ante actos sumamente reprobables, los funcionarios transgresores se someten al poder político; poder que determina una sanción política, que en este caso se traduce en una inhabilitación de ejercer cualquier cargo público, que puede extenderse por un lapso de diez años. Y esta sanción, no tiene injerencia alguna en la responsabilidad penal, en la cual pudiese haber incurrido el funcionario público; en tales casos, el funcionario público será sometido a la Jurisdicción Penal, luego de realizado el trámite del Antejuicio político o de la Acusación Constitucional.

Al respecto, el artículo 100º de la Constitución Política de Estado, reza literalmente de la siguiente manera: *"Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad"*.

Se desprende de la previsión constitucional, dos aspectos a saber: -primero, que el funcionario público debe haber sido sometido a un procedimiento de acusación constitucional, por la presunta comisión de un delito de función en el ejercicio de la actividad pública; y, segundo, la sanción que se imponga, se ejecuta sin perjuicio de la responsabilidad penal, que será tramitada según lo establecido en el segundo párrafo del precepto constitucional⁸²².

Lo discutible en todo caso, es que no se establece taxativamente las causales que pueden acarrear esta clase de sanciones, si bien se entiende que el hecho denunciado debe estar revestido de carácter criminal, puede, y, en la práctica se ha observado, que se inhabilite a un funcionario, de desempeñar un cargo público, pese a que la Comisión «Sub-investigadora», dictaminó que no

821 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V.; *Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, cit., p. 159.

822 Dice así: *"En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente"*.

ha lugar a la acusación constitucional por la presunta comisión de un delito de función.

El cuestionamiento parte en concreto, que luego del proceso penal se determine la inocencia del imputado, ora por haberse demostrado su inculpabilidad, ora porque el hecho no constituye delito (sobreseimiento). Ciertamente, no creemos que sea suficiente lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 100° de la Constitución, al señalar que la sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos, se levanta automáticamente la sanción de inhabilitación.

Lamentablemente, debe decirse que el poder congresal, anglomera una serie de facciones políticas, que muy por lo general realizan sus funciones fiscalizadoras, impulsados y motivados por designios puramente políticos; persecuciones políticas que se activan en toda una maquinaria persecutoria en virtud de las prerrogativas que se derivan de la función legislativa; en tal medida, se inician investigaciones por meras presunciones o datos que no han sido lo suficientemente corroborados, ante tales circunstancias, puede que se termine por inhabilitar a quien realmente no ha cometido ningún hecho, reputado siquiera como infracción administrativa (a la Constitución).

Según lo anotado, urge una modificación constitucional en este sentido, que permita dotar de mayores garantías a los acusados, para que puedan ejercer su defensa de forma irrestricta, y premunidos con todos los presupuestos que estructura el Debido Proceso (*fair trail*); sujetando la regulación normativa al principio del non *bis in idem*.

Dicho de otro modo: el principio del non *bis in idem* no se verá afectado, mientras que el objeto de la sanción administrativa se encauce en parámetros ajenos a la sanción punitiva, que la primera se encuadre en el terreno político, y la segunda se encamine únicamente a la prevención y tutela de los bienes jurídicos más preciados, según el orden de valores contenidos en el texto iusfundamental.

b. La Inhabilitación como Pena Principal

Conforme como lo dispone el artículo 37° del CP, la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria, dependiendo del grado del injusto y de referencia al reproche jurídico del autor; constituyen a datos a saber de relevancia, si es que se quiere graduar la intensidad de la reacción a un mínimo de racionalidad.

Se le denomina pena principal, cuando su imposición no está subordinada a la aplicación de otra pena, es decir, su aplicabilidad no depende de condi-

ción alguna. Puede ser única o conjunta, pero no alternativa⁸²³. En cambio, será considerada «pena accesorio», cuando su concreción legal en la persona del culpable, siga como consecuencia directa a una pena principal, como lo es la pena privativa de libertad en razón de su naturaleza retributiva.

La tendencia a que se trate de manera unificada la inhabilitación como una sanción principal obedece, según MANTOVANI, a la intención generalizada de los procesos de reforma penal de sustituir para ciertos delitos la pena de detención con pena de inhabilitación, elevando la sanción accesorio a la principal.

Es de verse, que las nuevas formulaciones político-criminales han seguido el criterio de morigerar el carácter retributivo de la pena privativa de libertad, sustituyéndola con penas menos aflictivas, pero no menos preventivas como la inhabilitación, que en la calidad de pena principal, se encarga de ejercer la función retributiva, de que cesen determinadas condiciones individuales que fueron impulsadas para la comisión del hecho punible.

Resulta imprescindible la imposición de una sentencia condenatoria para poder aplicar la inhabilitación como pena principal.

La «inhabilitación principal», presupone la comisión de un injusto que dado su contenido antijurídico no merece un mayor reproche, que amerite en tal sentido, la imposición de una sanción profesamente coaccionadora, como lo es la pena de reclusión penitenciaria; en el entendido, que en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, la aplicación de una inhabilitación a la persona del infractor, es una sanción adecuada conforme a la visión preventiva del Derecho penal, que tomando un criterio selectivo del hecho punible, sustrae del ámbito de la pena efectiva, aquellos injustos que en razón de su falta de necesidad y de merecimiento, ameritan una respuesta jurídico-penal, de contornos punitivos diferenciados.

Y, esta selección, no implica un relajamiento de los factores preventivos de la pena, en tanto la imposición de esta sanción se cohesiona, tanto con la prevención especial y con la prevención general, puesto, que el autor, dadas sus características especiales, no necesita ser *rehabilitado*, bajo un régimen penitenciario, y, desde la prevención general, la sociedad no necesita ser amenazada con la aplicación de una pena de reclusión carcelaria, en razón del mínimo grado de perturbación social; por consiguiente, la imposición de la inhabilitación como pena principal, se corresponde con la visión reductiva del poder penal.

A ciencia cierta, ninguno de los tipos penales comprendidos en la Parte Especial, prevé a la inhabilitación como pena principal, por lo que su aplicación podría contravenir el principio de legalidad.

823 BRAMONT ARIAS, L.A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A.; *Código Penal Anotado*, cit., p. 236.

En cuanto a su extensión temporal, se define normativamente en el artículo 38º, que ésta se extiende de seis meses a cinco años, de conformidad con el principio de proporcionalidad, salvo en los casos *que se refiere el segundo párrafo del numeral 6) del artículo 36º, en la que es definitiva*⁸²⁴; es así, que se evitan inhabilitaciones muy prolongadas, que pueden resultar sumamente gravosas para el condenado, en razón del grado de afectación a sus derechos constitucionalmente reconocidos. Se suprime entonces el carácter perpetuo, que fijaba el Código penal abrogado.

c. La Inhabilitación como Pena Accesoría

Según lo establecido normativamente, en el artículo 39º del CP, se dice a la letra que: *"La inhabilitación se impondrá como pena accesoría cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley"*.

Consideramos una falta de técnica legislativa, lo innecesario, de tener que referirse a toda una serie de actividades u ocupaciones del penado, que finalmente se refiere a un denominador común: el ejercicio de un determinado rol social como medio o instrumento para facilitar la comisión del hecho punible; lo importante a tal efcto, es que la descripción de la actividad se someta al imperio de la legalidad; y, de cierta forma, el precepto cumple con esta garantía, al establecer que la actividad debe estar regulada por la ley-.

El principio de legalidad de las penas implica que la pena esté prevista como tal en el ordenamiento jurídico, pero también que se concrete expresamente, no sólo por el juez, sino especial y suficientemente por la ley⁸²⁵ (*nullum poena sine lege praevia*).

En cuanto a su naturaleza jurídica, como «pena accesoría», ésta se sustenta en la necesidad de extender los efectos retributivos de la pena privativa de libertad, mediante la inhabilitación del rol social (*esfera específica de organización competencial, en cuanto a la asunción del deber y de exigencia normativa*), que se utilizó para la perpetración del hecho punible, el cual se justifica en clara alusión al grado de reproche culpable del autor, pues sobre quien recaen mayores deberes por asunción, se les exige más, de quienes realizan labores ordinarias.

824 Artículo modificado por la Ley N° 29106 del 18 de octubre del 2007.

825 BOLDOVA PASAMAR, M.A.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 123.

Los ciudadanos ejercemos cotidianamente una serie de roles o funciones en el quehacer social, sistema que actúa con tal dinámica, que muchas veces un ciudadano va a terminar por realizar una serie de roles; a tal efecto, lo importante es que dicho rol lo desarrolle correctamente de acuerdo a las expectativas sociales fundadas en el pacto social, de ejercer los ámbitos organizativos internos de conformidad con la regulación del derecho positivo. Son entonces, deberes que se asumen en razón de una determinada actividad, y, quien en virtud de su actuar deficitario ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos, ha demostrado que no está en condiciones aptas para seguir ejerciéndolo; por consiguiente, el Estado interviene en defensa de esos bienes jurídicos, privando al autor de la actividad que fue canalizada para la perpetración del hecho punible.

En consecuencia, el derecho penal descarga con más intensidad sus efectos represivos, con el objetivo de dotar de mayor eficacia al sistema jurídico-penal sancionador. El carácter de "accesoriedad" les viene dado, a esta clase de penas, según SERRANO BUTRAGEÑO, por tener como función "aumentar los efectos de la pena o penas principales"⁸²⁶.

La imposición de la inhabilitación como pena accesoria, resulta imperativa y automática, en tanto el juzgador deberá imponer dicha sanción, cuando se haya acreditado en el Proceso Penal, que el sujeto infractor, *perpetró un injusto de naturaleza funcional, en mérito a una relación de garantía, que se construye a partir de las normas de derecho público, cuando el autor, con su proceder conductivo, infringe el deber encomendado, vulnerando los criterios rectores, que sostienen la actuación pública a la luz del Estado Constitucional de Derecho, definiendo una reacción de punición, que requiere verse fortalecida en términos de prevención general negativa así como de neutralización del agente, de no servirse más del cargo público, al resultar una persona indigna, para ser portadora de tal excelsa misión; así también, cuando el agente se aprovecha de una determinada función, autoridad, profesión o cargo; dato importante a saber, para sostener la necesidad aplicativa de la pena accesoria (inhabilitación), en tanto su imposición automática, podría resultar arbitraria e injusta; así lo determina normativamente el artículo 426º del CP, al establecer a la letra que: "Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título Delitos Contra la Administración Pública, serán sancionados además con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2".*

No obstante lo anotado, la clase de inhabilitación sí se encuentra sometida a la facultad discrecional del juzgador, quien deberá elegir entre aquellas

826 Citado por MAZA MARTÍN, José; *Penas Privativas de Derechos y Accesorias en el Nuevo Código Penal*. En: *Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Oseznó. Madrid, 1996, cit., p. 181.

comprendidas en el artículo 36° del CP, atendiendo a la gravedad del delito y su relación con el cargo utilizado a efectos de cometer el delito, con arreglo al principio de «proporcionalidad».

Parte de la doctrina cuestiona la posibilidad de acompañar a la pena privativa de libertad, otra pena, como la inhabilitación, que supone una mayor afectación de los derechos del penado, que sobre todo vulnera el principio resocializador. Al respecto, consideramos que *un Derecho penal, orientado esencialmente a fines preventivos, debe de analizar todos aquellos datos, circunstancias y variables que rodean al hecho punible, considerando en rigor, el modo, los medios, que se valió el sujeto infractor en la perpetración del injusto; por tales motivos, al apreciarse que el agente, se aprovecho de las bondades del cargo, oficio u actividad determinada, se incide en un plano específico de reacción punitiva, donde la pena privativa de libertad, no resulta suficiente, para garantizar los cometidos preventivos, en cuanto a la disuasión del colectivo, de los agentes potenciales del delito, donde la sociedad, no puede darse el lujo de permitir que quien delinquiró, sirviéndose del cargo u actividad, continúe ejerciéndola; no obstante, su duración y esencia debe someterse a un riguroso test de proporcionalidad, necesidad y de adecuación, amén de que su contenido no resulte una respuesta excesiva del sistema sancionador; empero es importante definir el marco de su aplicación como pena accesorio, decir, que aquélla ha de tomar lugar a posteriori, no lo consideramos acertado, de lo contrario, se manifestaría una sanción que trasciende los marcos ponderados de toda sanción punitiva; siendo también, que su aplicación simultánea, podría generar reparos, en el sentido, de que quien se encuentra privado de su libertad, en cuanto a su propia naturaleza, hace inviable los efectos de esta sanción; afirmación equívoca, desde un plano de legitimación material, la pena de inhabilitación accesorio no puede ser vista como una respuesta vindicativa y anulatoria de los derechos fundamentales del condenado, sino como la vía reforzada de los fines preventivos-generales de la pena; máxime, cuando en algunos casos, el juzgador optará por una pena de aplicación suspendida, en lo concerniente a los denominados "sustitutos penales".*

En la ejecutoria contenida en el RN N° 3332-04, se expone lo siguiente: *"...la inhabilitación que corresponde a los casos del artículo precitado (cuatrocientos veintiséis del Código Penal), tiene la calidad de pena principal y conjunta, con un máximo de duración de tres años y con los alcances contenidos en el artículo treinta y seis, incisos uno y dos; (...) Como ya se ha señalado, la reserva del fallo condenatorio resulta aplicable solo cuando la pena conminada a imponerse no supere los dos años de inhabilitación (...). Que, por consiguiente, para el caso en examen la pena conminada de inhabilitación,*

*principal y conjunta, tiene un máximo de duración de tres años, por lo que la aplicación de la reserva del fallo condenatorio hecha por el Colegiado Superior es improcedente*⁸²⁷.

Como hemos afirmado anteriormente, no es conveniente acompañar la inhabilitación accesoriamente a la pena privativa de libertad y en general a toda pena que tenga por efecto restringir la libertad del condenado⁸²⁸.

Lo afirmado hemos de cotejarlo con lo expuesto en el Acuerdo Plenario 3/2000:

Acuerdo primero.-Por consenso: Las penas de inhabilitación previstas en los artículos 395 y 426 del Código Penal son penas conjuntas y no accesorias, su extensión va de uno a tres años, en ningún caso se puede señalar en la sentencia que su duración es por el tiempo de la condena. La pena de inhabilitación perpetua prevista en el artículo 398-B del Código Penal como accesoria contraviene la extensión de dicha clase de pena establecida en el artículo 39 del Código Penal, y se la conceptúa como principal infringe la extensión fijada en el artículo 37 del Código Penal, además de ser contraria al fin resocializador de la pena.

Acuerdo segundo.-Por consenso: La agravante del artículo 46-A del Código Penal en relación con la pena de inhabilitación accesoria del artículo 39 del mismo cuerpo de leyes, constituye un supuesto de doble valoración, en cuyo caso resulta incompatible la aplicación simultánea, debiendo aplicar el juez solo el artículo 39 del Código Penal, por cuanto el artículo 46-A colisiona con la Constitución, contraviene los principios de favorabilidad y de legalidad.

Acuerdo tercero.-Por consenso: En los supuestos de los incisos 1, 6., 7 y 8 del artículo 37 del Código penal es procedente imponer la pena de inhabilitación principal o accesoria cuando el agente no reúne las condiciones que se pretenden privar con dicha pena, es decir, cuando el agente no ostenta la función, cargo, comisión, profesión, oficio, autorización, grado, título u otras distinciones que en dichas normas se señalan.

La pena accesoria, tal como lo dispone el artículo 39° del CP, se extiende por igual tiempo que la pena principal, es decir, la inhabilitación como pena accesoria puede extenderse por mayor tiempo a diferencia de la inhabilitación como pena principal, que tiene un máximo de cinco años.

827 SAN MARTÍN CASTRO, C.; *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante*, cit., p. 953.

828 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

En el caso de la pena de cadena perpetua, en razón de su naturaleza indeterminada, no habría en realidad de las cosas, necesidad alguna de imponer la inhabilitación accesoria, puesto que su simbólica revisión no permite pronosticar algún tipo de efectos positivos, más únicamente sus efectos retributivos y vindicativos.

d. Inhabilitación Accesoria en los Delitos Culposos de Tránsito

Estadísticas policiales arrojan cifras poco alentadoras referentes a la enorme cifra de la criminalidad, que ha venido a caracterizar las infracciones culposas en el ámbito del tráfico rodado, son cada vez mayores los resultados letales (muerte) y lesiones a la integridad física de la persona, que se producen como consecuencia de un obrar defectuoso en la conducción de vehículos automotores y otros afines; la producción permanente de resultados lesivos, toman lugar como consecuencia de una inobservancia del deber objetivo de cuidado, que tiene en las normas de tránsito (Código Nacional de Tránsito), su referente normativo regulador.

Lima, es la ciudad, donde toman lugar accidentes de tránsito —de forma multiplicada—, donde los conductores transitan sus vehículos sin observar las medidas de seguridad necesarias del tráfico rodado, donde nuestras pistas y carreteras se han convertido en focos peligrosos de temerarios conductores, entre los cuales muchos de ellos no cuentan con licencia de conducir, o en su defecto, han sido adquiridas de forma irregular (*ilícita*).

La caracterización de una «Sociedad de Riesgo», encuentra un referente real en el ámbito del tránsito, donde las interacciones sociales se activan de forma más concurrente, propiciando la puesta en peligro de bienes jurídicos importantes, como la vida, el cuerpo y la salud; que cada vez cobran más víctimas, muy a pesar de las campañas informativas que se propalan al respecto así como de la dureza de las reformas punitivas últimas.

La afectación de estos bienes, son consecuencia no sólo de inobservancias reglamentarias (administrativas), sino también producto, de la negligencia temeraria de muchos conductores, que proceden a manejar sus unidades en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias psicotrópicas. De ahí, surgió la necesidad político-criminal de formular los tipos penales culposos (homicidio y lesiones), y la tipificación de tipos de peligro abstracto, como el definido en el artículo 274° del CP —modificado por la Ley N° 29439 del 19 de noviembre del 2009⁸²⁹—, que penaliza el solo hecho de conducir un vehículo automotor en estado de ebriedad o bajo efectos de sustancias nocivas, sin necesidad de

829 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 548-549.

producir un resultado lesivo o de crear un concreto peligro para el bien jurídico tutelado; donde el adelantamiento de las barreras de intervención del derecho punitivo, se legitiman a partir de su propia necesidad protectora, ante estados de conducta que por sí solas constituyen ya un peligro para los bienes jurídicos fundamentales, condición máxima de tutela que no justifica su objeción dogmática ni política criminal.

Fue en este contexto social, que el legislador demandado socialmente por mayores ámbitos de punición procede a sancionar la Ley N° 27753 del 09/06/2002, que supuso un incremento sustancial de los marcos penales previstos en los delitos de homicidio culposo (artículo 111°), lesiones culposas (artículo 124°) y conducción bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas (artículo 274°); conforme esta modificación, queda claro que el legislador apela a la prevención general a efectos de ejercer mayores ámbitos de intimidación en la colectividad, contra-motivación que en la práctica puede que no ejerza los fines esperados, más bien sí una efectiva persecución y prisionización de los agentes involucrados⁸³⁰. Sin duda, la exasperación de los marcos penales no sólo fue una mejor intención política criminal, sino también, el objetivo de traducir mayores efectos cognitivos de aseguramiento, hacia la sociedad.

Conforme lo anotado, el legislador del 91 consideró una fórmula adecuada para combatir esta criminalidad, la de sancionar con una inhabilitación, como pena accesoria los delitos culposos de tránsito, esto es, los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas y conducción de vehículos automotores en estado de ebriedad. Sanción que tiene una significación preventiva y sancionadora, preventiva en el sentido de privar al agente del objeto peligroso que puede redundar en la lesión de bienes jurídicos, y, sancionadora, en la medida que se priva al agente en su derecho de conducir vehículos automotores.

Es incuestionable -como apunta LANDROVE DIAZ- que en la época actual, que ha llegado a calificarse como la "era del automóvil", esta pena tiene un contenido enormemente aflictivo (...) ⁸³¹, pero necesario en una comunidad social que necesita ámbitos normativos de tutela efectiva.

La previsión legal únicamente extiende su ámbito sancionador a los delitos culposos de tránsito, aquellos que se producen a efectos de una lesión del deber objetivo de cuidado -que genera un *riesgo jurídicamente desaprobado*-; si bien es cierto, que los delitos culposos en este ámbito del quehacer social son

830 Al incrementarse las penas por encima de los cuatro años de pena privativa de libertad se permite al Juzgador, detener provisionalmente a estos agentes, según los presupuestos del artículo 135° del CPP de 1991, y se define la posibilidad de imponer penas efectivas de internamiento (reclusión) al momento de la condena.

831 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 102.

los más llevados a la cotidianeidad, no entendemos el por qué de la exclusión de los delitos dolosos, que también acontecen en el tráfico vario.

No serán pocas las veces, que un conducir excesivamente temerario ya no puede reputarse como culposo o negligente, sino que en razón de su cognición del peligro generado, ingresa al tipo subjetivo del injusto doloso (*dolo eventual*)⁸³².

Si político-criminalmente se pretende dotar de mayor eficacia el combate a esta criminalidad, de *lege ferenda* debe extenderse el ámbito sancionador a los delitos dolosos de tránsito.

Otro defecto que advertimos, es que la sanción sólo recae sobre aquellos infractores que poseían efectivamente licencia de conducir al momento de la comisión del hecho punible; por tales motivos, aquel autor que comete la infracción criminal sin poseer licencia de conducir, es sustraído del ámbito sancionador, éste queda pues libre de ser privado de un derecho, aparte de su libertad personal.

Cabe entonces, añadir, que al dejar fuera de sanción a estos agentes, la norma se aparta de la realidad social, puesto, que es muy común, que el agente que causa un accidente de tránsito no se encuentre autorizado administrativamente para conducir un vehículo automotor; como muy generalmente se observa, en la ciertos accidentes ocasionados, por conductores que carecen de licencia de conducir o que le ha sido suspendido, en mérito a continuas infracciones de la normativa de tránsito.

En España, con la nueva redacción, de esta pena quedó zanjado este problema, sobre su verdadero alcance, a saber, si afectaba sólo a la privación del permiso o licencia de conducción (de quien los tenía al momento de delinquir), o si también a la imposibilidad de obtener los mismos (para quien no los tenía al momento de delinquir)⁸³³, de conformidad con el artículo 47º del CP español.

A nuestro entender, es a todas luces injusto, que aquel que cuente con una licencia de conducir sea objeto de mayor sanción, que aquel que no contaba con ella, pues, sobre este último recae una mayor intensidad del nivel de reproche culpable, por haber realizado una actividad, la cual no estaba autorizado a efectuar, por lo tanto, conducir un vehículo bajo esa condición genera mayores ámbitos de peligro a la sociedad.

832 Así, LANDROVE DIAZ al criticar la antigua redacción del CP español de 1973, que fue subsanado con la nueva redacción del CP de 1995.

833 BOLDOVA PASAMAR, M.A.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 127; así también, MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C.; *La Aplicación de la Pena*, cit., p. 25.

En resumidas cuentas, la sanción no debe dirigirse a la privación de la licencia de conducir, sino, del derecho a conducir, de neutralizar la conducción de un vehículo automotor, a quien ha demostrado ser un conductor poco diligente y de cierta forma, peligroso para los bienes jurídicos fundamentales⁸³⁴, basado entonces, en una manifiesta «peligrosidad objetiva».

En cuanto a su duración, ésta se rige según lo establecido en las últimas líneas del artículo 39º del CP, por igual tiempo que la pena principal.

e. La pena de Inhabilitación y recurso impugnativo

Es sabido que las consecuencias jurídicas del delito, no se agota con la vigencia normativa de la *pena privativa de libertad*; dicha sanción ha sido hasta hace poco tiempo, el péndulo, en virtud del cual giraba todo el modelo sancionador del Derecho penal. Basta con apreciar los efectos perniciosos de las instituciones carcelarias, para darnos cuenta que la pena privativa de libertad, no ha alcanzado las expectativas que se cifraron en ella. La masificación de la población penitenciaria así como las altas tasas de reincidencia delictiva, muestran con contundencia, que una verdadera sociedad de incluidos, requiere de otras medidas *sancionadoras*, si es que en realidad se pretende evitar la comisión de hechos punibles.

Dicho lo anterior, el texto punitivo de 1991, habría de acoger las denominadas «Penas Limitativas de Derecho», que tienden a reforzar los fines preventivos (generales y especiales) de la pena, cuya característica esencial es la ejecución de la sanción en un régimen de plena libertad para el condenado. Con ello, se evitan las consecuencias neutralizadoras de la pena de carcelería efectiva, sin embargo, alguna de ellas habría de aplicarse de forma simultánea y/o conjunta con la pena privativa de libertad.

Aparece así, en el glosario de estas penas, la llamada «Inhabilitación», la cual supone la privación de la función, cargo o oficio, suspensión de derechos políticos, incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, etc.; esto es, todo un abanico de medidas que tienden a restringir, privar y/o limitar derechos fundamentales. El derecho a ejercer una determinada labor y/o actividad, constituye una fuerza fundamental del hombre, repercutiendo en su autorrealización personal y la satisfacción de las necesidades más elementales.

En el Fundamento jurídico 6 del Acuerdo Plenario N° 10-1009/CJ-116, se dice que: «*Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos personales, profesionales o políticos-; o para incapacitarlo para el ejercicio*

834 Así, MAZA MARTÍN, J. M.; *Penas Privativas de Derechos y Accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 175.

de diversas funciones o actividades –públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito del que se trate y al principio de proporcionalidad”.

En tésitura, la pena de Inhabilitación importa un reforzamiento significativo de las funciones *preventivo-generales* de la pena, tanto en lo que respecta al condenado, quien se ve privado de ejercer una determinada función y, así también, en lo concerniente al mensaje que se transmite a la comunidad, según un contenido de pura intimidación.

Conforme lo anotado, una sanción así concebida requiere de un ponderada y adecuada valoración por parte del órgano judicante; máxime, si ésta puede ser impuesta como penal principal y/o accesoria, según se desprende del artículo 37° de la PG del CP. Por tales motivos, su dictado debe obedecer estrictamente a la rigurosa valoración de los principios de *necesidad* y de *proporcionalidad*, a fin de evitar excesos y arbitrariedades por parte del órgano jurisdiccional.

Conforme lo anotado, se observó por parte del Tribunal Supremo la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su Oficio N° 5979-2009-SG/JNE, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

En el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008, no se abordó si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

En el Acuerdo Plenario –mencionado, en el párrafo 15, se estipuló lo siguiente: *“La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...”*. También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario, en cuanto acotó que *“El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme”*. (Fundamento 7)

Aspecto importante a saber, es que la Inhabilitación como pena *accesoria*, cuando se impone conjuntamente con la pena privativa de libertad, sobre todo en aquellos delitos que atentan contra los principios rectores de la Administración Pública, es que se computa en simultáneo con la pena principal (*pena privativa de libertad*), ni bien la sentencia de condena quedo firme en el tiempo. Un entendimiento en contrario, supondría una afectación desproporcionada, y un concepto de pena propio de una posición retributiva, incompatible con las finalidades *preventivas* de la pena.

Ahora bien, se señala que no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios —en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad—, sólo deba producirse una vez que quedo firme la sentencia condenatoria correspondiente. Principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del C de PP de 1940, como en el artículo 403.1 del nuevo CPP del 2004.

El tema en discusión, se anota, es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

El estado de la cuestión estriba en determinar los efectos que genera la interposición del recurso impugnativo en sede penal, sea con un sistema de ejecución provisional (*sin efectos suspensivos*) o del sistema suspensivo (*con efectos suspensivos*). Determinar el modelo impugnativo, no sólo ha de tomar en cuenta la aplicación estricta de la *lege lata*, sino que ha de tomar en consideración también, los bienes jurídicos que se ponen en juego en el Proceso Penal.

No se puede asimilar la naturaleza del Proceso Civil, que puede resultar de aplicación supletoria⁸³⁵, teniendo en cuenta como resultados de una sentencia de condena en el marco del Proceso Penal, puede privarse la libertad del imputado, cosa que no ocurre en la vía civil.

Nuestra posición es clara, al margen de la que prescribe la ley procesal penal, la ejecución de la pena sólo puede tomar lugar cuando la sentencia condenatoria tiene la calidad de Cosa Juzgada. No perdamos de vista, que la condena puede ser Revocada, por el Tribunal de segunda instancia, sea en aplicación del C de PP o del nuevo CPP; puede advertirse una serie de causales, sean materiales, procesales y probatorias, que incidan en una valoración distinta del *Ad quem*, de absolver al imputado. Por consiguiente, el modelo adecuado de impugnación a la luz del Estado Constitucional de Derecho, es el «Sistema Suspensivo», un sistema garantista que tiene por valor esencial las libertades fundamentales, según las aristas del principio acusatorio, que ha de sacrificarse en búsqueda de garantizar que la privación de libertad sea el último remedio,

835 Según la Primera Disposición Complementaria y Final del CPC.

cuando se hayan agotado todas las instancias de cuestionamiento por parte del sujeto agraviado⁸³⁶.

Examinándose las reglas contempladas en el nuevo CPP, se tiene que la impugnación no tiene efecto suspensivo, conforme es de verse del artículo 402.1, al sostener que: *"La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo en los casos que la pena sea de multa o limitativa de derecho"*.

De la normatividad citada se colige, que la regla general es que la intercesión del recurso impugnativo no tiene los efectos de suspender la ejecución de los extremos penales de la sentencia de condena, esto quiere decir que si se ha dictado pena privativa de libertad, ésta habrá de ejecutarse, ordenándose el ingreso carcelario del penado a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, tratándose de las llamadas «Medidas Limitativas de Derecho», entre éstas la Inhabilitación, procederá la impugnación con *efectos suspensivos*, la ejecución de estas penas queda suspendida mientras no se resuelva la impugnación.

No entendemos, cuales fueron los motivos, por los cuales el legislador prescribió una distinción entre las diversas penas que se catalogan en la codificación punitiva. Máxime, si el modelo acusatorio tiene como axioma basilar: la privación de libertad como *última ratio*. No obstante, el artículo 402.2 prevé que *si el condenado estuviese en libertad y se impone una pena o medida de seguridad privativa de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288⁸³⁷ mientras se resuelve el recurso*. Normativa que debe ser entendida de común idea con lo establecido en el artículo 418.2 (*in fine*), cuando se señala que la ley procesal concede la facultad al juzgador de alzada, pueda decidir mediante auto inimpugnable que pueda suspenderse la ejecución provisional de la sentencia, si las particularidades del caso así lo ameritan⁸³⁸, se hace alusión, por ende, a una *facultad discrecional* del juzgador.

De conformidad con lo anotado, la decisión por una u otra opción, dependerá de las circunstancias personales del acusado, en el sentido del peligro que pueda acontecer si no se ejecute su encarcelamiento, para lo cual deberá tomarse en cuenta, la magnitud de la pena impuesta, así como los elementos

836 Para Cortés Domínguez, el problema, (...), no es referible a los efectos del recurso, sino a la incidencia de otros puntos más importantes y generales, como el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por el contrario, el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso de apelación; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 531.

837 Se regula la Comparecencia con restricciones.

838 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., p. 504.

de juicio, que de forma objetiva y razonada hayan de inferir que éste no haya de eludir la acción de la acción de la justicia, lo cual debe ser entendido con arreglo al artículo 399.5⁸³⁹⁸⁴⁰.

En resumidas cuentas, en lo que a la pena de Inhabilitación concierne, rige en el nuevo CPP, un sistema impugnativo suspensivo⁸⁴¹.

Ahora, en lo que al C de PP concierne, hemos de remitirnos al artículo 330º, que dispone a la letra lo siguiente: "*La sentencia condenatoria se cumplirá, aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación*"; la modificación producida vía la Ley N° 29460 del 27 de noviembre del 2009, al expulsar la pena de expatriación del catálogo sancionador⁸⁴² quedo redactado de la siguiente forma: "*La sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad*".

Según el dispositivo legal invocado, en el C de PP, rige el sistema impugnativo de ejecución provisional, la interposición del recurso no suspende la ejecución de los extremos penales de la sentencia. Siendo así, se alega por parte del Tribunal Supremo (acápito B), no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación.

Según lo descrito en párrafos anteriores, existiría en la República del Perú, dos modelos de impugnación en el Proceso Penal, uno según las reglas del nuevo CPP, que se basa en un sistema acusatorio-garantista y, otro el vetusto C de PP⁸⁴³, según los vértices de un sistema inquisitivo reformado. Mediante esta distinción legal, se quiebra el principio de *igualdad*, bastión fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues la ley no puede hacer distingo en razón de motivo alguno.

839 Imposición de medidas coercitivas personales, en caso de fallo condenatorio.

840 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., p. 504.

841 Así, el Tribunal Supremo en el acápito A del Fundamento 8.

842 Las penas de internamiento, relegación y penitenciaría, fueron también expulsadas del ordenamiento jurídico, desde la entrada en rigor del CP de 1991, que sólo reconoció a la pena privativa de libertad.

843 En tal virtud, es que el Tribunal Supremo, basándose en las regulaciones del C de PP, señala que concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución —el Juez Penal según el ACPP y la Ley orgánica del Poder Judicial— para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15º al 16. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380º del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

Si bien es misión del Tribunal Supremo establecer criterios de interpretación normativa, vía los precedentes vinculantes, según las funciones que se desprenden del artículo 301º-A del C de PP, no es menos cierto que el hecho de no ser un *legislador positivo* no es óbice a que exhorte al Poder Legislativo a efectuar las modificaciones normativas, que sean pertinentes y, no esperar que la vigencia del nuevo CPP cubra todos los Distritos Judiciales del Perú, amén de garantizar un trato igualitario a todos los justiciables, con arreglo a los dictados de un orden democrático de derecho.

CAPÍTULO XXXI

LA PENA DE MULTA

Sumario: 1. Comentarios Preliminares. 2. Extensión de la Pena de Multa. 3. Tiempo y Forma de Pago de la Multa.

1. COMENTARIOS PRELIMINARES

Hemos apuntado en apartados anteriores, que las «penas limitativas de derecho», no suponen siempre la limitación o la restricción de determinados derechos civiles o políticos del condenado; pues aparece, también, otras sanciones tendientes a la afectación de otros derechos subjetivos del condenado.

En esta ocasión, el legislador del 1991, estableció una sanción punitiva que trae consigo la afectación al patrimonio del condenado, no prevista en el Código abrogado de 1924.

Dicho lo anterior, la innovación sancionadora se orienta en una naturaleza pecuniaria, que despliega también efectos perjudiciales para el afectado, en este sentido: su patrimonio.

Para CUELLO CALON, la pena pecuniaria consiste en el pago de una suma de dinero hecho por el culpable al Estado en concepto de pena, o en la incautación que éste hace de todo o parte del patrimonio del penado⁸⁴⁴.

Es preciso aclarar -como apunta GRACIA MARTÍN- que el menoscabo patrimonial que experimenta el penado con la multa no es más que el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo para intervenir sobre la voluntad de aquél, del mismo modo que la libertad del sujeto es también el medio en las

844 CUELLO CALON, Eugenio; *Derecho Penal*. Tercera edición considerablemente aumentada y adaptada al Código Penal de 1932. Tomo I - Parte General. Bosch - Casa Editorial. Apartado 928. Barcelona, 1935.

penas privativas de libertad, es decir: el pago de la cantidad de dinero en que consiste la multa no es más que el medio a través del cual se pretende irrogar un mal, un sufrimiento al delincuente, por lo que no debe confundirse la multa penal con una deuda civil⁸⁴⁵.

Es de verse, entonces, que la aplicación de una sanción pecuniaria («multa») en la jurisdicción penal encuentra su sostén basilar, en la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, donde la pena de multa vendría a afectar un bien jurídico distinto a la libertad ambulatoria; empero, en algunos casos, sobre todo en agentes, que aprecian mas el dinero que su propia libertad, puede resultar más perjudicial, llevado dicho comentario a un plano específico de la criminalidad, donde se cometen injustos penales en el ámbito socio-económico; no obstante, debe decirse que esta sanción resulta de aplicación a cualquier delito, sin interesar la descripción socio-económica del sujeto infractor.

Asimismo, para los delincuentes ocasionales, la privación de libertad lejos de obtener resultados de *rehabilitación social*, alienta la criminalidad, son pues sujetos no necesitados de ser reintegrados en el seno de la colectividad. En cambio, la aptitud de la pena de multa para satisfacer las exigencias de la prevención general en los ámbitos de la criminalidad propios de las personas socialmente integradas es indudable⁸⁴⁶.

La pena de «multa», no puede ser explicada, en cuanto a su naturaleza y fundamento, de acuerdo a los criterios que se emplean en el marco del Derecho administrativo sancionador, toda vez que sus criterios de imputación son distintos; mientras en la primera, rige un concepto amplio del sujeto de imputación así como un fundamento objetivo en su infracción normativa, en el Derecho penal, rige un concepto estricto del sujeto de imputación así como los presupuestos que deben aparecer para dar por acreditada la infracción normativa.

Los ilícitos administrativos tienen que ver con criterios estadísticos, de oportunidad, de eficiencia y de gestión en la funcionalidad de la Administración, sin necesitar para su imputación, términos rígidos y estrictos, como el Injusto personal, lesión concreta de bienes jurídicos o peligro de lesión, todos ellos engarzados bajo los efectos del principio de legalidad⁸⁴⁷, y, sobre todo, el aspecto más resaltante -la pena de multa únicamente se encuentra conferida a los poderes del órgano jurisdiccional-. Siendo, que para el presente estudio, no interesa definir una delimitación estricta del ilícito penal con el ilícito administrativo, sino

845 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 143.

846 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 147.

847 ASÍ, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, cit., ps. 97 y ss.

de poder utilizar la pena de multa como forma idónea para satisfacer los fines preventivos de la pena.

Nadie puede negar, la reforma emprendida en los sistemas de punición de las legislaciones más avanzadas, aquéllas conducidas a incorporar mecanismos sustitutivos a la pena privativa de libertad, en mérito a su incapacidad para lograr los fines preventivo especiales; es en tal virtud, que nace la pena de multa como un mecanismo idóneo que reemplaza a la prisión, fortaleciendo los fines preventivos del sistema penal.

La tendencia reformadora se corresponde al proceso de humanización del Derecho penal y del sistema de penas; la saturación de las cárceles producto del crecimiento de la pequeña y mediana criminalidad, así como un hacinamiento en las cárceles, en cuanto a los clientes de la delincuencia más peligrosa.

Según el estado de la cuestión, la pena de multa sustituye a las penas de corta prisión, evitándose así el contagio criminal. Hoy, la función político-criminal más significativa que desempeña la pena de multa es la de actuar como sustitutivo de aquellas penas privativas de libertad⁸⁴⁸; dicho así: *la pena pecuniaria se cohesiona con el principio de mínima intervención y con una tendencia actual que se inclina hacia la despenalización*.

El sistema de los días-multa empleado por el legislador es una variante del modelo escandinavo de los días-multa⁸⁴⁹, que persigue conseguir que la pena de multa, aflictiva en todo caso, no devenga en una distinta aflicción dependiendo cuál sea la situación económica del reo⁸⁵⁰; el sistema escandinavo sólo se diferencia del sistema de multa tradicional del importe total, en la creación de una unidad de medida, el día-multa, paralelo al día de privación de libertad, que permite una más justa determinación e individualización de la pena⁸⁵¹.

La razón de ser de este sistema -y su fundamental ventaja-viene determinada por el logro de una pena pecuniaria adaptada a las posibilidades económicas del condenado (...) ⁸⁵², circunstancia que posibilita una afectación patrimonial

848 GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 146.

849 Sistema ideado por Thyren e incluido en el anteproyecto de Código penal sueco de 1916; LANDROVE DIAZ; op.cit., p. 108; sistema de días-multa, que ha ido acogiendo paulatinamente las legislaciones jurídico-positivas construidas bajo una tradición románico-germánica.

850 Así, en referencia MOLINA BLÁZQUEZ; *La aplicación de la pena*, cit., p. 27; así, PEÑA CABRERA al apuntar, que desde fines del siglo pasado (XIX), sobre todo en Portugal y en los países nórdicos, se empezó a ensayar el sistema de días-multa; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

851 MIR PUIG; Carlos; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., ps. 174-175.

852 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 108.

del condenado, en proporción a su acervo patrimonial, en cuanto al estado de sus activos y de sus pasivos; ello quiere decir, que la pena de multa no puede resultar confiscatoria, menos en una sanción que menoscabe la alicaída economía del penado, tomando en cuenta la procura de satisfacer sus necesidades más elementales, así como de su familia.

Mediando esta sanción monetaria, no se declinan los efectos preventivos de la pena, en tanto la amenaza de una pena -de esta naturaleza-, se encamina también a inhibir los impulsos delictivos de los individuos; incidiendo en un plano individual de rehabilitación, pues el condenado asume las consecuencias perjudiciales de su obrar antijurídico.

La multa así concebida -como apunta Carlos MIR PUIG- representa un sufrimiento comparable al de la pena privativa de libertad y adquiere mayor fuerza intimidatoria⁸⁵³, recogiendo una motivación de prevención general, pues confirma la validez fáctica del derecho positivo, ante autores no necesitados de prevención especial, por tanto, esta sanción recoge más razones de justicia que de utilidad.

La pena de multa se impone de acuerdo con los principios de proporcionalidad y de personalidad, ambos se cohesionan coherentemente, pues, la cuantía de la sanción se fija en relación al patrimonio⁸⁵⁴ del individuo y a su ingreso promedio diario. De esta forma, se salvan los reparos, de hacer de esta sanción, una consecuencia jurídica incompatible con el principio constitucional de igualdad, en la medida que el monto -a fijar-, se aplica de conformidad con la situación económica real del condenado; habiéndose dispuesto correctivos para enfrentar posibles situaciones de insolvencia del condenado.

El CP en vigor, pretende corregir en mucho estos serios inconvenientes al sugerir un tratamiento diferente para el solvente que frustra el cumplimiento del pago, convirtiendo un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado (artículo 56º, primer párrafo).

En tanto que si el condenado deviene insolvente, por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derecho o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada, por cada siete días-multa impagos (artículo 56º, 2do. párrafo, del CP)⁸⁵⁵.

853 MIR PUIG, Carlos; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*. Librería Bosch. Barcelona, 1986, p. 174.

854 Entiéndase por patrimonio a la suma de valores que cuenta una persona, a sus bienes, ingresos, capitales, cargas y pasivos, que lo ligan jurídicamente.

855 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal Estudio Programático de la Parte General*, cit.

El primer correctivo deviene en una sanción impositiva que agrava la situación anterior, siendo que el penado pretende frustrar maliciosamente la ejecución de la condena pecuniaria, es el castigo al tramposo⁸⁵⁶; mientras, que el segundo correctivo, al tratarse de un caso fortuito, convierte la multa en una limitativa de derechos, la cual no significa un mayor mal para la persona del penado.

Desde una perspectiva de *lege ferenda* se debería establecer la posibilidad de que el penado insolvente, aquél carente de solvencia económica, ofrecer fianza personal escrita de una persona natural o jurídica, concordante con lo previsto en el artículo 183° del CPP de 1991.

Entonces, definiremos a la pena de multa, como aquella sanción punitiva que se dirige a gravar (*afectar*) el patrimonio del condenado, no de contenido indemnizatorio por el hecho punible cometido⁸⁵⁷, sino de contenido aflictivo, como una forma de compensar los daños causados por su ilícito accionar, por eso el Estado hace las veces de beneficiado, en representación de la sociedad.

Son muchas las ventajas que se atribuyen a la sanción pecuniaria, obviamente menos aflictiva -tanto para el penado como para el Estado-; en la medida, que el condenado no será desarraigado de su familia y de su vínculo social, permitiendo que aquél pueda continuar desarrollando sus cotidianas labores, sus quehaceres propios de todo ciudadano, que goza de su libertad ambulatoria

Es a tal efecto, «impositiva», al afectar uno de los derechos subjetivos, más preciados de la época contemporánea: el patrimonio, que muestra su vitalidad y esplendor valorativo, conforme a las pretensiones de riqueza de los ciudadanos, pudiendo decirse, que en una sociedad de consumo, a ciertos individuos, puede que le duela más la afectación a su patrimonio, que la privación de su libertad.

856 BERISTAIN es del parecer, que no parece justa la proporción igualitaria (...), pues perjudica a quien carece de medios económicos, ya que durante el tiempo se le priva no sólo de una parte de su ganancia, sino de toda su ganancia y, además, de su libertad; por ello, estima más equitativo establecer la relación de un día de privación de libertad por tres días-multa; citado por LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 109; consideramos que la propuesta dada empaña la orientación descriminalizadora incorporada por esta sanción, que en definitiva podría morigerar la objeción con una disminución en la relación de día de privación de libertad por días-multa.

857 La reparación civil *ex-delicto* tiene una función distinta, pues dicha consecuencia jurídica, se encamina fundamentalmente a satisfacer las pretensiones indemnizatorias de la víctima o familiares; es el agraviado -como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro- quien en razón de la magnitud de ofensa acontecido, acude a la jurisdicción penal a fin de petitionar el abono de una suma determinada de dinero por concepto de Reparación Civil (artículos 92° y ss. del CP), es una acción civil que es consecuencia automática de la acción penal, se siguen conjuntamente, pero son de naturaleza jurídica diferenciada.

En lo referente al Estado, esta medida le resultará en suma económica a diferencia de las grandes sumas dinerarias que le suponen el mantenimiento de un sistema carcelario gravoso, supone no sólo ahorro para el Estado sino una fuente de ingresos⁸⁵⁸; a su vez, podrá obtenerse los cometidos preventivo-especiales de la pena, devaluados según el panorama actual de los presidios nacionales.

Entre otras ventajas, distinguimos: 1. Su naturaleza racional y humana. 2. Su carácter divisible permite que la misma pueda ajustarse a las condiciones económicas del condenado. 3. Quizá entre todas las penas sea ésta la de más fácil reparación en los casos de error judicial⁸⁵⁹, en cambio, las penas largas privativas de libertad derivadas de una sentencia injusta, difícilmente podrían ser objeto de una real reparación, en proporción a los daños causados.

En cuanto a sus inconvenientes, la doctrina le atribuye el siguiente: Se objeta su carácter impersonal, al extenderse sus efectos nocivos a toda la familia del penado; por tales motivos, la privación de bienes o la reducción sustantiva de sus ingresos dinerarios va a afectar considerablemente la asunción de los diversos gastos elementales que supone la manutención de una familia.

Es de verse, que los miembros de la familia también sufrirán en carne propia las consecuencias perjudiciales de la sanción pecuniaria, contenida en la multa⁸⁶⁰.

Conforme lo anotado, la pena de multa presenta una serie de ventajas que la colocan en una posición expectante, en una sociedad -como la nuestra-, donde acrecienta progresivamente la conflictividad social, propiciada por la comisión de hechos punibles; en aquellos, donde resulta mínimo el contenido material del injusto típico, es acá donde la pena de multa puede resultar aconsejable y provocar los réditos que se esperan de ella

El artículo 41° del CP, establece al respecto lo siguiente "*La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo al patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos de riqueza*".

De la normativa invocada, se colige que los órganos predisuestos deberán rastrear mediante pesquisas, la verdadera situación económica del condenado, de ser necesario se levantará el secreto bancario y la reserva tributaria;

858 GRACIA MARTÍN; ob. cit., p. 147.

859 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 106.

860 Discutible objeción -como señala LANDROVE DIAZ- que, en líneas generales puede hacerse a todas las penas, ya que las privativas de libertad, por ejemplo, inciden también en la familia del reo, incluso en el aspecto económico; ob.cit., p. 107.

es lógico que el penado -ante una sanción presuntivamente confiscatoria-, tratan a toda costa, de ocultar su verdadera situación patrimonial.

Para tal efecto, el sistema de justicia criminal debe cruzar información con otras instituciones a fin de obtener detalles de la situación patrimonial del penado, vía mecanismos idóneos de control y de información con la posibilidad de cotejarla con las declaraciones brindadas por el declarante (condenado), con arreglo a sus declaraciones juradas y otros documentos, donde se consigna información de relevancia, es a tal efecto, que se ponen en detalle en la normativa, una serie de criterios, que el juzgador podrá tomar en consideración al momento de fijar el importe de días-multa.

Así, se pronuncia la siguiente ejecutoria, Exp. N° 263-98: *"La aplicación de la pena de multa en base al sistema de días-multa demanda un proceso de individualización que toma en cuenta el delito, la culpabilidad del autor, así como la situación económica de éste"*⁸⁶¹.

Consecuentemente, también es punto a tomar en cuenta la intensidad del juicio de reproche personal (*culpabilidad*), en el cual ha de valorarse su *status funcional*, grado de socialización, profesión así como su relación con la víctima.

En resumidas cuentas, en términos similares que la pena privativa de libertad, la pena de multa es objeto de graduación, de conformidad con una serie de elementos, encaminados a revestirla de legitimidad, en orden a su racionalidad, según el esquema de punición propuesto en el texto punitivo.

2. EXTENSIÓN DE LA PENA DE MULTA

La extensión se encuentra referida al monto mínimo y máximo, que podrá alcanzar la pena de multa; siendo el artículo 42° del CP, dispone a la letra que: *"La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días multa a un máximo de trescientos sesenta y cinco días-multa, salvo disposición distinta a ley"*.

Para fijar el número de días-multa, el juzgador deberá tomar en cuenta: -el grado de aportación delictiva del condenado (sea autor o partícipe), las formas imperfectas de ejecución (consumación, tentativa), así como las agravantes y atenuantes que puedan concurrir dependiendo de las diversas circunstancias que rodean al hecho punible; pudiendo hacer un paralelo, podrá remitirse también a los criterios para la determinación e individualización de la pena (artículos 45°-46°).

Conociendo la extensión de los días-multa a imponer, nos queda determinar cuál será el porcentaje de su ingreso diario, que le corresponde pagar al

861 En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores, p. 221.

condenado; por lo que habrá que remitirse al artículo 43° del CP, que establece lo siguiente *"El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo"*.

Según lo previsto en el orden jurídico-constitucional, el límite máximo con el que se puede afectar el ingreso de una persona es el 60% (según el CC) por concepto de obligaciones alimenticias. En este caso, el porcentaje de deducción del ingreso diario del condenado se encuentra sujeto a una condición -que el condenado viva exclusivamente de su trabajo-, de manera, que si el condenado satisface su manutención a instancias de otros conceptos dinerarios, el pago tomara lugar, de acuerdo a otros criterios que establezcan porcentajes menores.

A tal efecto, se deberá tomar en consideración la situación económica del condenado, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo⁸⁶², importa una compleja articulación de elementos que definirá el importe del día-multa, de arreglo con el principio de «proporcionalidad».

3. TIEMPO Y FORMA DE PAGO DE LA MULTA

Según lo definido normativamente por el artículo 44° del CP: *"La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales"*.

Conforme lo citado, la regla importa que el condenado cumpla con abonar la pena de multa impuesta, dentro de los diez días de pronunciada la sentencia; empero, si el condenado demuestra objetiva y fehacientemente, no estar en posibilidades de poder sufragar el pago en dicho plazo temporal, el monto podrá ser prorrateado en módicas cuotas mensuales, que tendrán una extensión temporal de acuerdo al monto asignado. Consecuentemente, se salva a la pena de multa de una rigidez, susceptible de plasmarse en resoluciones arbitrarias.

862 Así, MOLINA BLÁZQUEZ; *La Aplicación de la Pena*, cit., p. 27.

CAPÍTULO XXXII

LA PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA, ¿UNA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD?

Sumario: Conceptos preliminares. 1. Naturaleza jurídica de la pena de Vigilancia Electrónica. 1.1. *Presupuestos de configuración: a.-Magnitud de la imputación penal. b.-Conversión de la pena privativa de libertad y voluntariedad del penado. c.-Sujetos beneficiados. d.-Lugar de ejecución. e.-Vigilancia electrónica personal y reglas de conducta. f.-Cómputo de la pena de vigilancia electrónica. g.-Revocatoria de la pena de Vigilancia Electrónica*

CONCEPTOS PRELIMINARES

El Sistema de Punición atraviesa una grave crisis, por un lado, las prisiones han desbordado su capacidad hospedante y, por otro, se manifiesta una carencia –logística y material-, con suficiente capacidad, pueda controlar la ejecución de aquellas penas que no suponen privación de libertad. Todo ello es resultado, de una política penal retribucionista y de un Proceso Penal inquisitivo, donde la excesiva *prisionización* es el factor que desencadena la problemática, que hoy se pretende abordar con la Ley in comento.

Lo dicho ha de ser analizado primero, desde una plataforma programática, conforme el listado de principio que tienden a limitar la intervención del Derecho penal y, segundo, desde una visión fáctica, real de las cosas. Conforme a lo primero, habría que decir, que los fines *preventivos*, abogan sustancialmente en una reducción del margen de aplicación de la pena de prisión, sabedores de sus consecuencias nefastas para con la personalidad del penado; la búsqueda de nuevas fórmulas a la pena privativa de libertad, constituye un imperativo categórico, un deber irrenunciable. Lo segundo, ha de notarse, conforme a las exigencias presupuestales, económicas y financieras, que asume el Estado, ante este sistema penitenciario, que esta al borde del colapso. Cada vez son mas los internos, que ingresan a las prisiones, sea en la calidad de procesados

o de condenados, cada uno de ellos tiene un costo, que diariamente debe sufragarse; presupuesto que será más elevado, en la medida que se vaya incrementando el clientelaje prisionizante.

Como bien apunta Ferrajoli, es posible (...) dar hoy (...), a una distancia de dos siglos, un nuevo salto a la civilización: destronar la reclusión carcelaria de su papel de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado⁸⁶³.

Importa una postura coincidente, que la mediada criminalidad, aquellos delitos que son sancionados con penas menores (leves), deban de recibir un tratamiento punitivo diferenciado⁸⁶⁴. No resulta para nada aconsejable, las estancias cortas en prisión, en vista de los factores criminógenos que caracterizan a nuestras prisiones, de modo, que ante dicha criminalidad, lo más razonable es la imposición de los «Sustitutivos Penales», de forma específica la Suspensión de Ejecución de la Pena, la Reserva del Fallo Condenatorio y la Exención de Pena, conforme al contenido normativo previsto en los artículos 57º, 62º y 68º del CP, siempre y cuando se cumplan con los requisitos, que en rigor ha contemplado el legislador.

Los referidos *Sustitutivos Penales*, que despojan al penado de los efectos estigmatizantes de la prisión, sólo de resultan de aplicación cuando la pena mínima a imponer, no supere los cuatro años de ppl; si no es así, el juzgador no le queda otra opción que dictar una pena de prisión efectiva. Siendo importante anotar, que la concreción de los *Subrogados Penales*, se somete a la potestad discrecional del juzgador, por tales motivos es una elección –con amparo legal-, la imposición de una privativa de libertad menor a los cuatro años, según lo prescrito en el artículo 29º del CP.

Entonces, ante injustos penales de meridiana gravedad, la reacción punitiva ha de ser una pena privativa de libertad, que si bien se ajusta al marco normativo vigente, importa una decisión que no condice con el estado de cosas anotado, por ende, la racionalización de la Justicia Penal incide en nuevas formulaciones penales, que el legislador ha recogido bajo la fórmula de la denominada «Vigilancia Electrónica Personal», que incorpora el artículo 29º-A y modifica el artículo 52º del Código Penal así como ciertos artículos del Código Procesal Penal de 1991 y del Código de Ejecución Penal de 1991, asentada en

863 FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*, cit., p. 203.

864 Vide, al respecto, FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*, cit., p. 205.

los fines *preventivo-especiales* de la pena, como se declara expresamente en el artículo 1º de la Ley Nº 29499⁸⁶⁵.

En la legislación comparada, concretamente en el CP español de 1995, en su artículo 35º, se incluyó la novedosa pena del «Arresto de Fin de Semana», teniendo una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad, tal como se señala en el artículo 37º (*in fine*)⁸⁶⁶.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA

¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta clase de pena? Vemos que la Pena de Vigilancia Electrónica, se aparenta a la «Detención Domiciliaria», al consistir en una sanción que se ejecuta en el domicilio del condenado o en otro lugar determinado, fuera de los centros reclusorios; permitiendo al penado continuar su vida familiar, evitando con ello, los efectos perniciosos de la prisión, contribuyendo a los fines preventivo-especiales de la pena (rehabilitación social), en detrimento de los preventivo-generales (disuasión).

Importa una pena moderada en sus efectos, que se restringe a los delitos que revisten una sanción meridianana, así es de verse del artículo 3º de la Ley y a las personas portadoras de las características contempladas en el artículo 29º-A del CP⁸⁶⁷. Se constituye en una sanción intermedia entre la pena privativa de libertad y a los sustitutivos penales, siendo sometido el condenado a una «vigilancia electrónica personal», en su domicilio o en el lugar que señale.

Es de verse que el desarrollo alcanzado por la tecnología, ofrece ciertas bondades a la humanidad, en cuanto a la mejora en la satisfacción de las necesidades más elementales, que en este caso provee a la Administración de Justicia, de mecanismos que le permite ahorrar en horas-hombre y en la manutención de los Establecimientos Penitenciarios. Las ventajas al condenado,

865 Se advierte un vacío normativo, en lo que refiere al nuevo CPP – Decreto Legislativo Nº 957, vigente en varios Distritos Judiciales de la República, siendo que las medidas de coerción procesal, como la Detención Domiciliaria, se encuentran regladas en la Sección III del Libro Segundo.

866 Al respecto, GRANADOS PÉREZ, escribe que se ha explicado la supresión de la pena de arresto de fin de semana por exigir en su ejecución un excesivo coste y por dudarse de su utilidad y eficacia en cuanto se le ha considerado una falsa alternativa a la prisión y, por otra parte, al depender su cumplimiento de que los penados se presentasen en el centro asignado, se alcanzaban altos niveles de incumplimiento y ello generaba la incoacción de numerosos procedimientos por quebrantamiento de condena; *Comentarios al Código Penal*, 1, cit., p. 467.

867 Esta pena se incorpora al CP español por Ley Orgánica 15/2003, del 23 de noviembre, modificando el artículo 35º.

son por lo demás promisorias, al ser sustraído de una pena de prisión efectiva, incidiendo en los fines preventivo-especiales de la pena, que abonan en una verdadera rehabilitación social.

Conforme a lo anotado, advertimos una incorrección denominativa, en tanto se confunde los medios por los cuales las autoridades monitorean la ejecución de la pena (dispositivo electrónico), con su verdadera naturaleza jurídica, debiéndose llamar «Arresto Domiciliario o en lugar determinado». No es el dispositivo electrónico lo que otorga sustantividad a esta pena, sino el lugar donde ésta se ejecuta.

En la doctrina española, Granados Pérez, señala que desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, al concebirse como pena privativa de libertad, se vertebraba sobre una obligación impuesta al penado de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo. Pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial⁸⁶⁸.

Convenimos que se trata, de una «prisión atenuada en sus efectos», lo que abona en entender que la «Detención Domiciliaria», no es una variante de Comparecencia Restrictiva, como se le ha considerado en la doctrina y en la jurisprudencia, en la medida que el imputado es privado de su libertad; aspecto que incide en su ubicación en la *lege lata* y en las incidencias que ha de repercutir en el cómputo de su aplicación, en razón a un día de privación de libertad, como se expresa en el inc. 3) del artículo 29º-A del CP.

El cumplimiento de esta pena obliga al condenado a permanecer confinado en su domicilio o en un lugar determinado, donde el dispositivo electrónico tiene por finalidad monitorear el tránsito, tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos, conforme se desprende del artículo 1º de la Ley.

Aspecto importante a saber, es que el «tránsito de los procesados y de los condenados», ha de tomar lugar en un radio de acción, que comprenda únicamente el domicilio u otro lugar elegido, quiere decir, que el afectado con la medida, no puede salir de dicho ámbito espacial, de no ser así, se desnaturalizaría la esencia de esta pena, al asimilarse a un Sustitutivo Penal, con la única diferencia, de portar el dispositivo electrónico.

La pena de Vigilancia Electrónica, es una herramienta que se obtiene, merced al avance y desarrollo de la tecnología, permitiendo modernizar y optimizar la vigilancia penitenciaria, importante, a efectos de resguardar los fines

868 GRANADOS PÉREZ, C.; *Comentarios al Código Penal*, I, cit., ps. 469-470.

rehabilitadores de la pena, los que a su vez, deben respetar la dignidad de los condenados, con arreglo a la consagración constitucional contenida en el artículo 1º de la Ley Fundamental.

Penas, como la de «Localización Permanente» puede ser focalizada en los fines preventivos de la conducta delictiva, neutralizando los efectos perjudiciales de la pena privativa de libertad.

Debe agregarse que la ejecución de esta pena requiere de varias pautas de configuración, primero, en lo que respecta al sistema electrónico a emplear y, segundo, en lo concerniente a su colocación en la persona del condenado o procesado.

1.1. Presupuestos de configuración:

a. Magnitud de la imputación penal

El fundamento material de la pena de Vigilancia Electrónica, ha de encontrarse en el grado de disvalor del injusto, que por su escasa antijuridicidad material, no merece ser alcanzado por una privativa de libertad. De ahí, que la naturaleza de esta pena, se identifique con el abanico de propuestas punitivas, que pretenden ser una alternativa a la pena de prisión, de cuyo cuño se posibiliten mejores efectos rehabilitadores del sujeto infractor.

Se dice, en el inc. b) del artículo 3º de la Ley N° 29499, que resulta procedente la pena vigilancia electrónica personal, cuando la sentencia condenatoria (firme y consentida), de pena de privación de libertad efectiva no sea mayor a los seis años.

El radio de acción, de pena de Localización Permanente, se restringe a la meridia criminalidad, sin que se haya hecho distinción a la calidad del agente y a la naturaleza del delito, pudiendo aplicarse a delitos cometidos por funcionarios y/o servidores públicos. Tampoco se ha hecho referencia a la pena accesoria (inhabilitación), que conllevan ciertos delitos, sólo interesa la intensidad de la pena privativa de libertad.

b. Conversión de la pena privativa de libertad y voluntariedad del penado

Es de verse de la redacción normativa del artículo 1º de la Ley N° 29499, que: *"Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado"*.

Entonces, la pena de vigilancia electrónica procede a partir del mecanismo de la «Conversión de la pena privativa de libertad», conforme a lo dispuesto en el artículo 52° del CP, cuyo tenor literal, luego de la modificación producida por la Ley N° 29499, dice lo siguiente; "(...), *el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29-A del presente Código*".

En principio, la Conversión de la pena privativa de libertad, ha resultar admisible cuando no resultan procedentes la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, estando facultado el juzgador, para convertir la ppl en una de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. Al haberse incluido en el artículo 29°-A del CP, la pena de vigilancia electrónica, ésta puede también suplir a la ppl, conforme los términos normativos que se exponen en el articulado.

Debemos reparar un aspecto, que debe ser puesto en evidencia, el legislador, incluyó la pena de vigilancia electrónica, en el artículo 29°-A del CP, de cuyo tenor literal, se colige que éste refiere esencialmente a su ejecución y no su inclusión como pena, la cual debió haberse previsto en los alcances descriptivos del artículo 29° del CP.

Ahora bien, vemos que la *Conversión de la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica*, puede ser adoptada de «oficio o a petición de parte»; lo primero cuando el órgano jurisdiccional, advierte de los recaudos pertinentes, que al ser la pena menor a los seis años de ppl y concurriendo en el autor alguna de las circunstancias regladas en el inc. 4) del artículo 29°-A; y, lo segundo, cuando la defensa del condenado lo solicita, siempre y cuando concurren sus presupuestos de configuración.

Lo anotado ha de ser concordado, con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 29499, cuando se establece que la procedencia de la pena de vigilancia electrónica, se encuentra condicionada a la aceptación *expresa del condenado*, en el acta de «Diligencia Especial», que se regula en el artículo 8° (*in fine*), con la excepción contemplada en su inc. c). Quiere decir, que la aplicación de la pena de vigilancia electrónica está supeditada a la *Conformidad y/o Asentimiento* del penado, quien entonces, al negarse frustraría su aplicación. La pregunta sería la siguiente ¿Podría negarse el condenado, a la aplicación de una pena, que en la práctica lo sustrae de una estancia en prisión? Difícilmente, a menos, que no cuente con domicilio o lugar de residencia, por lo que no contaría con el espacio geográfico indispensable⁸⁶⁹, para la procedencia de la pena de Localización permanente. Para ello, el Estado habría de construir locales especial-

869 Si no cuenta con un hogar, sería un hotel, un hostel, una pensión, pero, puede que su capacidad económica no le permita ni siquiera alquilar un cuarto.

mente instituidos para el cumplimiento de dicha pena, una posición en contrario conllevaría vulnerar el principio de igualdad.

Otro punto importante a saber, observamos en la mencionada *excepción a la voluntariedad del penado*, en cuanto a la procedencia de la pena de vigilancia electrónica, habiéndose dispuesto que ello no será necesario, cuando en el acata en que se elabora la diligencia, se hace constar que: «El enunciado de los derechos, obligaciones, restricciones y responsabilidades a las que tendrá que sujetarse el procesado o condenado». La única interpretación factible, sería que en ciertos supuestos, la aplicación de la pena, sería impuesta de forma imperativa, no procediendo la renuencia y/o reticencia del penado.

A nuestro entender, el legislador se equivocó al condicionar la aplicación de esta pena al asentimiento del condenado, como toda sanción punitiva, su imposición se sustenta en la soberanía estatal, en la auto-constatación del Estado, de afirmar su imperio legal, sancionado a todos aquellos que desobedecen culpablemente los mandatos y/o prohibiciones normativos. Si bien resulta plausible que la pena suponga una especie de diálogo, entre los sujetos involucrados, no es menos cierto, que la graduación de su magnitud y su especie, es una potestad que en exclusiva recae sobre la judicatura, según lo previsto en el artículo 138° de la Ley Fundamental. Máxime, al constituir una pena, que por su naturaleza y efectos, es favorable para los intereses del condenado.

c. Sujetos beneficiados con la pena de Vigilancia Electrónica

La pena de vigilancia electrónica se comprende en una política criminal, que se adscribe en los fines preventivo-especiales del Derecho penal, a aquella delincuencia, que por su meridiana gravedad, no requiere ser alcanzada por una pena privativa de libertad. Por tales motivos su aplicación, se basa esencialmente en el contenido del injusto típico, en su sustantividad material, incidiendo en una alternatividad de la respuesta penal.

Conforme lo dicho, la procedencia de esta pena, no ha de estar sometida a condicionamientos de orden personal, propio de un Derecho penal del acto, sin embargo, el legislador estimo necesario, dar prioridad a ciertas personas, entre éstos, los mayores de 65 años, los que sufran de enfermedad grave, los que adolezcan de discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación, la madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra discapacidad permanente.

Se apela a una serie de factores, que en puridad develan razones humanitarias, lo que se condice con la consagración constitucional contemplada en el artículo 1° de la Carta Política, concordante con lo previsto en el artículo 290° del nuevo CPP y con el artículo 143° del CPP de 1991.

¿Habría que entender, por tanto, que la pena de vigilancia electrónica es una sanción que ha de tomar lugar de forma excepcional, como sucede en el caso de la Detención Domiciliaria?

La inclusión de esta pena en el catálogo punitivo, obedece fundamentalmente a factores de prevención especial, de fortalecer los mecanismos de rehabilitación social, empero no se pueden dejar de lado los fines preventivo generales de la pena, la disuasión y la intimidación que deben proyectar las sanciones penales a todos los comunitarios. En tal entendido, una pena así concebida, puede generar efectos negativos, de que algunos no se sientan inhibidos en sus impulsos delictivos, sabedores que delitos de mediana gravedad, no serán castigados con una pena privativa de libertad. Situación que amerita una reflexión, en el sentido de que la procedencia de la pena de vigilancia electrónica, requiere de una valoración muy detallada por parte del juzgador, de que dicha sanción no pueda resultar peligrosa para los bienes jurídicos del resto de la sociedad, cuando el beneficiado, burla los controles electrónicos, se sustrae del espacio físico, en el cual está confinado y así reincide en la conducta delictiva.

Siguiendo la línea argumental esbozada, diremos que la aplicación de esta pena, requiere de una ponderación entre los fines preventivo-especiales con los preventivo-generales, sólo cuando los primeros resulten prioritarios, hemos de optar por ellos, pero si no es así, el juez ha de imponer la pena privativa de libertad que corresponda en defensa de la sociedad. Habiéndose fijado en el inc. 4) del artículo 29º-A, que aquel condenado que hubiese sido sentenciado con anterioridad por delito doloso, no podrá ser beneficiado con la pena de vigilancia electrónica; por consiguiente, el llamado «Reincidente», según lo previsto en el artículo 46º-B⁸⁷⁰ del CP, está excluido del radio de la acción de la norma.

En forma resumida, podemos decir, que la pena de vigilancia electrónica, no ha sido creada para la criminalidad más avezada, es decir, para aquella delincuencia peligrosa, acostumbrada a cometer asesinatos, secuestros, extorsiones, etc.; para dicha criminalidad la sanción aconsejable es la ppl.

Como hemos sostenido en otros trabajos, penas como la de vigilancia electrónica, no pueden constituirse en la práctica, en el escaparte perfecto, para todos aquellos que merecen ir a prisión. Bajo tal entendido, su concesión por parte de los órganos de la judicatura, ha de estar debidamente motivada.

d. Lugar de ejecución

El inc. 1) del artículo 29º-A del CP, dispone que *la ejecución se realizará en el domicilio o lugar que señale el condenado, a partir del cual determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito.*

870 Modificado por la Ley N° 29407, del 18 de septiembre del 2009.

Ser partió de la idea, que esta sanción debería denominarse Pena de Arresto Domiciliario y/o de lugar determinado, de manera, que el radio de acción de su aplicación, ha de restringirse a dicho espacio territorial, de no ser así, se convertiría en una modalidad de Sustitutivo Penal y, no parece que esa sea la ratio de la norma.

No obstante, vemos que se hace alusión a «itinerario de desplazamiento y tránsito», terminología que no se adecua a la naturaleza de las cosas. Siguiendo el tenor literal, se diría, que el condenado puede salir de su domicilio y desplazarse, por ejemplo, a su centro de labores, a recoger a sus hijos al colegio, etc.

El radio de acción deben ser los perímetros arquitectónicos del domicilio del penado o de un lugar afín, no trayectos de desplazamiento, que importaría privilegiar a quienes no lo merecen. Sólo pueden cumplir con la ejecución de la pena en plena libertad, lo que se sujetan a las condiciones y/o requisitos contemplados en los Subrogados Penales.

El hecho de que la localización del condenado, esté en permanente vigilia, por efecto del dispositivo electrónico, no puede llevar a una consideración distinta.

Respecto al lugar del cumplimiento, el legislador se ha decantado por el *domicilio o lugar que señale el condenado, a partir del cual determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito*.

Siguiendo la lógica de esta sanción punitiva, ha de ser estrictamente el domicilio del condenado su centro de reclusión, conforme a su naturaleza jurídica; mas es de verse, que se ha extendido la localización a un *lugar determinado por el penado*.

El «lugar determinado» debe ser aquel donde domicilie el sujeto infractor, donde permanentemente pernocta, un hotel, hostel, cuarto-habitación, etc. Debe rechazarse que tome lugar en un Establecimiento Penitenciario, pues con ello se desnaturaliza la esencia de esta pena.

En la doctrina se es de la opinión que este lugar deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, y debe disponer de unos mínimos de habitabilidad e higiene⁸⁷¹; y, debe estar situado en el perímetro geográfico del Distrito Judicial. Será el juez, en el marco de la diligencia especial, que deberá consignar el lugar; que si bien sus características y localización, se basa en una elección del condenado, no es menos cierto que el juzgador debe procurar, que aquel cuente con las características —antes anotadas—, por lo que podrá rechazar la petición del penado.

871 GRANADOS PÉREZ, C.; *Comentarios al Código Penal*, I, cit., p. 470.

Si el domicilio es conyugal, resultando que el delito, por el cual se ha condenado es uno referente a la violencia familiar (lesiones), el cumplimiento de la pena ha de proceder en un lugar alejado de aquel.

¿Podría cambiarse el lugar del domicilio del condenado en el transcurso de ejecución de la pena? El enunciado normativo no dice nada al respecto, sin embargo, conforme a una cabal aplicación de esta institución, estimamos que no existe obstáculo alguno, siempre y cuando el penado cumpla con solicitarlo oportunamente al juzgador y, éste emita la resolución que corresponda.

Al no existir prohibición expresa, habrá de admitirse pues la determinación del lugar de ejecución tras la sentencia⁸⁷².

e. Vigilancia electrónica personal y reglas de conducta

Según se sostuvo, la pena –in examen–, ha de ser entendida conforme el lugar donde toma lugar y, no en lo concerniente al dispositivo electrónico, que asegura su cabal cumplimiento.

La posibilidad de emplear un mecanismo electrónico, de localización permanente, permite dos cosas: –en el aspecto, procesal reemplazar a los custodios del orden, por el sistema de vigilancia electrónica, que es de verse en la Detención Domiciliaria⁸⁷³; en el plano sustantivo (material), hacer uso de una sanción alternativa a la pena privativa de libertad, cuando no resulta admisible la aplicación de los Subrogados Penales, permitiendo que el penado cumpla la pena en su domicilio, evitando las consecuencias perniciosas de la prisión.

En el presente caso, no existe la denominada “*probation officer*”, en cuanto a la imposición de un ente fiscalizador o ente vigilante de las reglas de conductas, que se desprenden de las diversas manifestaciones de los Subrogados Penales que se vislumbran en el derecho anglosajón y, así, en lo que respecta a estas instituciones en el derecho positivo vigente. Ello es así, en la medida que estos *sustitutivos penales* no suponen privación de libertad, siendo sometido el condenado a reglas de conductas, que se dirigen a fiscalizar el tratamiento penitenciario.

Mientras que no se sancione el Reglamento de la Ley N° 29499, no sabremos a ciencia cierta, cuales son las particularidades y características de estos dispositivos electrónicos, cuya eficacia dependerá de su nivel de sofisticación y de su radio de acción. Lo que sí hemos de quedar claro, es que dichos meca-

872 GRANADOS PÉREZ, C.; *Comentarios al Código Penal*, I, cit., p. 471.

873 Es en tal virtud, que la Ley N° 29499, modifica también los artículos: 135° y 143° del CPP de 1991.

nismos no pueden resultar ofensivos a la dignidad humana, no pueden erigirse en modelos de estigmatización social.

Ahora bien, dice el precepto que el «condenado estará sujeto a reglas de conductas que fije el juez». Hasta donde sabemos, un régimen de reglas de conducta sólo resulta aplicable en el marco de penas que no significan privación de libertad o ante una comparecencia en el decurso de un Proceso Penal. Se olvida, que la pena de vigilancia electrónica se efectúa en el domicilio del condenado o en lugar determinado, estando prohibido de salir de dicho lugar. Máxime, si el sistema de vigilancia electrónica debe ser instalado dentro del predio del condenado, si éste se desplaza a una distancia significativa, simplemente el localizador pierde eficacia, concordante con el contenido normativo del artículo 9º de la Ley.

¿Cuáles serían esas reglas de conducta? Prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez, comparecer personalmente al juzgado, para informar y justificar sus actividades etc., conforme se desprende del artículo 58º del CP. Lo único que podría admitirse, es que el penado haya intentado manipular y/o burlar, el mecanismo electrónico de vigilancia personal.

Las reglas anotadas únicamente proceden ante regímenes penitenciarios, en los cuales el penado no está limitado en su capacidad locomotora. No se entiende, como una prisión domiciliaria, podría significar dichas reglas, cuando el sujeto infractor, no puede salir de dicho recinto, importa todo un despropósito.

Aunque se utilicen medios electrónicos de localización permanente, como pauta general no debe permitirse al penado la posibilidad de trasladarse físicamente del domicilio⁸⁷⁴.

f. Cómputo de la pena de Vigilancia Electrónica

Resulta importante definir en el enunciado normativo, la equivalencia de la pena de Localización Permanente, en relación a la pena privativa de libertad, bajo la premisa de que la primera de ella, implica la privación de un bien jurídico de alta trascendencia constitucional.

Al sujetarse la aplicación de la pena de vigilancia electrónica, a la Conversión de la pena privativa de libertad, debe establecerse normativamente su equivalencia, en orden al cómputo del cumplimiento de la sanción punitiva.

El inc. 3 del artículo 29º-A del CP, define a la letra lo siguiente: *“El cómputo de la aplicación de la vigilancia personal será a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia personal”*.

874 GRANADOS PÉREZ, C.; *Comentarios al Código Penal*, I, cit., p. 471.

Siguiendo las pautas delineadas líneas atrás, decimos que esta pena importa en realidad un «Arresto Domiciliario», cuya familiaridad en el aspecto procesal, es sin duda la «Detención Domiciliaria».

Haciendo un poco de memoria, vemos que cuando se modificó el artículo 47° del CP, vía la Ley N° 25868, luego declarado como "Inconstitucional" por el Tribunal Constitucional, literalidad normativa restablecida con la dación de la Ley N° 28577. Cuando toma lugar la modificación, que establece una equivalencia de un día de Detención Domiciliaria por un día de pena privativa de libertad, se produce todo un escándalo en nuestro país, bajo la no equívoca impresión, de que la intención era la de beneficiar a ciertos procesados por delitos de Corrupción. Consecuentemente, tomó lugar todo un debate en el Perú, de corte jurídico, político, periodístico, etc., generando un sentir en la opinión pública de rechazo hacia esa equivalencia normativa. Lo que permitió a su vez, que el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, emitiera una sentencia de bastante celeridad, tal vez correcta en algunos extremos, pero equivoca en dos temas puntuales, al considerar que la Detención Domiciliaria era una modalidad de Comparecencia y, al obligar a los Tribunales de Justicia aplicar retroactivamente los alcances de esta Resolución (Exp. N° 0019-2005-PI/TC), en evidente contravención a la *irretroactividad maligna*⁸⁷⁵.

Así, el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 1565-2002-HC/TC, en su Fundamento 3, al señalar que "*La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave*".

Como lo subrayamos en otros trabajos monográficos, el arresto domiciliario si bien no tiene los mismos efectos que la detención preventiva, sí ostenta sus mismos presupuestos, pues, (...) esta singular forma de restringir significativamente la libertad del imputado, se aplican cuando concurren los presupuestos previstos en el artículo 135° del CPP, mas se presenta una particular característica del imputado (psicofísica), siempre que el peligro de fuga o la perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente⁸⁷⁶. Sea cual fuera el modelo acogido (amplio o restringido), la detención domiciliaria es una medida alternativa a la prisión provisional, ante especiales circunstancias y particularidades que suponen una coerción de menor intensidad. De hecho, que

875 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., ps. 144-160.

876 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., p. 135.

la detención domiciliaria –tal como la hemos concebido- es de ninguna manera una medida de comparecencia⁸⁷⁷.

¿Entonces en qué quedamos? Al estar otorgando dicha equivalencia, se esta reconociendo implícitamente que la pena de vigilancia electrónica, importa una privación de libertad del condenado, a quien se le obliga a permanecer recluido en los ambientes de su propio domicilio. Es el propio legislador, que le esta dando dicha naturaleza, por tanto, se esta contradiciendo en su propio proceder legislativo, a menos que se diga, que las reformas penales en nuestro país, estén influenciadas por intereses ajenos a los estrictamente generales, cuyo norte ha de estar determinado por contextos coyunturales.

La equivalencia a que hacemos alusión, debe también contemplarse en el caso de la Detención Domiciliaria, particularmente en el artículo 47° del CP, aunque con una equivalencia de menos intensidad, no es lo mismo pasar una estancia en una prisión excesivamente contaminante, que en un domicilio con todas las comodidades⁸⁷⁸.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 6201-2007-PHC/TC, Considerando 12, expone lo siguiente:

"(...) es cierto que el Congreso de la República publicó la Ley N.° 28568 modificando el artículo 47° del Código Penal y permitiendo que el tiempo de arresto domiciliario se abonara al cómputo de la pena privativa de libertad a razón de un día de pena por cada día de arresto. También es cierto que este Colegiado declaró la inconstitucionalidad de dicha norma por las razones constitucionales vertidas en su sentencia recaída en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC. Sin embargo, ante la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico que supone una declaratoria de inconstitucionalidad como la señalada y la necesidad social de regular el arresto domiciliario y el valor que tiene cada día sufrido bajo esa condición a efectos de abonarlos al cómputo de la pena; cabe reconocer que el legislador ha incurrido en la omisión de normar una realidad como la descrita, pero no cabe admitir que esta situación constituye justificación suficiente para que un juez constitucional, que tiene que velar por la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona, deje de administrar justicia (artículo 139.° inciso 8 de la Constitución). Si la ley no ha previsto un hecho violatorio de la libertad individual, la solución está en la Constitución que es auto-suficiente para dar respuesta a todas las posibles afectaciones de los derechos fundamentales.

877 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., p. 147.

878 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal penal*, T. II, cit., p. 141.

El artículo 399° del nuevo CPP, establece que si se impone pena privativa de libertad, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido.

g. Revocatoria de la pena de Vigilancia Electrónica

Toda medida sancionadora, de menor intensidad, viene precedida por ciertas obligaciones a cumplir, exigible a quien se ve beneficiado con la pena de vigilancia electrónica.

El artículo 9° de la Ley N° 29499, dispone que «si el procesado o condenado incumpliese alguna de las obligaciones o restricciones impuestas al concederle la medida o pena de vigilancia electrónica personal, el juez, de oficio o a petición del fiscal, ordenará su internamiento en un establecimiento penitenciario».

Vemos que en el artículo 8° (*in fine*), se glosan una variedad de circunstancias, que deben constar en el contenido del acta. Conforme anotamos acápite atrás, entendimos que no resulta posible la aplicación de reglas de conducta en la aplicación de la pena de Localización Permanente, sin embargo, ciertas restricciones sí resultan admisibles, como: el compromiso de no manipular o dañar el mecanismo de vigilancia electrónica personal, por sí mismo o a través de terceros o mediante el uso de sistemas electrónicos o informáticos que impidan o dificulten su normal funcionamiento. Si se acredita la fuga del condenado, la revocatoria de esta pena ha de ser automática.

La obligación de concurrir ante las autoridades policiales, judiciales o fiscales, las veces que sea requerido, a fin de que verifique que cumpla con las condiciones de la medida, cuenta con ciertos reparos. Si una persona esta sometida a la pena de Arresto Domiciliario, el desplazamiento a las dependencias de las agencias de persecución, debe tomar lugar mediante la intervención de efectivos policiales, quienes los trasladarán si o si. No puede dejarse a voluntad del penado, su concurrencia a los tribunales, ello ha de proceder sólo ante regímenes que se cumplen en libertad.

Luego, si se quiere verificar las condiciones de la medida, son los funcionarios judiciales competentes, los cuales deben desplazarse hacia el domicilio del penado y, así verificar que el sistema de vigilancia electrónico ha sido o no objeto de manipulación. Ello debe completarse con la idea, de que si bien esta pena ha de cumplirse de forma autónoma por parte del penado, no es menos cierto, que la vigilancia penitenciaria, que ha de resguardar el cumplimiento de toda pena, resulta compatible con la necesidad de que los custodios del orden, realicen verificaciones periódicas en el domicilio del condenado.

La revocatoria de la pena de Localización Permanente, puede proceder de oficio o a petición del fiscal.

No se dice nada al respecto, mas entendemos que dicha sanción debe estar premunida de todas las garantías, siendo indispensable de una Audiencia, donde puedan viabilizarse los derechos de defensa y contradicción de las partes.

Por último, el artículo 10º de la Ley in comento, proscribire la admisión de la pena de localización permanente, ante aquellos que reinciden en la conducta delictiva, siempre que hayan sido pasibles de dicha sanción con anterioridad, lo que debe ser concatenado con el inc. 4) del artículo 29º-A del CP.

CAPÍTULO XXXIII

LA APLICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Sumario: 1. Conceptos Preliminares. 2. La Determinación Judicial de la Pena. 2.1. *Momentos de la determinación judicial de la pena.* 3. Las figuras jurídico-penales de la Reincidencia y la Habitualidad en la normatividad nacional, según sentencias del Tribunal Constitucional peruano y del Derecho Comparado. 4. Cuestiones básicas al momento de la determinación de la pena 4.1. *Tipos de Imperfecta Realización.* 4.2. *El Concurso Ideal.* 4.3. *El Concurso Real.* 4.4. *El Delito Continuado.* 4.5. *Autoría y Participación.* 4.6. *En los Injustos Imprudentes.*

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

En un «Estado Democrático de Derecho», para que se pueda poner freno a la delincuencia, se requiere necesariamente de un Poder Judicial autónomo, objetivo y eficaz, capaz de ofrecer respuestas jurídicas, que en consuno puedan exteriorizar una respuesta fundada en Derecho. Decisiones jurisdiccionales que despliegan efectos cognitivos importantes hacia todo el colectivo de gentes, amén de restablecer la paz y seguridad jurídica alterada por el delito; la ejemplificación de la sanción punitiva basada en términos de prevención general y de ratificar el principio de igualdad constitucional; que los presentes y próximos gobernantes, sepan con exactitud, que «nadie esta por encima de la Ley». Dicho en otros términos: todo aquel que vulnera y/o coloca en peligro un bien jurídico –merecedor de tutela penal-, ha de estar dispuesto a cargar con los costes gravosos de su conducta antijurídica, es decir, de recibir una pena como consecuencia jurídica natural de la conducta delictiva.

La Impunidad importa un fenómeno que debilita el Sistema del Estado de Derecho, que a su vez impide una verdadera Reconciliación Nacional como lo ha proclamado la Comisión de la Verdad en nuestro país. Un pueblo que

se diga respetuoso de los derechos humanos, no puede olvidar nunca estos graves crímenes, tal como pueden abogar algunos defensores, pues la única forma de evitar que dichos hechos se repitan, es que la Justicia Penal procese y sancione dichos delitos.

En resumen, la pena, entendida como reacción espiritual, es el arma de una lucha cuyos términos no están en el tiempo sino en un presente eterno⁸⁷⁹. La interiorización de un mensaje positivo, que debe verse tanto desde la misma comunidad que reprueba el acto cometido, como en el condenado, quien si bien sufre las consecuencias del encierro, puede liberar sus culpas, si es que hace un proceso expiación (liberación).

Entonces, el acto de la «Determinación Judicial de la Pena», importa un proceso intelectual del juzgador, de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión. Siendo así, la graduación de la pena (justa y útil), debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, basada esencialmente en los criterios que el legislador ha glosado en los artículos 45º, 46º, 46º-A, 46º-B y 46º-C del Código Penal.

La fijación de la pena justa, legal y proporcional a la culpabilidad del agente, no implica una suma matemática de argumentos, todo lo contrario, la concatenación armoniosa de una serie de elementos, que en su conjunto pueda dar al juzgador la posibilidad de ingresar a un contacto directo y concreto de todas aquellas circunstancias que rodearon al hecho punible así como a las particularidades del autor en cuestión.

2. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Como es sabido los marcos penales que se encuentran conminados en los tipos penales de la Parte Especial del CP, se encuentran fijados en «abstracto», es decir, el legislador ha determinado marcos mínimos y máximos de penalidad, que han ser recorridos por el juzgador en cada caso concreto. Mientras que la penalidad en abstracto se dirige al ejercicio de los fines preventivo-generales de la pena, la determinación de la pena importa un juicio concreto que recae sobre el sujeto infractor, que tiende a compatibilizar los fines preventivo-especiales con razones de Justicia.

El proceso de conminación legal en abstracto es una formulación de contenido simbólico-normativo, pues busca internalizarse en la psique de los sujetos a fin de que se abstengan de cometer delitos, a tal efecto sanciona con una pena el hecho prohibido, determinado a aquellos a obedecer el mandato determinativo; en cambio, el proceso de concreción legal es de naturaleza individual,

879 COSTA, F.; *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*, cit., p. 285.

en tanto recoge no sólo el hecho punible, sino también las diversas particularidades que presenta el autor culpable a fin de imponer una pena útil y merecida. Y es que el efecto de confianza y de pacificación recién puede darse a partir de lo que resulte del proceso⁸⁸⁰.

A decir de Hurtado Pozo, no hay pena sin ley previa significa que, de la misma manera como el comportamiento debe ser delimitado en la disposición penal, por un lado, también la sanción punitiva, antes que el delito sea cometido debe ser prevista de manera suficiente y, por otro, que el juez debe limitarse a imponer la sanción prescrita⁸⁸¹.

Un Sistema determinativo de la pena, que no puede ser concebido bajo términos en puridad «legalista», en tanto la sanción punitiva recae sobre un bien jurídico basilar del orden jurídico-constitucional: la «libertad personal»; por tales motivos, han de introducirse criterios legitimantes, que puedan configurar a la vez: una pena justa para la sociedad, compatible con la dignidad humana, ajustable al proyecto «resocializador», según la política criminal esbozada en la Ley Fundamental. En definitiva, la imposición de la pena, no puede ser dejada a puro arbitrio del juzgador, de ser así, estaríamos convalidando decisiones arbitrarias e injustas, desprovistas de toda razonabilidad.

Al sistema legalista se le objeta de ser injusto, pues si bien puede resultar igual la aplicación de una pena en forma abstracta, individualizada ésta, puede ser diferente, e incluso antagónica, afirma PEÑA CABRERA. Asimismo, se dice que es ineficaz, pues es contrario a toda política preventiva que demanda en algunos casos mayores sanciones y en otras, posiblemente la mayoría de los casos, menores. Por su parte, al sistema de libre arbitrio judicial se le critica el estar en contra de las exigencias de seguridad jurídica a todo Estado de Derecho⁸⁸²; (...) cuantas más reglas se establezcan y menor sea el ámbito del arbitrio judicial, más cerca nos encontraremos del sistema de pena absolutamente determinada⁸⁸³.

Lo que se pretende en todo caso, es conciliar la pena legal, con aquellos criterios basados en la personalidad del agente infractor, que puedan en su conjunto armonizar una sanción penal que satisfaga los intereses jurídicos en conflicto, lo cual es una empresa en realidad de difícil concreción. Así, Costa, al señalar que se debe, en cuanto sea posible individualizar la pena, pero sin

880 ROXIN, C.; *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Traducción por Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, cit., p. 82.

881 HURTADO POZO, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, 3era. Edición, Grijley, Lima, 2005, cit., p. 172.

882 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Estudio Programático de la Parte General*. GRIJLEY, 3era. Edición, Lima, 1999, cit., p. 626.

883 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Teoría de la Pena*. Ediciones AKAL, Madrid, 1991, cit., p. 115.

olvidar, ante todo, que la proporción penal constituye ya, por si misma, una manera de individualización, que responde perfectamente al fin de prevención y, en segundo lugar, que separarse del principio de proporción penal significa chocar con el sentimiento común de justicia⁸⁸⁴.

En un sentido más amplio, la tarea de individualizar la pena no se agota en la tarea judicial de determinar la clase y cantidad de pena que corresponde al caso concreto, sino que incluye otras cuestiones, como la creación de un marco punitivo abstracto para cada hecho punible, la determinación de pautas que el juez debe considerar, la discrecionalidad que resulta admisible en su aplicación, la decisión sobre la viabilidad de una condena de ejecución condicional, las modalidades de ejecución o en fin la determinación de la fecha de libertad anticipada, por lo que corresponde distinguir los ámbitos en los que deben adoptarse estas decisiones⁸⁸⁵.

En el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, que precisó lo siguiente: "Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

Cuando se trata de delitos muy graves, las necesidades preventivo-generales pasan a primer plano, sin que ello implique dejar de lado, las finalidades preventivo-especiales; en tanto, la alarma social provocada por el delito, es de mayor intensidad.

En cambio, ante injustos de menor disvalor antijurídico, la pena puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones (p.ej. la reparación civil), anota Roxin, en tanto exigencias preventivas lo evidencien o por lo menos lo permitan⁸⁸⁶.

2.1. Momentos de la Determinación Judicial de la Pena

Vistos en la temática en cuestión, resulta importante definir el concepto de «Individualización Judicial de la Pena».

884 COSTA, F.; *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*, cit., p. 286.

885 RIGHI, E.; *Teoría de la pena*. Editorial HAMMURABI SRL, Buenos Aires, 2001, cit., ps. 199-200.

886 ROXIN, C.; *El principio de culpabilidad y sus cambios*. En: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, cit., p. 304.

DEMETRIO CRESPO en la doctrina española, señala al respecto, que hemos de reservar el término «determinación de la pena» a la «fijación en la ley del marco penal correspondiente a un delito determinado» y el de «individualización» a la «fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito». Por lo que se refiere a la labor de «I.J.P.», ésta supone no sólo la fijación de la clase y cantidad de pena aplicable al caso concreto, sino también, eventualmente, la decisión, sobre aplicación o no de «sustitutivos penales»⁸⁸⁷; con el agregado de las denominadas «penas accesorias», como es el caso de la pena de «Inhabilitación», conforme lo dispone el artículo 37º del CP.

El límite de toda pena implica el respeto en rigor de la «Culpabilidad» del autor, vinculado con el disvalor del acción y el disvalor del resultado; cualquier sanción punitiva que desborde el marco penal aplicable al delito en cuestión, supone una vulneración a este principio rector de un Derecho penal democrático, a su vez al principio de «Proporcionalidad».

A ello cabe agregar, que sólo se puede imponer la pena vigente al momento de la comisión del delito (*tempus commissi delicti*), la posibilidad de aplicar una agravación posterior al hecho, implicaría una contravención al principio de legalidad, de forma específica al principio *nullum sine poena lex praevia*.

En cualquier caso, anota LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, sea cuales sean las reglas que el sistema penal ofrezca para individualizar la pena, en un sistema democrático regido por el principio de culpabilidad, ha de tenerse presente que las líneas maestras han de venir marcadas, por una parte, por el «dogma» relativo a que la culpabilidad es el fundamento de la pena, y que, en consecuencia, no puede imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad de la persona; y, por otra parte, por los principios de igualdad y de proporcionalidad⁸⁸⁸.

El principio de proporcionalidad de las penas operaría en un doble ámbito: el legislativo (mandato dirigido al legislador para que las penas abstractamente conminadas sean proporcionadas a la gravedad de los delitos) y el judicial (mandato dirigido a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial para que las penas concretamente impuestas a los autores de los delitos guarden también proporcionalidad con la gravedad del hecho en el caso concreto)⁸⁸⁹.

El límite establecido por el principio de culpabilidad en fase de individualización (medición) de la pena consiste en la prohibición de imponer pena que exceda la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor, de modo que, una vez determinado el marco legal de la individualización de la pena (*deter-*

887 DEMETRIO CRESPO, E.; *Prevención General e Individualización de la Pena*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo 1999, cit., p. 43.

888 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Teoría de la Pena*, cit., p. 116.

889 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 264.

minación del marco legal de la individualización judicial en abstracto –actividad que compete en parte, al legislador y, en parte, al Juez -), se llevará a efecto la individualización de la pena –dentro del marco penal- que se corresponde con la *individualización de la pena* stricto sensu⁸⁹⁰.

Efectivamente, el juez puede moverse «libremente» en principio en el marco legal previamente determinado por el legislador para un determinado delito, y al juez le corresponde la misión de concretar la conminación penal de la ley para el caso concreto, pero siempre orientado por algunos *principios* que habrán de extraerse bien de las declaraciones expresas de la ley, bien de los fines del Derecho Penal en su conjunto, o más concretamente de los fines de la pena partiendo de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal⁸⁹¹.

Primero, hemos de situarnos en el marco de la pena legal en abstracto, para ello debemos fijar el tipo penal aplicable, luego de realizado el juicio de tipicidad penal; (...), el concepto del marco de la pena no se limita, empero, a la medida de pena mencionada en un determinado tipo penal, sino alcanza a todas las sanciones aplicables en el caso concreto, incluidas la pena accesoria o las consecuencias accesorias⁸⁹²; segundo, implica ya el proceso de individualización de la pena por parte del juez. Dicha actividad escribe Moreno y Bravo, se ha entendido como una *discrecionalidad jurídicamente vinculada* en cuanto sujeta a unos principios o criterios de orden valorativo que permiten hablar de un uso motivado de las facultades de arbitrio (...) ⁸⁹³.

La tercera fase en la determinación de la pena, finaliza en una pena absolutamente concreta o definitiva, una pena sin márgenes ni marcos penales, una pena, por lo tanto, exacta⁸⁹⁴; cuya definición ha de basarse en términos «preventivos». De esta manera, las diversas magnitudes punitivas obtenidas mediante el punto de vista de la culpabilidad se reducen, a los efectos de la correcta decisión de prevención, conduciendo a una magnitud punitiva definida, que satisface, de la mejor manera, los intereses preventivo-especiales en el caso particular y, excepcionalmente, los intereses preventivo-generales⁸⁹⁵.

890 MORENO Y BRAVO, E.; *El Principio de Culpabilidad. Las Dilaciones Indebidas en el Proceso Penal y su Incidencia en la Determinación de la Pena*. En: "Dogmática y Ley Penal – Libro Homenaje a Enrique BACIGALUPO. Tomo I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid-Barcelona, 2004, cit., 552.

891 DEMETRIO CRESPO, E.; *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, cit., p. 44.

892 MAURACH, R./ ZIPF, H.; *Derecho Penal. Parte General. 2*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, cit., p. 694.

893 MORENO Y BRAVO, E.; *El Principio de Culpabilidad...*, cit., p. 553.

894 BOLDOVA PASAMAR y otros; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 180.

895 MAURACH, R./ ZIPF, H.; *Derecho Penal. Parte General, 2*, cit., p. 695.

Las tres etapas descritas, han de guiar los criterios y/o pautas, a emplear por parte del juzgador, amén de arribar a una pena, que pueda acoger los fines preventivo-generales así como los preventivo-especiales, en especial el sentimiento de justicia de la comunidad. Este último aspecto fundamental, cuando el crimen perseguido es de «lesa humanidad».

En resumidas cuentas, el proceso de «determinación legal de la pena», de la concreción de la amenaza legal en abstracto, en cuanto la persona del *sujeto infractor de la norma*, se deriva de una serie de criterios que revisten a este acto de un sentido realista, de abstraer el juicio de valoración judicial a lo meramente jurídico, para penetrar en aspectos fundamentales, en específico en los actores involucrados en la conflictividad social producida por el delito: -al autor, a la sociedad y a la víctima.

Los criterios anotados, fueron recogidos y plasmados normativamente por el legislador en el artículo 45° del CP, siendo los siguientes:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, se refiere el proceso de socialización del *sujeto infractor*, conforme a sus procesos de interrelación social en la comunidad, en concreto, sus relaciones con los congéneres, tomando en cuenta los roles sociales desempeñados así como su vulnerabilidad frente al sistema en su conjunto; así podrá conocerse qué tan efectivas fue su posibilidad de acceder a la motivación normativa, su capacidad de aprehensión y el grado cognitivo conforme a sus facultades de integración en un modelo social sujeto a una serie de normas -tanto sociales como jurídicas-; por tales motivos, se podrá graduar la culpabilidad con arreglo a un criterio normativo, ontológico y sociológico.
2. Su cultura y sus costumbres; el Perú importa una Nación multicultural y variopinta en cuanto a su diversidad étnica, por lo tanto, es de verse que ciudadanos que viven en una misma Nación, en cuanto al concepto de una soberanía territorial pueden presentar diversos patrones culturales, pues vienen regidos por normas privativas de sus pueblos, bajo una fuerte raigambre del individuo en relación con la comunidad o tribu al cual pertenece; a tal efecto, es que se regula en las esuelas normativas del artículo 15° del CP, la figura del «error de comprensión culturalmente condicionado», definido por el conflicto que toma lugar, entre las normas jurídicas sancionadas por el Estado Nacional y aquellas sancionadas por sus ámbitos sociales, donde el efecto de *motivación normativa*, puede declinar ante una negación interiorizada del autor, en tanto las normas culturales se superponen ante aquéllas, debilitándose de forma significativa el merecimiento y necesidad de pena.
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan; mediando esta previsión legal, el legislador no hace más que

reconocer la importancia o el rol que la víctima -como perjudicada con los efectos lesivos de la conducta antijurídica-, en cuanto a ciertos grados de relación personal, familiar, funcional, que puedan incidir en dos planos a saber: -primero, una relación de garantía, en cuanto grados de parentesco, de subordinación, de jerarquía, etc., comportan situaciones de dominio del autor sobre el sujeto ofendido, que precisamente son aprovechados para el primero, para perpetrar el injusto penal y; segundo, en lo concerniente a un estado de vulnerabilidad de la víctima, situación que aprovecha el agresor para cometer el hecho punible con toda facilidad, v.gr., menores de edad, privados de discernimiento, enfermos de enfermedades graves, reclusos, etc.; en este caso, los intereses de la víctima o de sus parientes se mueven en el hilo de la penalidad, mas no en el contenido de la sanción reparatoria, pues, la víctima o sujeto pasivo del delito, es el principal interesado de que la justicia penal llegue a su ejecución.

Tal como lo destaca la misma Exposición de Motivos del Código Penal, "*se consagra del principio de la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito*"; cuando, dispone normativamente que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieran afectado al agente.

Conforme lo anotado, nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad.

Dicho reconocimiento, es de suma relevancia para dar a entender que las causas y factores que generan la delincuencia, no proceden exactamente de estructuras antropológicas o etiológicas tal como lo expusieron los representantes de la Criminología Antropológica y luego la descriptiva; el delito como hecho social y conductivo humano, es producto de una serie de circunstancias sociológicas, que se remontan desde el inicio de la vida hasta la muerte, importa pues, todo un proceso de interrelación social, en cuanto al desarrollo del sujeto conforme a sus relaciones con los demás y las posibilidades que éste tiene para participar en las diversos quehaceres de las actividades humanas, según el paradigma de un sistema cada vez más integrado, que toma lugar en un ámbito donde se garantiza la autorrealización del individuo así como la formación de asociaciones de personas.

Es de verse, entonces, que un Estado (*de bienestar*) incapaz de ofrecer alternativas y posibilidades de desarrollo, para todos los ciudadanos, donde los medios de producción se encuentran en pocas manos, y, donde las capas mar-

ginales son las más; deviene en un campo fecundo de la aparición de conductas o dígame «comportamientos socialmente negativos», a la par, existe otra versión del crimen, particularmente protagonizado por quienes gozan de una condición socio-económica elevada así como los portadores del poder político, que no dudan en cometer los crímenes más horrendos o de llenar sus arcas personales, en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado; situaciones estas últimas, que generan una defraudación social muy alta, que el juzgador debe tomar en cuenta, al momento de la determinación y aplicación de la pena justa; a tal efecto, el concepto de «Culpabilidad por Vulnerabilidad», construido por el gran penalista argentino ZAFFARONI; definiendo márgenes importantes de valoración, que en consuno permite al juzgador, fijar la intensidad de la respuesta punitiva, con arreglo a un individuo, real y concreto, desde un aspecto individual y conforme a su posición en el sistema.

Debiéndose añadir, en el estado de la discusión, que el *sujeto infractor puede revelar una serie de particularidades, de características, de singulares formas de su proceder conductivo*; así es de verse, en el caso del homicida pasional, que pierde la esencia de la racionalidad intelectual, por un lapso corto de tiempo, motivado por una situación de alta tensión psicológica, que lo desinhibe de los frenos delictivos, provocándole una reacción instintiva; la violencia en un ser humano, puede aparecer de forma súbita, haciendo del hombre más normal y pacífico, un individuo capaz de perpetrar los crímenes más horrendos.

Todas estas descripciones criminológicas, nos deben hacer reflexionar, de cómo debemos reaccionar los ciudadanos ante determinadas situaciones injustas, que bien aportando algún tipo de prestación social u económica, podríamos paliar agudos problemas sociales, como por ejemplo, la mendicidad de los menores de edad. Son niños y adolescentes, que llevados en una situación económica crítica, son impulsados malsanamente por sus padres, tutores u otros terceros, a solicitar limosnas y otros favores (*mendacidad*); estos perversos sujetos se aprovechan del estado de indefensión de los niños para satisfacer sus necesidades, llevados por un ánimo de codicia, sin importarles muy poco los riesgos que se generan en la intangibilidad de los bienes jurídicos de estos seres indefensos.

La calle como sub-espacio cultural, despersonaliza al impúber, perturba un normal desarrollo de su personalidad, lo desarraiga de las instituciones tutelares (familia, escuela), lo forja mediante otras normas de convivencia y, finalmente trae como resultado, la formación de una nueva generación de delincuentes cuando llegan a la adultez, y en su adolescencia forman parte de pandillas que se dedican a cometer toda una vastedad de delitos; entonces, cuando se les condena como adultos, se deja de lado la responsabilidad del Estado y de la sociedad, de su desidia e inacción de no haber hecho nada para evitar este

infortunio, somos entonces, nosotros mismos quienes condenamos a los niños a un futuro sin esperanzas y sin valores.

Dicho lo anterior, si bien ellos no son destinatarios de las normas jurídico-penales al ser considerados *jurídico-penalmente como inimputables*, cuando éstos adquieran la mayoría de edad sí ingresarán al sistema de imputación, por lo cual habría que tomar en consideración todos estos factores; si bien nos reafirmamos en la vigencia en rigor de un «Derecho penal del acto», esto no quiere decir que el juez en este caso, no pueda valorar estas circunstancias que lo lleven a determinar una pena de acuerdo a una valoración que no puede encasillarse en la esfera jurídica.

Una administración de justicia penal que pretenda ser justa y humanitaria necesita nutrirse de datos empíricos proporcionados por la ciencia criminológica, el juez penal necesita ese conocimiento empírico en muchas de sus decisiones, tales como la imputabilidad, grado de alcoholemia, etc.⁸⁹⁶.

Asimismo, el legislador no satisfecho con las previsiones establecidas en el artículo 45º para determinar la pena, conforme a una técnica legislativa descriptiva, procede a enumerar una serie de circunstancias relacionadas con el hecho punible en el artículo 46º; en cuanto al contenido material del injusto, con el grado de afectación al bien jurídico («antijuridicidad material»), con la magnitud de reproche personal («culpabilidad»), siempre y cuando éstas no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de responsabilidad; por ejemplo, el inc. 2, se refiere a los medios empleados, en este caso, el uso del veneno o fuego por el agente como medio para ejecutar el homicidio (artículo 106º), lo convierte automáticamente en un asesinato (artículo 108º), y, el fin del *animus rem sibi habendi* en el delito de hurto, condiciona la perfección típica del tipo penal de hurto simple (artículo 185º) y lo diferencia con el hurto de uso (artículo 187º).

La circunstancia de tiempo y lugar, durante la noche y en un lugar desolado, desde una relación género-especie, hace del hurto simple un hurto agravado (artículo 186º); sobre este aspecto, habrá que decirse que no podrá proceder un cambio de tipificación, pues desde una garantía del principio acusatorio «sin acusación no hay derecho», únicamente se puede condenar por el delito materia de instrucción o de admisión a juicio oral⁸⁹⁷, en cuanto a la procedencia del principio de «Correlación entre la Acusación y la Sentencia», a menos que el órgano jurisdiccional haga uso de la potestad discrecional contemplada en el artículo 385º-A del C de PP, así como la contenida en el artículo 374º del nuevo CPP.

896 HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, p. 15.

897 Su vulneración es susceptible de causal de nulidad, conforme lo prescrito por el artículo 298º del Código de Procedimientos Penales.

Así también, en el caso de que las condiciones personales afecten sustancialmente la responsabilidad penal en sentido estricto (imputabilidad), el Juez se supone que, habiendo advertido, con anterioridad esta circunstancia, debió haber procedido conforme a sus facultades discrecionales (medida de seguridad). Consideramos que esta disposición es realmente inoficiosa, pues, son elementos o circunstancias que ya se encuentran integrados en el expediente de la causa, que importan ya una valoración implícita por parte del juzgador⁸⁹⁸.

Es sabido, que mediante la dación del artículo 2º de la Ley N° 26758 del 14 de marzo de 1997, se incorporó a nuestra codificación punitiva el artículo 46º-A, definido como una circunstancia agravante en razón de la cualidad jurídica del autor al momento de la comisión del hecho punible, el cual dispone a la letra lo siguiente: *"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 establecido en el artículo 29 de este Código"*.

La disposición legal –in comento–, se refiere a la posibilidad de elevar los marcos penales por parte del juzgador, cuando el autor (sea también co-operador) del hecho jurídico penalmente desvalorado, en «prevalimiento» de la función o cargo perpetra el hecho punible, cuando el agente se aprovecha del ejercicio de la función para fines ilícitos.

Entonces, se necesita la concurrencia de dos elementos a saber: -que el autor al momento de cometer el delito se encuentre en pleno ejercicio de la función o del cargo encomendado; y, -que en evidente abuso del cargo *funcionarial* cometa el hecho delictuoso.

Debiéndose aclarar, que la realización típica del resultado lesivo o de la puesta en peligro, debe ser consecuencia directa de la realización del ejercicio del cargo, no a efectos del mismo; en tal entendimiento, no basta con la condición de funcionario o servidor público, sino se necesita que vulnere típicamente la norma penal en ejercicio del deber funcional específico. Esta aclaración resulta necesaria, en tanto, un funcionario o servidor público puede fácilmente cometer un hecho punible sin tener que aprovecharse del cargo o función en ejercicio. Piénsese en el policía, que en sus horas libres, concurre a una actividad social y

898 PEÑA CABRERA, Raúl, desde otra perspectiva, considera que el art. 46 oscurece el planteamiento esbozado (ref. al art. 45) posibilitando que los rezagos positivistas del Código derogado sobre este punto, se mezclen con la dogmática novedosa del artículo 45; ob.cit.

lesiona dolosamente a un ciudadano sin justificación alguna, habrá cometido el delito de lesiones graves, contemplado en el artículo 121° del CP.

El precepto hace alusión también, a que el agente comete el acto delictivo mediante el arma que le ha sido proporcionada por el Estado o cuyo uso le sea autorizado en condición de funcionario público. Esta identificación normativa se refiere a todos aquellos que en razón del cargo que desempeñan se les proporciona un arma de fuego, pues, sus actividades se refieren a actos de control, de prevención y de represión, al haberseles encomendado la seguridad -tanto interna como externa- del territorio nacional; en específico estas funciones las desarrolla la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas⁸⁹⁹.

Conforme lo anotado, el agente delictivo utiliza como medio para perpetrar el delito, el arma que le fue proporcionada por la institución o que le fue autorizada a portar, produciéndose una mayor alarma social, al instrumentalizar un medio que se suponía debía usar para proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos, no para lesionar sus bienes jurídicos más importantes.

Asimismo, se estipula normativamente, que la agravación podrá ser aumentada hasta en un tercio del máximo legal fijado para el delito cometido⁹⁰⁰, la que no podrá exceder el máximo de pena privativa de libertad temporal establecido en el artículo 29° del CP, es decir, de 35 años, por lo que no se podrá aplicar la pena de cadena perpetua, por ser considerada aquélla, como una pena atemporal⁹⁰¹.

El último párrafo de este articulado, establece que *no será de aplicación la agravación punitiva, cuando la circunstancia agravante está prevista en el tipo penal o es un elemento constitutivo de la configuración típica*.

En algunos tipos penales comprendidos en la Parte Especial del CP, el legislador ha previsto agravaciones de tipo genéricos, conforme un *status* especial que el agente ostentaba al momento de la comisión del hecho punible, incidiendo en una respuesta sancionador de mayor dureza.

Dicho lo anterior, identificamos en el texto punitivo, las agravaciones contempladas normativamente en el artículo 117° (aborto agravado por la condición del sujeto activo), artículo 153°-A (tráfico de menores, agravado por la calidad del agente), artículo 155° (violación a la intimidad, agravada por la calidad de

899 Tal como lo consagra el artículo 163° de la Constitución Política del Estado, al señalar que: *"El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo"*.

900 Por ejemplo, el delito de Parricidio, tipificado en el artículo 107° del CP, fija como sanción una pena no menor de quince años, entonces, aplicando una agravación de un tercio, se le podrá imponer una pena de 20 años.

901 A mayores detalles, ver *infra*, lo referente a la pena de cadena perpetua.

funcionario público), etc.; mientras, que la segunda clasificación se refiere a los delitos denominados como «delitos especiales propios», donde el destinatario de tipo penal exige una condición especial que funge de elemento normativo en su construcción normativa, pues sólo pueden ser considerados autores⁹⁰², aquellos que poseen una especial cualidad funcional: «funcionario o servidor público», únicamente aquellos pueden lesionar el deber especial derivado de una relación jurídico-pública, al haberseles denominado como «delitos de infracción de deber», en cuanto a la vulneración *de especiales deberes de garantía sostenidos sobre un vínculo de carácter institucional*.

Estos tipos penales se encuentran tipificados en el Título XVIII del Código Penal (delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia); ya en estas descripciones típicas, el legislador ha previsto una sanción adecuada a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, de manera que sostener una mayor agravación punitiva, importaría una manifestación excesiva del poder penal, incompatible con los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

El Estado de Derecho implica límites en la actuación del *ius puniendi*, y una de ellas es la garantía de aplicación de una sanción que pueda satisfacer las necesidades de prevención especial.

En mérito a la sanción del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007, se incorporan dos párrafos al articulado en cuestión.

Primero, dice ahora el texto *“La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aproveche los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible”*.

En este caso, el agravamiento de pena, ya no sólo consistirá en el «prevalimiento» del ejercicio de la función, pues se extenderá su aplicación a autores, que pese a ya no estar en el ejercicio pleno del cargo público, hace uso de ciertos conocimientos, tácticas, estrategias que han sido aprehendidas en el desarrollo del cargo para la perpetración del injusto penal.

Resulta de conocimiento público, que muchas bandas de secuestradores o de atracadores de bancos por ejemplo, se encuentran integradas por policías en actividad o que han sido dados de baja por una serie de circunstancias, por lo que utilizan todo el *know how* adquirido a lo largo de su desempeño funcional, para facilitar la comisión de delito; por consiguiente, es a cierto modo valedero, que se castigue con una mayor pena, a todos aquellos que se sirven de dicho

902 Los particulares que intervengan a efectos de configurarse estos delitos (*extraneu*), únicamente podrán ser sancionados a título de partícipes (cómplice primario o secundario), pues sobre ellos no recae la función especial, en tanto nunca van a tener el dominio del hecho, el cual se deriva de la función encomendada.

conocimiento para la realización típica; sin duda, se revela una mayor peligrosidad social.

Segundo, se ha fijado normativamente en un tercer párrafo lo siguiente *"Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe, el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el juez podrá aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad"*.

Las cárceles de nuestro país no sólo resultan ser disocializadoras y neutralizadoras de la persona humana, sino también el centro de operaciones de peligrosas bandas criminales, que desde los barrotes planifican la ejecución de execrables crímenes. A partir de esta inclusión, la agravante in examine, ya no puede ser considerada en cuanto al prevalimiento de la función pública, sino en orden a determinadas particularidades del agente, que importan una mayor reprobación jurídico-penal; en este caso, no obstante encontrarse en un régimen de carcerería, continúa en su quehacer delictivo.

Ahora bien, dice el texto normativo, que el agente puede ser considerado autor o partícipe; para ser calificado como autor, deben darse ciertos presupuestos, pues es lógico que esta persona no participa de forma formal en la ejecución del injusto penal, en virtud a la privación de libertad de la que es objeto. Supone entonces, su membresía a una estructura criminal de ciertas características, que cuenta con jerarquías internas, mandos medios, inferiores y superiores, que dada su articulación, permite la concretización de los planes criminales, a partir de su propio funcionamiento.

Por otro lado, para que pueda ser considerada su intervención a título de participación, bastará con acreditarse que éste dio una aportación en la etapa preparatoria del delito, sea informando el paradero de la posible víctima para que sea secuestrada, aportación que si era imprescindible será constitutiva de una «complicidad primaria» y si no era de relevancia (sustituible), será en su defecto una «complicidad secundaria».

A nuestro entender, la inclusión de esta circunstancia, parte desde un factor eminentemente criminológico, ajustado a los fines preventivo-generales de la conminación penal.

3. LAS FIGURAS JURÍDICO-PENALES DE LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD EN LA NORMATIVIDAD NACIONAL, SEGÚN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y DEL DERECHO COMPARADO

1. A modo de aproximación

La pena en un orden democrático de derecho, sólo ha de constituir una respuesta, ante determinados hechos, que por su grado de lesividad social, pone en grave riesgo la coexistencia pacífica en una determinada sociedad.

La reforma político criminal, que se puso de relieve en el CP de 1991, fue de sentar las bases de un sistema de punición en base a ciertos principios, que se erigen en una especie de límite frente a la violencia institucionalizada, que significa el Derecho penal. Como fuentes programáticas que han de servir como un mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública; cuando el Estado quiere hacer uso de un ejercicio coactivo desmedido, colocándose en inminente riesgo las libertades fundamentales de los individuos.

La función protectora que despliega el Derecho penal, a través de sus normas, adquiere justificación, precisamente, para cautelar las libertades fundamentales, pero dicha función ha de sujetarse a ciertos parámetros jurídico-constitucionales, pues cuando éstos son contravenidos, el instrumento punitivo en vez de garantizar dichos derechos, se convierte en un arma opresor de los bienes que debería de tutelar.

Si se reconoce que el Derecho penal realiza y tutela el ejercicio de los derechos fundamentales en sus propias finalidades intrínsecas, entonces ello va en beneficio de su legitimidad, afirma HÄBERLE⁹⁰³.

La nueva codificación punitiva en nuestro país, traía como plataforma sustancial (sillar edificativo) un «Derecho penal del acto» en correspondencia con una «Culpabilidad por el acto».

Un individuo, entonces, sólo puede ser pasible de una pena por lo que hizo, nunca por lo que es, ello es lo que distingue a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho de un Estado de Policía.

La descarga de violencia que significa la pena, en la esfera de libertad ciudadana, sólo puede ser empleada cuando haya de advertirse la comisión de un injusto (culpable y punible); traducido ello en términos materiales: la lesión

903 HÄBERLE, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Traducción de Jürgen Saligmann – César Landa. Edición a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, 2003, cit., p. 45.

y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos, tal como se desprende del artículo IV del Título Preliminar del CP.

Así también se deja por sentado en la misma titulación, que la sanción punitiva ha de adquirir una magnitud adecuada a la gravedad del delito (disvalor de la acción + disvalor del resultado), la respuesta penal debe ser razonable conforme al grado de antijuridicidad material. Con ello tomar lugar el principio de Proporcionalidad (artículo VIII), que ha de ajustarse a otros dos principios, no menos importantes: de Culpabilidad y de Humanidad de las penas. Este último cobra gran relevancia, a en orden a evitar que la pena sea constitutiva de una reacción estatal meramente retributiva, a fin de cautelar los cometidos preventivo-generales y preventivo-especiales.

Cuestión de relevancia es que dichos factores preventivos, tienen por finalidad última la tutela de bienes jurídicos, por lo que ha de rechazarse la postura que sugiere que la función del Derecho penal es el fortalecimiento de la vigencia de la norma, ello en realidad no es así, pues las normas asumen una función instrumental, como medios para alcanzar la tutela de los intereses jurídicos fundamentales.

Como pone de relieve Rudolphi, el fin inmediato de la conminación penal, la imposición y la ejecución de la pena, es decir, de la norma penal, es, por tanto la estabilización o la mera imposición de las normas que existen para la protección de bienes jurídicos, los mandatos y prohibiciones como pautas vinculante del comportamiento humano⁹⁰⁴.

Mientras que el principio de Culpabilidad importa, que debe existir una vinculación anímica del autor con el injusto típico, con el hecho que se le atribuye como obra suya, proscribiendo toda clase de responsabilidad objetiva.

Dicho esto cabe decir, que los principios rectores mencionados, juegan un rol fundamental al momento de la «determinación judicial de la pena», impidiendo que la reacción punitiva desborde el plano preventivo-especial, que se supone debe tener como efecto la misma, nos referimos a la rehabilitación social, con arreglo a lo previsto en el inc. 22) del artículo 139° de la Ley Fundamental, concordante con el artículo IX del Título Preliminar del CP, concordante con el artículo II del Título Preliminar del CEP.

En resumidas cuentas, lo descrito configura el marco de determinación e imposición judicial de la pena, de acorde con los valores que se compagina en un orden democrático de derecho.

904 RUDOLPHI, H.J.; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*. En: *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales – Estudios en honor de Claus Roxin en su 50°. Aniversario*, cit., ps. 82-83.

Empero, pasados ya, diecisiete años de la entrada en vigencia del texto punitivo, he de verse la ruptura que se ha producido entre los principios garantísticos contenidos en el Título Preliminar con el resto de normas que forman parte de la Parte General y de la Parte Especial, como consecuencia de ciertos fenómenos que se han ido gestando en las reformas continuas que el legislador ha proyectado en los últimos diez años.

En otras palabras dicho: la orientación político criminal que ha caracterizado a las reformas últimas, ha terminado por desbordar el umbral de legitimidad, trasvasando los principios rectores del ius puniendi estatal, haciendo rajatabla con la sistematicidad y claridad conceptual que ha de gobernar todo cuerpo de leyes.

El norte de la política criminal ha sido influenciada, aunque no se quiera reconocer, y ello ha de reflejarse también en la sentencia del TC, por ideologías maximilistas y eficientistas, que tienen como premisa la idea de dos conceptos puntuales: la «Seguridad Pública» y la «Seguridad Nacional»; no olvidemos que la última de las nombradas, se instituyó en la plataforma ideológica y política de la normatividad anti-terrorista que fue sancionada en la década de los noventa, que luego fuera declarada «Inconstitucional» por el mismo TC, al resultar incompatible con las garantías materiales y procesales, que rigen el ordenamiento jurídico –nacional e internacional-.

No se puede poner en duda, que el crecimiento notable que ha alcanzado la criminalidad en los últimos años en el Perú, requiera a veces de un ajuste de las normas penales, pero dicha revisión debe hacerse conforme a los postulados de un Derecho penal democrático, sin que ello signifique un «minimalismo» a ultranza.

Lastimosamente decimos, las últimas reformas penales en nuestro país, importan no sólo la expresión de una «funcionalización política del Derecho penal», sino también su manifiesta «irracionalidad» (Ley Nos. 28704, 28726 y 28730⁹⁰⁵), que se evidencia de forma clara cuando se quiebra la categoría del bien jurídico y cuando se acogen doctrinas penales que se suponía estaban ya superadas hace largo tiempo, nos referimos a las instituciones que caracterizaban al Positivismo Criminológico. Escuela que profesaba abiertamente un Derecho penal de autor y que impregnó de forma decidida el CP de 1924, median una serie de instituciones de naturaleza criminológica, que apuntalaban a una «Culpabilidad de autor».

Lo dicho debemos cotejarlo, con la notable influencia que las doctrinas maximalistas del Derecho penal, en la postura política criminal del legislador y en algunas resoluciones expedidas por el máximo intérprete de la constituciona-

905 Sin dejar de lado los decretos legislativos de julio del 2007.

lidad normativa, nos referimos a la ideología del «Derecho penal del enemigo», cuya fundamentación teórica y filosófica, se sostiene bajo la premisa de las funciones sistémicas que ha de seguir el sub-sistema reconocido por las normas jurídico-penales, es decir, lo que importa en todo caso es el funcionamiento del orden social, el orden público, por lo que la pena, como respuesta ante el delito, deberá adquirir una mayor intensificación cuando la amenaza a dicho orden sea mayor.

Manifestación que no hace más que superponer los fines estrictamente colectivos, sobre los «individuales», entonces, muchas veces se tendrá que dejar de lado los fines preventivo-especiales, para dar paso a los fines preventivo-generales, por eso se dice, según esta doctrina, que el fin del Derecho penal no es al protección de bienes jurídicos, sino el fortalecimiento de la vigencia de la norma mediante la prevención general positiva⁹⁰⁶, la cual colorea y determina el contenido de la culpabilidad.

A partir de dicha concepción los derechos fundamentales del penado, son vaciados de contenido material, y reducidos a una función netamente “instrumental”, la sanción punitiva ya no será reconducida a los fines de rehabilitación social, que se supone debe cautelar toda pena, pues como se dijo lo que interesa ahora es la tutela del orden público, de la seguridad pública, etc.; mientras más grave sea el injusto, más severa será la sanción, pero, ahora se añade ciertos factores criminológicos, que tienden a descripciones tipológicas de autor: «delincuente terrorista», antes los llamados «enemigos del derecho».

Ha de mencionarse, por tanto, que el análisis de la presente sentencia, en definitiva, no puede sujetarse únicamente a un balancing test, de orden constitucional, sino que se deben recoger las posturas dogmáticas que sirvieron al legislador, para edificar las bases programáticas del CP de 1991, de forma concreta los principios jurídico-penales que se asientan en el Título Preliminar, de común idea con la Exposición de Motivos que se insertó de forma preliminar en dicho texto punitivo, que habría de adecuarse a la Ley Fundamental de 1979 así como a las nuevas tendencias de la política criminal según las coordenadas de la moderna concepción del Constitucionalismo Social. De forma literal se expresa lo siguiente, en cuanto a la necesidad de una reforma total de la codificación punitiva: *“Esta empresa debía abocarse no solamente a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución, sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria”*.

Hoy en día cobra cada vez más vigencia la célebre frase de VON LISZT: *“El Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la política criminal”*; dicho

906 Así, TOCORA, F.; *Principios Penales Sustantivos*. Editorial Temis SA, Bogotá – Colombia, cit., p. 75.

en nuestras propias palabras: *la formulación de la legislación penal por parte del legislador, debe sujetarse a los contenidos ius-filosóficos que se desprenden de un Derecho penal democrático.*

2. Cuestiones preliminares

Primer punto a saber, el análisis de la sentencia del TC, se dijo no sólo partirá desde una dimensión constitucional, sino también y, de forma preferente de las posturas dogmáticas que se instituyeron en la fuente de inspiración de nuestro texto punitivo así, como de nuestra posición adoptada en otros artículos y textos sobre la materia, poniendo también en discusión, la forma de cómo tribunales constitucionales de otros países, han abordado el tema de la Reincidencia y la Habitualidad.

Segundo punto a saber, las instituciones jurídico-penales en discusión, para poder ser analizadas con corrección, no sólo serán objeto de definición, puesto que sus presupuestos de configuración, deben ser también destacados, en orden a determinar su propia legitimidad, tomando como referencia su respectiva construcción normativa en el CP de 1924, de esta forma podremos distinguir si la «Reincidencia» y la «Habitualidad» responden a no a un «Derecho penal de autor» o, en su defecto a un «Derecho penal del acto».

Luego de seguido los dos pasos mencionados anteriormente, podremos arribar a una conclusión, sobre la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, de acuerdo a los puntos analizados, con ello si la Reincidencia y la Habitualidad se ajustan a la Ley Fundamental y a los principios limitadores del Derecho penal, según la idea de un «Estado Social y Democrático de Derecho».

2.1. Derecho penal del enemigo

El Tribunal Constitucional, en cuanto a la referencia de la Constitución y el Derecho penal sostiene lo siguiente:

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

5. *Prosigue: "Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal "simbólico", sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".*

Por lo expuesto, el TC es de la consideración que en un orden jurídico-constitucional basado en el respeto de la dignidad humana y en la inviolabilidad personal, no puede de ninguna forma distinguir entre un Derecho penal de enemigos y un Derecho penal de ciudadanos, con arreglo al principio de igualdad constitucional y, de mayor relevancia, que la política criminal en un orden democrático de derecho debe seguir las pautas de los fines constitucionales que debe seguir la pena, de prevención especial positiva, la sanción punitiva debe apuntar de cara a futuro, incidiendo en el infractor de la norma, para que no vuelva a delinquir, y así insertarse en el seno de la sociedad, a la cual defrauda cuando vulneró las bases de una convivencia social pacífica.

Sin embargo, se pone en entrelínea, que dicha política criminal también debe velar por otros bienes jurídicos constitucionales (orden público, seguridad ciudadana, pensamos), con arreglo a los fines preventivo-especiales de la pena. Con ello, debe quedar claro, que la determinación de la sanción nunca puede desbordar el marco que viene fijado por la culpabilidad del autor, pues si el juzgador sale de dicho límite, precisamente esta atentando contra la dignidad de la persona humana, contra el principio de responsabilidad penal, vulnerando los cometidos de rehabilitación social que ha de procurar toda pena.

Si bien nuestra Constitución Política no reconoce *expressi verbis*, el principio de responsabilidad personal (imputación individual), éste ha de vincularse con el principio de dignidad, que de forma primera se encuentra consagrado en la Ley Fundamental.

Entonces, si se dice que la política criminal no puede seguir la ideología, mejor dicho las consecuencias que se derivan de un Derecho penal del enemigo, quiere decir esto, que el texto punitivo no puede acoger institución alguna, que se sujete a descripciones criminológicas, a estatus y/o conducción de vida, en otras palabras a un Derecho penal de autor.

Conforme lo anotado, partiremos de dicha premisa, para saber si la «Reincidencia» y la «Habitualidad», como circunstancias agravantes de pena, pueden ser explicados según la orientación político criminal de un «Derecho penal del acto», en cuanto a una culpabilidad por la conducta –jurídico-penalmente desvalorada-.

2.2. Los fines de la pena

Argumenta el TC, al respecto:

Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional".

12. *En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.*
13. *Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto,*

según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

14. *Es dentro de este marco constitucional que el Tribunal Constitucional debe emprender el control constitucional de las disposiciones impugnadas en su constitucionalidad, referidos a las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad.*

De acuerdo a lo señalado por el TC, la política criminal del Estado, entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional se sintetizan normativamente en tres estadios fundamentales: en el momento de la conminación penal en abstracto, la pena despliega un fin únicamente preventivo general, esto es, disuadir a los potenciales infractores con la imposición de una mal (la pena); en el momento de la determinación judicial de la pena, la pena ejerce una doble función –prevención general positiva y prevención especial negativa-, por un lado, de restablecer la vigencia fáctica de las normas, imprescindible para la cohesión del Sistema Jurídico-Estatal a partir de un confin de valores democráticos (la Justicia y el Derecho), y por otro lado, la comunicación que se tiende con el condenado, de hacer suyos los valores que desconoció con su obrar antijurídico, de asumir los costes gravosos de su proceder conductivo, tomando como límite la culpabilidad y como fundamento la prevención. Finalmente, en la fase de ejecución penal, la pena ejerce únicamente un fin de prevención especial positiva (resocialización), en cuanto afianzar su rehabilitación social a partir de un tratamiento penitenciario individualizado.

Sin embargo, debe precisarse que la Ley Fundamental sólo consagra normativamente la prevención especial positiva, cuando en el artículo 139 inc. 22, establece que los principios del Régimen Penitenciario son la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad. De hecho, aquello no puede significar que el legislador haya dejado a un lado los fines de prevención general, pues, esta función se comprende en el marco de los propios fines del «Estado de Derecho», de asegurar una convivencia pacífica entre sus miembros, previniendo y combatiendo la delincuencia en todas sus manifestaciones.

El TC asume como válidas, las teorías preventivas, tanto la especial como general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se vera, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática. En consecuencia, las penas, en especial, la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, opera como garantía constitucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general.

Ahora bien, se acoge a los fines preventivo-generales de la pena, pero en este punto debe destacarse, que existen posturas distintas, en lo que refiere a su dimensión «positiva», en tanto un sector de la doctrina, la define en términos puramente «normativos», mediando una función que se dirige a reforzar su vigencia, cuando el autor desobedece el mandato normativo, a fin de restablecer su vigencia frente al colectivo, dejando de lado las legítimas expectativas del penado, de alcanzar su rehabilitación social.

La prevención general positiva resulta coherente desde los fines constitucionales del Estado, pero, la afirmación del orden jurídico que se obtiene mediante la aplicación de las normas jurídico-penales, fundamental para restablecer la vigencia de los valores democráticos en la conciencia de los ciudadanos, debe determinarse conforme a los principios de dignidad y de libertad individual del penado.

De acorde a la prevención general positiva, según la postura de Jakobs, la culpabilidad es definida por la primera, quiere decir ello, que la necesidad de pena no se mide según las exigencias preventivo-especiales (rehabilitación), sino en cuanto pena se requiere para restablecer la confianza de los ciudadanos hacia las normas, mientras el delito sea más grave, se requerirá mayor severidad en la respuesta punitiva. De esta forma la culpabilidad deja de ser un límite de pena, como fundamento imprescindible para cautelar la dignidad del condenado, convirtiéndose en un instrumento para fines exclusivamente «sistémicos».

2.3. Análisis de la Constitucionalidad de la Ley N° 28726

Este punto resulta fundamental, de acuerdo a lo que señala el TC:

15. *El análisis de la Ley N° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su corresponden-*

cia o contradicción con el principio constitucional del ne bis in ídem. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante. Este cometido se abordará constitucionalmente, para lo cual habrá de determinarse la noción de reincidencia y habitualidad, los alcances de sus configuraciones en el ordenamiento jurídico nacional y el análisis de su incidencia en cada uno de los intereses constitucionales que pudieran ser vulnerados. Esto permitirá conocer aquellas aristas que guarden arreglo constitucional y aquellas que no lo hagan.

16. *Por tanto, en el presente caso no cabe fundar el análisis de la ley reputada como inconstitucional en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que la ley en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor o menor solidez de construcciones jurídico dogmáticas, pues su utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, postura que, aun pudiendo ser compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.*

Que nos esta diciendo el TC, que para poder resolver el test de constitucionalidad normativa, únicamente será necesario cotejar los fundamentos expuestos por el demandante, según los alcances e incidencias de la reincidencia y la habitualidad, de acuerdo a los intereses constitucionales que pueden ser vulnerados, sin tomar en cuenta dice y, esto es lo más grave, las doctrinas o construcciones teóricas consagradas en el Derecho, a fin de no tomar partido por alguna de ellas. En otras palabras dicho, *la dogmática penal no sirve para poder definir la constitucionalidad de dichas instituciones.*

Es que acaso olvida el TC, que precisamente el desarrollo del pensamiento sistemático, contenido en el depurado avance de la dogmática jurídico-penal, fue precisamente el gran apoyo teórico, que tuvo el legislador para poder construir el CP de 1991 y, así se expresa contundentemente en la Exposición de Motivos. Se adoptó una dogmática penal de fiel respeto a los derechos humanos, con arreglo a los valores de una sociedad democrática, de donde entonces, aparece a la luz, los principios de humanidad de las penas, de los fines preventivo generales y preventivo especiales, del principio de proporcionalidad, del *non bis in ídem*, el principio de subsidiariedad y otros, que fueron anclados en el Título Preliminar del CP, gozando de una protección «Constitucional».

El principio de responsabilidad penal, tiene que ver fundamentalmente con el principio de dignidad humana, de acorde al principio de proporcionalidad;

la pena no puede suponer una reacción estatal, que deje de lado, los cometidos preventivos, para constituirse en una respuesta retributiva, ha de fijarse con respecto a la necesidad preventivo-especial. Si es que el sistema de punición respeta en realidad la dignidad humana y la libertad personal, sólo puede descargar una pena, cuando el sujeto ha revelado con su conducta una exteriorización de lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico –penalmente tutelado–, y no por su tendencia *conductiva*, no en base a la peligrosidad social, sino en cuanto a su culpabilidad por el acto.

Un «Derecho penal del acto», así como una responsabilidad personal por la conducta, importa un reconocimiento constitucional de primer orden, por tanto el análisis constitucional no puede desvincularse de la dogmática penal imperante, sin que ello suponga tomar partido por tal o tal postura, sino la coincidencia con aquella que se ajusta a la ratio de la norma y, ello es una opción legítima. Máxime, si la dogmática es la fuente de la ley penal, y el instrumento de hermenéutica jurídica que debe tomar en cuenta el legislador, cada vez que emprende una reforma política criminal.

No se puede separar sin más la política criminal de la dogmática penal, so pena de que la reforma legislativa se constituya en un decisionismo “torpe”, incompatible con los fines que ha de desplegar el Derecho penal. Justamente esta desvinculación, ruptura, divorcio entre la norma y la dogmática, es la que ha propiciado el resquebrajamiento del CP, en cuanto a su coherencia sistemática y, en definitiva esta es la pauta que se revela en el caso de la Ley N° 28726, en gran medida.

Recogemos unas frases de MIR PUIG: “(...), si las reformas legislativas fueran siempre el resultado y la manifestación de posiciones que han conseguido la aprobación de la opinión dominante, tras el reposado proceso de discusión que supone la evolución histórica de la ciencia jurídica y su diálogo con la jurisprudencia, reflejo a la larga de la evolución social general, se aseguraría mejor la adecuación del Derecho al ritmo de la Sociedad y a los problemas efectivos que cada institución plantea a lo largo del tiempo y de servir de base a la labor dogmática, mejor que mediante el solo recurso a un legislador generalmente demasiado apremiado por la prisa y distante de las necesidades de la materia a regular. (...). El conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a la modificación legislativa la Dogmática intentará todo tipo de soluciones en el marco de la Ley positiva. Sólo así se comprobará con rigor si no hay otra vía, con frecuencia preferible, que la reforma legal; y en la búsqueda de soluciones se habrán ensayado con calma caminos que en su caso han de ofrecer al legislador alternativas no improvisadas y técnicamente probadas, a la vez que aseguren la oportuna

relación con la legalidad anterior, en cuyo contexto han surgido, y con ello una evolución racional del Derecho"⁹⁰⁷.

El «racionalismo normativo», de contenido axiológico, como lo denomino, importa la única vía garantizadora de que las reformas legales en materia penal, se ajusten al orden de valores de un Estado democrático de derecho, para ello el conocimiento dogmático se erige en una herramienta indispensable e insustituible.

2.4. Concepto de Reincidencia

Por Reincidente, hablamos en todo caso, *de aquel individuo, que pese a haber recaído sobre aquél una sentencia condenatoria, por haber cometido un injusto penal (culpable y punible), vuelve e reincidir en el delito; es decir, pese a haber sido amonestado por la Judicatura penal, por la comisión de un hecho punible, mediando una pena efectiva de condena, vuelve a desobedecer los mandatos y/o prohibiciones normativos, reincidiendo en un quehacer conductivo (delictivo) de la misma naturaleza, luego de un determinado lapso de tiempo.*

De recibo, instituciones como la «Reincidencia», generan hoy en día, toda una discusión acerca de su *legitimidad y justificación*, conforme a los criterios inspiradores de un *Derecho penal democrático*, tal como lo concibió el legislador con la promulgación del texto punitivo de 1991, asentada la reacción punitiva sobre la idea de un *Derecho penal del acto* concordante con una *Culpabilidad del acto*.

Dicho lo anterior, asistimos a una evidente confrontación no sólo programática sino también fáctica, pues la reintroducción de esta institución al cuerpo punitivo, mediante la Ley N° 28726 del año 2006, tuvo como norte precisamente, atacar la *Reincidencia delictiva*, a través de una respuesta penal de mayor intensidad; asegurando en algunos casos, una pena de carcelería efectiva. Pero, con ello aún decimos muy poco, en el sentido de que si pretendemos legitimar la Reincidencia, se requiere de los siguientes elementos de configuración:

- a. Que se trate de una sentencia condenatoria (ejecutoriada), que haya sido cumplida en su totalidad o parcialmente.
- b. Debe importar la comisión de un injusto penal de similar naturaleza, en cuando a la afectación de bienes jurídicos comunes ("pluriofensivos"). No necesariamente deben referirse a la misma capitulación⁹⁰⁸.

907 MIR PUIG, S.; *Por una dogmática creadora*. En: La Sentencia Penal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, cit., ps. 19-20.

908 En cuanto a que los delitos se hallen en el mismo Título del CP, JIMÉNEZ DE ASÚA, anota que seguir este criterio es absurdo, pues a menudo hay delitos de tipo íntimamente parejos que no están en el mismo título del Código, y otras muchas veces infracciones contenidas

Sí consideramos imprescindible que se pueda apreciar una modalidad delictiva símil (estafa-defraudación; robo-hurto, etc.), identificándose un nexo subjetivo determinado (dolo, elementos subjetivos del injusto), de esta forma podemos dar lugar a la "Conexividad delictiva", consustancial para revestir de legitimidad a la figura de la Reincidencia. Por lo dicho, debe ser entonces «Específica» y no «Genérica», tal como se ha contemplado en el artículo 46º-B del CP.

- c. Punto de inflexión, que en definitiva no podemos aceptar, es una Reincidencia «Indefinida» (imprescriptible), es decir, no resulta admisible que los antecedentes penales y/o judiciales, puedan revivir ad-indefinitum, siempre que el agente vuelva a reincidir delictivamente.

Somos de la concepción que sólo puede tomar lugar una Reincidencia «temporal», a fin de cautelar la reinserción social del condenado, así también la conexividad delictiva, que sólo ha de advertirse en un espacio temporal debidamente determinado; de no ser así, deslegitimamos esta institución jurídico-penal y, de paso colocamos una serie de obstáculos a los fines que "constitucionalmente", debe perseguir la ejecución penal.

Pasado ya un tiempo significativo, en el cual no se ha manifestado conductivamente la reiterancia delictiva, ya no puede dar paso a la conexividad, por tanto a la legitimación de que el Estado, vuelva a recoger dicho hecho, para agravar la pena por el hecho punible subsiguiente.

No olvidemos, por tanto, dos aspectos puntuales: primero, la «Corresponsabilidad de la sociedad en el delito» y, segundo, el condenado ya ha sufragado por entero su deuda con la comunidad. Todo ello apunta a la apertura de una serie de objeciones argumentales por parte de la doctrina especializada, que abona más a su derogación definitiva que a su preservación en las codificaciones penales⁹⁰⁹.

Sobre este punto, la reforma producida por la Ley Nº 29407 del 18 de septiembre del 2009, ha significado la inclusión de un intervalo temporal, a efectos de incurrir en la comisión de un *nuevo delito doloso*: en un lapso que no *exceda de cinco años*. Por consiguiente, se establece un plazo racional, en vista de

en el mismo título tiene móviles tan distintos, que realmente no podría hablarse de la permanencia del mismo impulso criminoso, del cual es signo la reincidencia específica; *La Ley y el Delito*, cit., p. 539; así, Blanco Lozano, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*, T. I, Vol. II, cit., p. 359.

909 Así, BACIGALUPO, E.; *El Principio de Culpabilidad, Reincidencia y Dilaciones Indebidas del Proceso*, cit., ps. 164-165; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *La Individualización de la Pena en el Borrador de la Parte General del anteproyecto de Código Penal de 1990*, cit., p. 465; MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 542; CURY URZUA, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 504-508.

cautelar los fines *preventivo-especiales de la pena* así como las posibilidades de *reinserción social* del penado en el sistema social.

En monografías anteriores, habíamos advertido la inconsistencia de esta institución, reñida con los cometidos de *rehabilitación social*, en lo que respecta a la previsión normativa del artículo 69° del CP, pues se había fijado, que la *Reincidencia dejaba sin efectos la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena*. Con la reforma in comento, su subsana dicha incongruencia, estableciéndose en dicho articulado, que *tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia, la cancelación será definitiva*.

Según lo expuesto, se pone un límite temporal, amén de poder valorar por el juez, los antecedentes penales del condenado, si es que reincide en la comisión de un nuevo delito doloso en un lapso de tiempo que no exceda de cinco años. Transcurrido dicho plazo, ya no será posible agravar la pena al condenado vía la institución de la Reincidencia, produciéndose la «Rehabilitación definitiva».

Lo dicho, debe ser confrontado con el último párrafo del artículo 46°-B, donde se prevé que: «*En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados*».

La modificación del artículo 69° del CP, implica el reconocimiento de una «Cancelación Provisional» y una «Cancelación Definitiva» de los antecedentes penales; siendo que por medio de la primera, el juzgador, está aún en condiciones de poder aplicar la figura de la Reincidencia –como circunstancia agravante-. Luego de transcurrido los *cinco años* que estipula la norma, la cancelación se torna en *definitiva*, de modo que ya no resulta jurídicamente admisible, que la judicatura pueda remitirse a los antecedentes penales para poder sustentar una agravación punitiva, al margen de poderse aplicar la figura de la Habitualidad –contenida en el artículo 46°-C-. Consecuentemente, la previsión normativa –in comento-, resulta innecesaria, en la medida que dicha proscripción ha de inferirse lógicamente del tenor literal del primer párrafo del artículo 46°-B.

Ahora bien, la reforma ha significado también, la posibilidad aplicar la «Reincidencia» en el caso de la comisión de *Faltas dolosas*. Expusimos con claridad, que esta institución resulta de aplicación únicamente cuando el agente ha sido condenado a una *pena de privación efectiva de libertad*, de modo que una condena que suponga un régimen en *libertad*, queda excluida de su radio de acción. Máxime, si se trata de una *Falta*, que por su escaso nivel de disvalor antijurídico, no puede ser sancionada con una pena de privación de libertad, tal

como se dispone expresamente en el inc. 3) del artículo 440° del CP⁹¹⁰. No obstante, observamos que las ansias *punitivistas* del legislador, ha conllevado una modificación sustancial en el régimen sancionador de las *Faltas*, de forma específica en el artículo 440°: “*Las penas que pueden imponerse son las restrictivas de derechos y multa, salvo el caso de reincidencia en faltas dolosas reguladas en los artículos 441 y 444. En este caso, se aplica pena privativa de libertad, para cuyo efecto se procede a efectuar la conversión de las penas limitativas establecidas, aplicando lo dispuesto en los artículos 55 y 56 del presente Código*”.

Lo introducido en este apartado, advierte una suerte de utilización del *Derecho penal*, para situaciones que deberían ser enfrentadas con otros medios de control social, dando lugar a la expresión de una *Neo-Criminalización*, en franca contravención a los principios de *Proporcionalidad* y de *Razonabilidad*⁹¹¹; en este caso se llegaría al absurdo de aplicar una sanción de carcelería efectiva, ante hechos que no llegan a ser delitos, por su escasa materialidad antijurídica.

La inclusión de la ppl, en el marco regulativo de las *Faltas*, constituye todo un hito en la legislación comparada, donde nuestro país se coloca en la vanguardia, no por caminos legislativos acertados, sino por la trasnochada proposición normativa, al contravenir los principios rectores y legitimadores del Derecho penal. ¿Es que acaso se quiere encarcelar a todo agente que cometa actos de bagatela, a aquellos que perpetran hechos de mínima lesividad? Constituye en realidad un discurso que se ajusta al Derecho Penal Simbólico, no podemos aceptar, que algún juez de la República haya de ordenar el enclaustramiento carcelario de un Reincidente de *faltas dolosas*. Primero, en la medida que el órgano judicante, ha de efectuar un test de razonabilidad, de proporcionalidad y ponderación, prefiriendo los preceptos constitucionales en rigor, que una norma desprovista de toda legitimidad. Y, segundo, es la propia infraestructura penitenciaria del Perú, que no admite ingresos carcelarios de esta naturaleza, la capacidad hospedante esta abarrotada, donde los clientes prioritarios son los autores de los crímenes más graves, donde el Estado no cuenta con el financiamiento necesario para poder solventar tremendo gasto⁹¹².

Son los propios actos del legislador, que nos dan la razón, al haberse introducido al catálogo punitivo, la denominada «Pena de Vigilancia Electrónica»,

910 Vide, al respecto, CASTRO TRIGOSO, H.; quien a efectuado un fatigoso y prolijo análisis a este tópico; *Las Faltas. Un estudio sustantivo y procesal*. GRIJLEY, Lima, 2008.

911 En palabras de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, principios como el de ofensividad y proporcionalidad redimen, pues, del desastre al limitar las sanciones penales a lo que es socialmente necesario dentro del equilibrio de la justicia conmutativa, la dignidad de la persona y la estricta justificación de la ingerencia estatal en derechos fundamentales; *Dogmática Penal sin reproche de Culpabilidad...*, cit., p. 169.

912 Vide, al respecto, CASTRO TRIGOSO, H.; *La Reforma Penal de las Faltas...*, cit., p. 29.

vía la dación de la Ley N° 29499 del 2009, en virtud de la cual, aquellos que según la legislación positiva, irían directo a prisión, tienen la posibilidad de cumplir la sanción penal en su domicilio y/o en lugar determinado, siempre que la pena privativa de libertad no sea mayor a los seis años.

Precisamente, la admisión de esta *alternativa* a la ppl, toma lugar en aquellos injustos de meridiana gravedad. ¿Cómo es que acaso se pretende recluir en un Establecimiento Penitenciario, a quien comete una *Falta contra el patrimonio o contra la persona* y a quien perpetra una Estafa o unas Lesiones leves, bastará con recluirlo en su domicilio? Observamos, una política criminal incoherente, contradictoria en su proyección normativa, cuya señal es la manifestación de una orientación meramente coyuntural; transitamos entre una expresión democrática de la violencia penal y, a su vez en una agazapada visión autoritaria del Derecho penal.

Por lo demás, cabe advertirse otro error de técnica legislativa en esta incidencia normativa: las pautas y criterios a tomar en cuenta por la judicatura en la etapa de la «Determinación Judicial de la Pena», sólo tiene que ver con el delito y no con las *Faltas*, conforme se detalla normativamente en el artículo 46° del CP. La incidencia regulativa de estas manifestaciones conductivas, ha de verse conforme lo estipulado en el artículo 440° del CP, muy a pesar de la modificación traída a mas por la Ley N° 29407.

Se incorpora al artículo 46°-B, el siguiente párrafo: "*Si el agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal*".

Es sabido, que existen ciertas instituciones ius-constitucionales, que tienden a poner freno y/o límite a la concreción punitiva estatal, como una vía legítima de un orden democrático de derecho, de poner freno a una prisionización *per se* irracional, que en ciertas circunstancias vulnera la propia dignidad del penado. Constituyen mecanismos constitucionales legítimos, que se condicen con el objetivo de ejercer equilibrios entre los Poderes del Estado.

Es a partir del *Indulto* y de la *Conmutación de la pena*, que el Presidente de la República puede decidir la excarcelación de condenados o en su defecto de reducir significativamente el tiempo de ejecución de la pena, en correspondencia con lo previsto en el inc. 21) del artículo 118° de la Ley Fundamental. Toman lugar en mérito a las condiciones personales que presenta el penado y otros datos a saber, que en conjunto permitan inferir que la pena impuesta por la judicatura no se ajusta a los fines constitucionales de la sanción punitiva.

El «Indulto» importa una gracia *presidencial*, que se concede en relación a la persona que está purgando carcelería, tomando en consideración las particulares circunstancias que ésta produciendo el encerramiento en la persona del condenado, siempre y cuando se trate de una sentencia firme.

Por su parte la «Conmutación de la Pena» presupone la reducción sustancial de la pena de privación de libertad, su sustitución por una de menor duración y/o su variación por una pena de distinta naturaleza. Implica una remisión parcial de la pena, que ha de colegirse con los fines preventivo-especiales de la pena, que se refunden en los mismos cometidos que se revelan en el caso de los *Sustitutos Penales*.

La concesión de ambas instituciones ha de tomar lugar según las características personales del penado, tanto ex ante, como su conducta en el establecimiento penitenciario así como de su condición de primario. Se supone que son personas que no requieren de una pena de mayor duración, para lograr su rehabilitación (*prevención*) y, así reinsertarse en la comunidad. Máxime, en el caso del Indulto, que por lo general son personas que padecen de enfermedades graves o son de edad senil.

Los fundamentos de una mayor agravación, del *Reincidente* que ha recobrado su libertad gracias a la Conmutación de la pena, habría que buscarlos en la *defraudación de las legítimas expectativas de la ciudadanía, de que el condenado haya de reincorporarse a la sociedad sobre la base del respeto a los bienes jurídicos, de reconocer los valores que rigen la vida comunitaria*. Habría que ver, que si dicha cualidad pueda en consuno, justificar una agravación más dura en relación con el condenado que cumplió completamente la pena o parcialmente, si es que se le concedió un beneficio penitenciario.

A nuestro entender, bastaría con el rigor punitivo que se prevé en el segundo párrafo del artículo 46º-B del CP, al margen de los reparos que hemos puesto, a la posibilidad de que la pena trascienda el marco legal en el caso de la *Reincidencia*.

En el caso de la Habitualidad, figura *criminológica*, contemplada en el artículo 46º-C del CP, la norma en cuestión, ha supuesto la inclusión de un último párrafo, que dice a la letra lo siguiente: "*En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados*". A estos efectos, vale lo anotado en el caso de la *Reincidencia*.

- ***El recorte de los Beneficios Penitenciarios, para los «Reincidentes» y los «Habituales», vía la Ley Nº 29570***

Restringir el acceso a los Beneficios Penitenciarios, implica asumir una postura «Retribucionista» de la pena, al exigirse el cumplimiento completo de

la pena impuesta, de que el castigo por el crimen cometido, sea un mal para el sujeto infractor y un bienestar a la sociedad, que se quiere defender. Se dejan de lado, los fines preventivo-especiales de la pena, tal como lo proclama la Ley Fundamental.

Anular el acceso a los Beneficios Penitenciarios, a los Reincidentes y Habituales, podría resultar inconstitucional; empero, a nuestro entender, ello se podría salvar, si es que se define el acceso a los Beneficios, no por la personalidad del autor, sino por su frecuente y continuó obrar antijurídico, manifestando un desprecio tajante, hacia las normas de convivencia social, por ende, merecedor de un mayor reproche de Culpabilidad. Según dicha consideración, se debería proceder a lo siguiente: en el caso del Concurso delictivo (ideal o real), la pena concreta, se determina con arreglo al principio de «Acumulación Jurídica», pero, para el cómputo del plazo de la admisión del Beneficio Penitenciario, la «Acumulación Material», esto quiere decir, que si el agente, cometió en un lapso de tres años, cuatro Asesinatos, merecedores cada uno de 25 años de pena privativa de libertad, se sumara los 100 años y, sobre dicha base, se requerirá el cumplimiento de las dos terceras partes y de la mitad de la condena.

Acudir a los conceptos de la Reincidencia y de la Habitualidad, no resulta ajustado a los principios rectores de nuestro Derecho penal, tal como es de verse de «Culpabilidad por el Acto» que se corresponde con un «Derecho Penal del Acto», tal como se pregona en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991; en cambio, la regulación de los Concursos delictivos, otorga una base legítima de reacción punitiva intensificada, tomando en cuenta, que no es lo mismo cometer un solo Asesinato, que haber matado a cuatros personas en un lapso de tres años. Máxime, cuando el legislador, aún no identifica un rasgo distintivo, entre la Habitualidad y el Concurso Real de delitos, lo que puede llevar a confusión a los operadores jurídicos.

- ***Requisitos para la «inaplicabilidad» del Beneficio Penitenciario***

Para la anulación del Beneficio Penitenciario, el agente debe haber cometido los hechos punibles, contenidos en los artículos 108°, 121°, 121°-A, 121°-B, 129°, 152°, 153°, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 200°, 297°, 319°, 320°, 321°, del 325° al 332° y 346° del Código Penal.

Se advierte, la inclusión de injustos de gravedad, sobre todo, los que atacan los bienes jurídicos fundamentales, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad (personal y sexual) así como los delitos de Lesa Humanidad, más no encontramos armonía con el delito de Hurto Agravado. Por otro lado, no se han incluido los delitos contra la Administración Públicas, como el Peculado, Malversación de Fondos, Cohecho y Enriquecimiento Ilícito, etc., que en definitiva, implican una mayor ofensa antijurídica, que la figura del Hurto Agravado. Si

se quiere legislar en determinado sentido, se debe ser consecuente con el fin que apunta la reforma, que sería el de evitar que agentes confesos de delitos graves, cumplan su condena a cabalidad y así, se defiende en mayor medida al colectivo social, frente a esta peligrosa criminalidad.

Otro punto a saber, es que no interesa cual es el delito «primigenio», en virtud del cual el agente recibió la primera sentencia condenatoria (*primera advertencia*), pudo haber sido un Fraude en la Administración de personas jurídicas, Estafa, Daños, Usurpación, Apropriación Ilícita, siempre que haya significado una pena efectiva de privación de libertad. Aspecto, que le hace restar coherencia y legitimidad, a esta institución de la Reincidencia, pues se supone que Reincidente, es aquel que vuelve a cometer el mismo delito o una figura delictiva emparentada.

- ***El ajuste por encima del marco penal, cuando el Reincidente o Habitual comete delitos graves***

Las bases de un Derecho penal del acto, reclaman que la reacción punitiva, debe ser proporcional, adecuada, conforme a la graduación manifestada por el disvalor del injusto y el reproche de Culpabilidad del autor; por tales motivos, podemos decir, que la pena ajustada a la *Culpabilidad por el hecho*, es aquella que se fija, conforme los marcos penales, que se regulan en los tipos penales.

El principio de humanización de las penas aporta también sus límites, ya que no se pueden establecer penas arbitrarias, desmedidas o en general atentatorias contra los Derechos fundamentales⁹¹³.

Se pasa, primero, por el filtro del marco «legal imponible», que el legislador ha fijado normativamente, como consecuencia jurídica de todo hecho punible, como *norma de sanción*, de acuerdo a los fines preventivo-generales (*negativa*).

La amenaza de pena –apunta Goldschmidt-, debe ser lo más grave posible y lo más determinada posible, mientras la pena aplicada debe ser lo más justa posible. Debido a que la pena constituye un mal, nuestro sentido de justicia requiere que entre el delito y la pena exista correspondencia y proporcionalidad⁹¹⁴.

913 FERRÉ OLIVÉ, J.C. y otros; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, cit., p. 182.

914 GOLDSCHMIDT, J.; *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, T. I, traducida del alemán por Miguel Ángel Cano Paños y otros, Marcial Pons, cit., p. 520.

Dentro del marco penal legalmente determinado, los tribunales deben fijar la pena en un punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad del autor⁹¹⁵.

Al develar los marcos de punición, montos mínimos y máximos de penalidad (*de forma abstracta*), nos lleva a inferir, que la determinación del grado de Imputación Individual (*Culpabilidad*), no importa una tasación inamovible y predeterminada, todo lo contrario, su valoración incide en varios niveles, dependiendo de las características y circunstancias que rodean al hecho punible, la preponderancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Se dice, que también son decisivos los motivos del agente, el peso de las ocasiones que impulsan el delito, el grado de su inteligencia y el influjo de sus perturbaciones psicológicas⁹¹⁶. Aplicando los postulados teóricos de la teoría Clásica, se pregonaba la Culpabilidad, como la *relación psíquica entre el hecho y el agente*, lo que cambia radicalmente con el Finalismo, al incluir el dolo y la culpa en la acción típica del autor. A decir, de Ambos, en la doctrina alemana, la "subjetivización" de la acción humana conlleva la consecuencia de que los elementos legales del delito englobados en el tipo no pueden ser plenamente entendidos sin tomar en cuenta la parte subjetiva, interna, de la conducta⁹¹⁷.

Las particularidades y singularidades que presenta el agente, al momento de cometer el delito (*tempos commissi delicti*), no están señaladas en la pena abstracta, en el marco penal, su análisis procede con arreglo al «proceso de Individualización de la pena», donde el principio de Culpabilidad, no sólo es visto como una vinculación anímica del autor con el hecho, sino también, con respecto a su capacidad para motivarse normativamente, atendiendo a sus poderes de dirección conductiva.

La medición de la pena según la magnitud del reproche de *Culpabilidad*, se sustenta en las teorías retributivas de la pena, donde la sanción punitiva debe ser acorde con la responsabilidad mostrada por el autor, al momento de perpetrar el injusto penal. Graduación de penalidad que debe ser armonizada con los fines preventivos de la pena, -tanto general como especial-, lo que permite en algunos casos, ir por debajo del mínimo legal, cuando se hace uso de la *prevención especial*; empero, la posibilidad de imponer una pena por encima del marco penal, cuando se trata de un solo hecho punible, no puede sostener-

915 BACIGALUPO, E.; *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T. I, cit., p. 795.

916 GOLDSCHMIDT, J.; *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, T. I, cit., p. 556.

917 AMBOS, K.; *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. En: *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, PALESTRA, cit., p. 42.

se con un concepto de «Culpabilidad por el hecho»⁹¹⁸, por ende, comporta una prohibición para el legislador y para el juzgador.

Como bien se dice en la doctrina, en el momento de la individualización de la pena, la medida de la pena *no puede superar* la culpabilidad del autor. A partir del cumplimiento de los fines preventivo especiales y generales (positivos), el principio de culpabilidad nos marcará el límite máximo. Pero no tendrá relevancia respecto al límite mínimo⁹¹⁹.

La nueva redacción normativa de los artículos 46º-B, dispone a la letra lo siguiente: "*Si la reincidencia se produce por las modalidades agravadas de los delitos previstos (...), el juez aumenta la pena en no menos dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua (...)*"; hasta antes de la modificatoria, el juzgador podría aumentar, sólo hasta en una mitad *por encima del máximo legal fijado para el tipo penal*.

Ir por encima del máximo legal, de la pena conminada por el tipo penal concreto, no puede justificarse ni por el concepto de una Culpabilidad jurídica, que encuentra sintonía *con el hecho cometido*, ni por los fines preventivo-generales, sujetos al Estado Constitucional de Derecho. Sólo una apreciación a la *personalidad del autor o al carácter del agente*, puede motivar un razonamiento jurídico, que desencadene una pena que sobrepase la Culpabilidad por el acto.

Como señala acertadamente, un sector de la doctrina, el plus de mayor penalidad sólo puede justificarse en un Derecho penal de autor, basado en la "Peligrosidad"⁹²⁰, por tanto incompatible con los principios: de Responsabilidad personal (Culpabilidad), de dignidad humana, de interdicción a los poderes públicos, de libertad personal, por ende la Reincidencia normada en el CP es "Inconstitucional".

Queda por otro lado, abierta la posibilidad, de la pena sobrepase la medida de la Culpabilidad por el acto, por motivos de prevención general, sea de intimidación y/o de estabilización de la validez de la norma⁹²¹.

Atendiéndose a lo anterior, se dice que en la actualidad esta tendencia tiene un insospechado seguimiento en muchos sistemas penales contemporáneos que potencian el incremento de pena sobre la base de la reincidencia. Este aumento de pena encuentra difícil justificación, ya que se asocia exclusivamen-

918 Así, BACIGALUPO, E.; *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T. I, cit., p. 796.

919 FERRÉ OLIVÉ, J.C. y otros; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, cit., p. 184.

920 Vide al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *El principio de Culpabilidad en la Jurisprudencia...*, cit., ps. 94-95.

921 Vide al respecto, LÜDERSSEN, K.; *La función Preventivo-General del Sistema del Delito*. En: *Principales Problemas de la Prevención General*, cit., ps. 88-89.

te a la personalidad o al carácter del sujeto, y nunca al hecho efectivamente cometido⁹²².

Desbordar los marcos penales imponible –para los tipos penales–, no sólo implica una lesión decidida al principio de *Culpabilidad por el hecho*, sino también del principio de *Proporcionalidad*, el cual exige que la medición de pena esté en relación a la gravedad del hecho cometido en relación con su autor y, no a patrones *psicológicos, patológicos, clínicos, etc.*, que reposan en aquel Derecho penal autoritario, que empleaba la sanción punitiva para sacar de circulación social, a todo aquel que manifestará una *personalidad peligrosa*.

La criminalidad debe ser enfrentada con dureza y energía estatal, pero ello no puede significar a su vez, el debilitamiento de las garantías penales fundamentales, aquellas que se erigen en límite a todo *poder punitivo arbitrario*. Convalidar sanciones penales que van más allá de una Culpabilidad por el hecho, significa a la postre, ir contra el mismo Estado Constitucional de Derecho, en otras palabras dicho: *el desmantelamiento de los principios rectores del Derecho penal, significa un retroceso en el proceso de humanización del sistema punitivo*.

- **La aplicación de la Ley N° 29570 en el tiempo**

Cuestión no menos importante, es la vigencia de la modificatoria penal en el tiempo, que según la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley: "*son de aplicación exclusiva a los condenados por delitos que se cometan a partir de su vigencia. No se pueden aplicar de forma retroactiva a condenados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley*".

Nos preguntamos ¿Si es que resultaba necesaria la aclaración expresa, de la vigencia en el tiempo de la modificatoria, en concreta, la anulación de los Beneficios Penitenciarios para los agentes Reincidentes y Habituales, que cometen los ilícitos penales contenidos en los artículos 46°-B y 46°-C? a nuestro parecer la respuesta es negativa, todo depende de conciliar adecuadamente la naturaleza jurídica de las normas de «ejecución penal», que al ser de carácter «material» (sustantivas), se rigen por el principio de estricta legalidad, quiere decir, que sólo pueden ser aplicadas *ultra -activamente*, -para adelante-, sólo sobre aquellos hechos constitutivos de tipicidad penal, al momento de la vigencia de la Ley N° 29570.

Lo dicho, se condice perfectamente con una consideración *latu sensu*, del contenido programático del artículo 103° de la Ley Fundamental, cuando consagra el principio penal de «retroactividad benigna», *contrario sensu*, cuando no resulta favorable al agente, se proscribe su aplicación retroactiva. Prescripción

922 FERRÉ OLIVÉ, J.C. y otros; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, cit., p. 427.

constitucional concordante con el artículo II del Título Preliminar del CP y con el artículo VIII del Título Preliminar del CEP.

Se trata de un requisito imprescindible para gozar de seguridad jurídica, ya que impide la arbitrariedad del legislador, en caso de que ésta pretenda aplicar penas retroactivamente⁹²³.

El tiempo nos dio la razón, cuando sostuvimos en monografías más extensas, que las normas de ejecución penal, son de naturaleza sustantiva⁹²⁴ y no procesal, como lo señaló en su momento el TC, cuando se discutió la aplicación normativa de la Ley N° 27770 en el tiempo.

- **Fundamento de la «Reincidencia»**

Como sostuvimos con corrección, el agente no obstante, haber sido condenado por un determinado delito, vuelve a reincidir en dicho obrar delictivo, cometiendo un injusto penal de similar naturaleza, luego del espacio de tiempo fijado por la Ley, revelando una modalidad delictiva a fin así como la vulneración de bienes jurídicos convergentes.

En resumidas cuentas, lo que incide en el mayor juicio de responsabilidad personal, es que el agente desoye la primera advertencia de la que fue objeto, en cuando a la prevención especial admonitoria, exteriorizando un manifiesto desprecio hacia las normas de convivencia en un orden social pacífico. Tal especial desprecio por el Derecho no es una presunción subjetiva del legislador ni del juez, sino que viene objetivamente avalado por el repetido comportamiento antisocial del sujeto⁹²⁵.

En otras palabras dicho: *la respuesta jurisdiccional o, dígame el mensaje de la judicatura penal no ha calado de forma positiva en su quehacer conductivo. Es ello lo que justifica una pena agravada, pero, esto es lo más importante, dicha agravación no puede rebasar el marco de la Culpabilidad por el acto, que se encuentra fijada en el tipo penal infringido.*

Dicho esto, debe añadirse que esta circunstancia agravante toma lugar en el ámbito de la determinación judicial de la pena, donde el juzgador debe tomar en cuenta una serie de elementos de cognición, que en su conjunto se orientan hacia la fijación de una pena que se corresponda con tres puntos a saber: una síntesis de los fines preventivo-generales, preventivo-especiales, to-

923 FERRÉ OLIVÉ, J.C. y otros; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, cit., p. 80.

924 Vide, al respecto, Cap. Aplicación de la ley perder el tiempo.

925 BLANCO LOZANO, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*. T. I, Vol. II, cit., p. 357.

mando como límite la Culpabilidad, como juicio de reproche personal del autor y/o partícipe, con arreglo al principio de proporcionalidad⁹²⁶.

Una pena justa, legítima, preponderando sobre todo, los fines preventivo-especiales (rehabilitación social), que nunca pueden ser rebasados, so pena de garantizar un mayor ejercicio de la prevención-general. Como expone Naucke, la pena, es decir, cada sanción, debe atender a la dignidad humana y no debe ser cruel ni ser exageradamente severa. La pena no debe lesionar la condición de igualdad, ella debe ser justa y humana⁹²⁷.

2.5. La Reincidencia y el principio del *Ne bis in dem*

El principio del *ne bis in idem* material, surge como la vía arbitrada –prevista por el legislador–, para poner freno a una intervención desproporcionada e irrazonable del ius puniendi estatal; en el sentido de que le esta vedado al Estado reaccionar doblemente ante la comisión de un solo hecho punible.

Ante una conducta que ya fue objeto de una sanción punitiva, importa la proscripción de que nuevamente se alce una pena contra dicha conducta, así ha de verse de lo prescrito en el artículo 90° del CP. Dicha prohibición tiene que ver fundamentalmente, con el ministerio de la «Cosa Juzgada», esto quiere decir, la inmutabilidad de las resoluciones jurisdiccionales, cuando han adquirido un pronunciamiento firme por parte de la Justicia Penal, cuando ya no cabe recurso impugnativo alguno, dando paso a su carácter “ejecutivo”.

La excepción a lo anotado, la constituye la Acción de Revisión, cuya operatividad se restringe “favor rei”, ante la denominada “Cosa Juzgada Formal”, que se encuentra recogida en el C de PP (arts. 361°-365) y en el nuevo CPP (arts. 439°-445°)⁹²⁸.

Si hemos hecho mención que la Reincidencia, denota una circunstancia «agravante de pena», en cuanto a un mayor disvalor del juicio de imputación individual, no tiene porque verse menoscabado el principio del *ne bis in idem* material⁹²⁹, puesto que no es objeto de una nueva sanción, el hecho sobre el

926 Desde otra perspectiva, ha de tomar en cuenta el factor conductivo, ya de la personalidad del autor, cuya proclividad al delito, lleva a un juicio de menor espacio de libertad, termina por llevar el análisis, a una culpabilidad disminuida, es decir, a factores de imputabilidad, haciendo de la Reincidencia una circunstancia “atenuante”.

927 NAUCKE, W.; *Prevención General y Derechos Fundamentales de la Persona*. En: Principales Problemas de la Prevención General. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw. Julio César Faria – Editor, cit., p. 35.

928 Vide, más al respecto mi obra “*Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*”. Editorial Rodhas, Lima, 2007, cit., ps. 893-912.

929 Vid, al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *La Ley y el Delito*, cit., ps. 536-537.

cual ya recayó la sentencia de condena, sino que es un dato a saber que se integra conjuntamente con otros, en el marco de la determinación judicial de la pena, con arreglo a los cometidos preventivo-generales.

La problemática, en realidad, estriba cuando la aplicación de la Reincidencia, permite al juzgador, salirse del marco penal imponible en el tipo penal en cuestión, con ello de la Culpabilidad por el acto, que ha de erigirse siempre en el límite infranqueable del Juez en dicho espacio de juego ("*Spielraumtheorie*").

2.6. La Reincidencia y el principio de Culpabilidad

El principio de Culpabilidad tiene que ver con los presupuestos mínimos que deben concurrir para que se le pueda imponer una pena a la persona del infractor de la norma. Como principio se plantea la culpabilidad como límite y medida de aplicación de la pena; ello significa que la pena sólo debe fundarse en la constatación de que el reproche del delito es imputable al autor, es decir, toda pena supone culpabilidad⁹³⁰.

Desde un doble baremo a saber, significa lo siguiente: primero, la vinculación anímica del autor con el injusto penal atribuible, el nexo subjetivo que debe verificarse a fin de completar el juicio de tipicidad penal. Nos referimos al dolo y a la culpa, como elementos que se compaginan en el denominado principio de Culpabilidad, queda proscrita, por tanto, toda forma de responsabilidad objetiva (art. VII del Título Preliminar del CP).

Por otro lado, hace alusión a los elementos que han de valorarse positivamente, para dar por declarado el juicio de Imputación individual. Los poderes individuales, las capacidades propias del sujeto, para poder comportarse conforme al directivo de conducta plasmado en la norma. De ahí que el CP, acoja el Sistema Vicarial en el ámbito de punición, pues la pena presupone un sujeto plenamente responsable, mientras que las medidas de seguridad son la respuesta estatal, ante todos aquellos individuos, que por una serie de factores (psico-físicos-sensoriales), no están en capacidad de auto-conducirse con arreglo a la motivabilidad normativa.

Entonces, mientras que la pena apunta a fines preventivo-generales y preventivo-especiales, las medidas de seguridad sólo han de velar por los cometidos preventivo-especiales, tal como se desprende del artículo IX del Título Preliminar del CP.

930 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Editorial Grijley, 3era. Edición, Lima, 1997, cit., p. 77.

Dicho esto, habrá que decir que la pena requiere de un injusto penal cualificado y «Culpable», en algunos casos de añade la categoría de «Punible».

Es de verse, entonces, que un Derecho penal democrático exige como principal garantía la Responsabilidad personal, como elemento definidor de pena que vincula al autor con el injusto penal atribuible, contrario a posturas doctrinales de antaño, que pretendían legitimar la imposición de penas sin delitos y, para ello acudían al factor «Peligrosidad».

Del concepto de culpabilidad, señala CHOCLÁN MONTALVO, deberían eliminarse los momentos referidos a la personalidad, hablando, entonces, de una "pura" culpabilidad por el hecho, conforme a la cual deberían quedar fuera de consideración desde el punto de vista de culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter, la actitud del autor y su comportamiento con posterioridad al hecho⁹³¹.

La Culpabilidad por el acto, que toma lugar en el CP de 1991, se corresponde plenamente, con el principio político criminal de "legalidad" – *nullum crimen nullum poena sine lege praevia*.

Habiendo señalado que la Reincidencia es una circunstancia agravante, que permite al juzgador, elevar la pena, al revelarse una desobediencia reiterada del infractor de la norma, desoye los mandatos normativos, pese al haber sido advertido con anterioridad.

Es que el momento de la determinación judicial de la pena, ha de acoger una serie de aspectos: el grado de afectación al bien jurídico, la preponderancia de dicho interés jurídico conforme al orden de valores plasmado en el la Ley Fundamental, la relevancia de los deberes infringidos, los móviles, la energía criminal desplegada por el autor (dolo, culpa, preterintencionalidad), el prevalimiento del cargo y/o función que desempeñaba el agente al momento de la comisión del injusto, las relaciones jurídico-institucionales del autor con su víctima, etc⁹³². Se ponen en juego los factores que dan lugar a la prevención general y aquellos que apuntan hacia la prevención especial. Los primeros siempre van hacia arriba (agravantes) y, los segundos, al contrario, hacia abajo (atenuantes)⁹³³. Empero, ¿Cuál es el límite? «La Culpabilidad por el Hecho», los marcos penales fijados como norma de sanción en el tipo penal contravenido.

Resulta del artículo 46º-B del CP, que el juzgador puede sobrepasar el marco penal imponible (un tercio por encima del máximo legal), de manera que

931 CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *El principio de Culpabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*. En: *Dogmática y Ley Penal – Homenaje a Enrique BACIGALUPO*, T. I, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA, Barcelona – Madrid, 2004, cit., p. 91.

932 Vid., al respecto, CURY URZUA, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 407-408.

933 Así, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 90.

se supera la "Responsabilidad por el hecho", dando lugar a una mayor pena que de ninguna manera puede formar parte de la Culpabilidad por el acto, por más que se incida en aspectos vinculados con el hecho, anteriormente perpetrado.

Como postula acertadamente, un sector de la doctrina, el plus de mayor penalidad sólo puede justificarse en un Derecho penal de autor, basado en la "Peligrosidad"⁹³⁴, por tanto incompatible con los principios: de Responsabilidad personal (Culpabilidad), de dignidad humana, de interdicción a los poderes públicos, de libertad personal, por ende la Reincidencia normada en el CP es "Inconstitucional".

Queda por otro lado, abierta la posibilidad, de la pena sobrepase la medida de la Culpabilidad por el acto, por motivos de prevención general, sea de intimidación y/o de estabilización de la validez de la norma⁹³⁵.

Sin embargo, el TC, argumenta lo siguiente:

37. *Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.*
38. *Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito "A", la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos "B", para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe "B", esto constituirá un elemento que agravará la reprobación.*

934 Ver al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *El principio de Culpabilidad en la Jurisprudencia...*, cit., ps. 94-95.

935 Ver al respecto, LÜDERSSEN, K.; *La función Preventivo-General del Sistema del Delito*. En: *Principales Problemas de la Prevención General*, cit., ps. 88-89.

bilidad del delito "A", y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito "A" de modo aislado.

39. *Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal "f", 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculcado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional.*

2.6.1. La Reincidencia analizada por los Tribunales Constitucionales de España y Alemania

La STS, del 5 de julio de 1991 (ponente Sr. BACIGALUPO), (...), reconoce la especialidad de la agravación de pena por virtud de la reincidencia en el sentido de que se fundamenta básicamente por razones de prevención especial –vida del autor anterior al delito–, y por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho –no representa una causa de aumento de culpabilidad⁹³⁶.

Como se lee en la sentencia del 6 de abril de 1990, "los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta el límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2.º (art. 66.3 del nuevo Código) cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite". La línea jurisprudencia mencionada, anota Choclán Montalvo, refleja, pues la idea de que las necesidades de prevención sólo pueden completar el marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad que siempre operará como límite máximo a las necesidades preventivas^{937 938}.

La sentencia del Tribunal Constitucional español, 150/1991 reconoció que "la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico", (F.J. 4 a), rechazando la legitimidad constitucional de un derecho penal de autor, "que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de hechos".

Frente a las dos principales posiciones, que sobre el fundamento del concepto de culpabilidad, se han sostenido en la doctrina (culpabilidad por la comisión de un hecho o por la personalidad del autor), sostiene Jaén Vallejo, el

936 CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *El principio de Culpabilidad en la Jurisprudencia...*, cit., ps. 92-93.

937 CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *El principio de Culpabilidad en la Jurisprudencia...*, cit., p. 93.

938 Ver al respecto, BLANCO LOZANO, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*, T. I, Vol. II, cit., p. 356.

Tribunal Constitucional, afirma, pues la necesidad de partir de un concepto de culpabilidad por el hecho. Este punto de partida –continúa el autor– niega la posibilidad de un juicio sobre la vida anterior del autor, para juzgarlo por lo que es, y no por lo que hizo, que es lo que verdaderamente interesa a aquel concepto de culpabilidad, que basa ésta, no en un juicio sobre la personalidad del autor, sino en el juicio sobre un hecho ilícito concreto decidido por el autor⁹³⁹.

En opinión de Jaén Vallejo, de dudosa constitucionalidad, a pesar del pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional, de dicha circunstancia agravante, queda salvada al reiterarse en dicha Sentencia lo dicho en la Sentencia del mismo Tribunal 65/1986 con relación al principio de proporcionalidad penal, que debes se respetado en la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia: *“el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella”* (F.J. 4 b)⁹⁴⁰.

En la legislación penal alemana, § 48 párrafo 1 StGB, fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional alemán (16 de enero de 1979). Como nos recuerda Haffke⁹⁴¹, en la cual se descarta que el fundamento de la Reincidencia sea criterios de prevención especial, de una concepción de culpabilidad por el carácter o por conducción de vida o por el aumento del injusto y culpabilidad en base a una observación «normativista», exponiéndose lo siguiente: *“(...) que con esta formulación, la cláusula material de la reincidencia, el precepto atiende al principio de culpabilidad. En concreto, parte de que “quien prescinde de los impulsos de contención establecidos en las condenas anteriores, actúa, en determinadas circunstancias, con incremento de energía criminal y, por tanto, con incremento de culpabilidad”. (...) No señala que sobre quien, pese a una previa condena, vuelve a incurrir en una pena, recaiga siempre un reproche de culpabilidad incrementado, sino que conmina al autor con una pena agravada, dándose otras circunstancias concretas, cuando resulte posible, en atención a sus condenas previas, dirigirle un reproche de culpabilidad aumentada”*.

939 JAÉN VALLEJO, Manuel; *Tendencias Actuales de la Jurisprudencia Penal Española*. Gráfica Horizonte. Lima-Perú, noviembre del 2001, cit., p. 161.

940 JAÉN VALLEJO, M.; *Tendencias Actuales de la...*, cit., p. 162.

941 HAFFKE, B.; *Reincidencia y medición de la pena*, cit., p. 187.

Por lo tanto, la agravación de la pena por el factor «Reincidencia», no operaría de forma automática, sino que el Tribunal deberá verificar en el caso concreto, si es que el autor pese a la advertencia formulada en su contra, decidió cometer un nuevo delito de la misma naturaleza que el cometido con anterioridad, de cuyas circunstancias pueda advertirse un mayor reproche de culpabilidad. No basta entonces con un juicio de reproche normativo, sino que se necesita complementariamente de un juicio de naturaleza empírico.

El autor pese ha haber recibido una advertencia por parte de los Tribunales, vuelve a manifestarse en contrariedad al Derecho, con ello demuestra una conducta de mayor desprecio hacia los valores ordenadores de la configuración legal, pues, si sobre él ya había recaído un juicio concreto de culpabilidad, tenía un mayor deber de comportarse conforme a Ley.

Para este supuesto el autor debe haber sido conciente de la advertencia previa, debe haber internalizado el mensaje y pese a ello, se aparta aún más de las normas mínimas de convivencia social. Todo lo cual redundaría en una mayor agravación de la culpabilidad. Sin embargo, la agravación de la pena por reincidencia del §48 que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por conducción de la vida y por tanto, era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien- escribe ROXIN- tal precepto fue derogado bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23.^a Str. ÄG de 13-4-1986⁹⁴².

2.6.2. La Reincidencia y el Derecho penal de autor

El «Derecho Penal de Autor», fue cultivado por el Positivismo Criminológico y por la Escuela de Kiel; el primero de los nombrados, mediando una explicación etiológica del crimen, a partir de una diversidad descriptiva, fundada en la personalidad del agente, especificándose de forma glosada carácter atávicos; mientras que el segundo, habrían de asentarse sobre la idea de la raza y la configuración del pueblo como un todo (Nacional-socialismo)⁹⁴³.

Para tal efecto, insignes juristas de la época, no dudaron en hipotecar sus conciencias y sus intelectos, para construir teorías legales basadas en la "Diferenciación de la raza humana", dando lugar a ciudadanos de segunda categoría, degradando la dignidad humana, afinando con ello el exterminio de masivas poblaciones, de personas inocentes, que fueron eliminadas de forma bárbara e inhumana.

942 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 186.

943 Ver mas al respecto, MUÑOZ CONDE, F.; *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

La diferenciación étnica, cultural, social, etc., ha de rechazarse, desdiciendo cualquier tipo de construcción normativa sostenida en razones bio-descriptivas, que haya de incidir en fórmulas dirigidas a despojar a las personas de su caracterización ontológica. Un Derecho penal democrático, ha de asentarse sobre dos pilares: los principios de Igualdad y de respeto a la diversidad. Nuestra CPE, reconoce estos principios, al consagrar al Perú como una Nación multiétnica y multirracial, en tal virtud se incorporó al CP de 1991, el «Error de Comprensión Culturalmente Condicionado» (art. 15º del CP).

Resulta inadmisibile, incluir diferenciaciones étnicas y/o culturales de acuerdo a los valores de un orden democrático de derecho, así de forma paradigmática cuando el CP de 1924, hacía alusión en los artículos 45º y 46º: de los “salvajes” e “indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo”.

En palabras de PEÑA CABRERA, la lucha entre el Derecho penal liberal y el Derecho penal autoritario continúa hasta el presente y no otra cosa significa las estigmatizaciones de drogadictos, subversivos, “enemigos del pueblo”, etc.⁹⁴⁴.

Se preguntara el lector con razón, porque nos hemos remitido a los antecedentes, concretamente a la evolución epistemológica que se ha desarrollado la ciencia jurídico-penal en los últimos siglos. Amén de fijar una clara delimitación entre un «Derecho Penal del Acto» con un «Derecho Penal de Autor», una Culpabilidad por el Acto con una Culpabilidad basada en la conducción de vida (*Lebenseinführungsschuld*)⁹⁴⁵; mostrando en todo caso, la inadecuación de la Reincidencia, como se encuentra normada en el artículo 46º-B, a los principios jurídico-penales fundamentales, que cuentan con consagración «constitucional».

Conforme la línea argumental -esbozada por nosotros-, en un Estado democrático de derecho, los individuos sólo pueden ser objeto de punición por lo que hicieron y no por lo que son. A nadie debe castigarse por ser perverso o degenerado o irreflexivo o disidente, sino tan solo por los actos concretos que ha ejecutado⁹⁴⁶.

El carácter, su modo de ser, su personalidad, su temperamento, su modo de vida, su pensamiento, su sentimiento no constituyen precisamente la idea de acto a que apuntan las normas punitivas⁹⁴⁷.

944 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 81.

945 ASÍ, CURY URZUA, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 404.

946 CURY URZUA, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 403.

947 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 82.

2.7. La Reincidencia y el principio de Proporcionalidad

El principio de «proporcionalidad de las penas», al igual que el resto de principios rectores comprendidos en el Título Preliminar del CP, se constituye en un principio político criminal de primer orden en un orden democrático de derecho, a fin de sujetar la reacción jurídico-penal a un mínimo de racionalidad. Este principio legitimador del derecho punitivo, actúa como un límite contenedor del ejercicio de la violencia punitiva, destinado a tutelar la libertad y la dignidad humana.

Presupuesto de pena es la comisión de un injusto penal reprochable a un sujeto con capacidad de responsabilidad penal: «Injusto» y «Culpabilidad» se constituyen en la fuente material e espiritual de todo el sistema de punición, que no puede ser vulnerado en aras de afianzar fines político criminales que no se encuadran en el orden de valores antes anotado.

Significa, en otras palabras la interdicción a la arbitrariedad pública, la prohibición de exceso y, la vigencia de la pena justa. Justicia no es solamente la declaración de responsabilidad, en el caso de que haya lugar, sino también la pena justa, la pena proporcionada; de allí que también se le denomine como "prohibición de exceso"⁹⁴⁸.

El principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad, aparece primigeniamente como un límite al poder de policía para convertirse ahora en un primordial principio de Derecho público, ya que su aplicación cubre generosamente toda clase de medidas que afectan la libertad individual del ciudadano⁹⁴⁹.

El principio de proporcionalidad, como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos sociopersonales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente⁹⁵⁰.

Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos⁹⁵¹.

948 TOCORA, F.; *Principios Penales Sustantivos*, cit., p. 53.

949 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 84.

950 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; *La Racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, cit., p. 162.

951 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, cit., p. 260; Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 263.

En el primer ámbito de valoración, se toma en consideración el grado de jerarquización del bien jurídico protegido, en definitiva, la vida es el interés jurídico de mayor valor, seguido por otros bienes personalísimos, por lo que un delito de asesinato, debe ser punido con más pena que un delito de robo. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto⁹⁵².

En cuanto al segundo elemento, resulta necesario remitirse a la esfera subjetiva del agente, o mejor dicho a su fuero interno, donde la energía criminal desplegada por el agente va a suponer una mayor intensidad antinormativa, el dolo supone definitivamente una desvaloración que importa una mayor pena, en comparación con la culpa.

La proporcionalidad dice relación con el daño inferido al bien jurídico mismo y con la trascendencia social del hecho (daño social); el derecho penal tiene un perfil motivador, formador de conciencia social, que sufre notorio desmedro con la ejecución del delito⁹⁵³.

El principio de proporcionalidad en sentido general, significa modular la sanción punitiva, tomando en referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, no sólo desde un aspecto material (antijuridicidad), sino también desde la esfera interna del agente (dolo o culpa)⁹⁵⁴. Importa la correspondencia que debe subyacer entre la intromisión en la esfera de libertad individual con la gravedad del delito y el juicio de reproche culpable. De esta forma se limita la intervención del *ius puniendi* al ámbito de libertad lo estrictamente necesario para garantizar los fines preventivos de la sanción punitiva. En otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso pueden exceder esa necesidad⁹⁵⁵.

Las sanciones penales -que están justificadas frente al afectado- vinculadas con el comportamiento típico, antijurídico y culpable, deben estar en relación con la medida de la gravedad del reproche y al mismo tiempo ayudar al autor para que en el futuro pueda llevar una vida libre de penas⁹⁵⁶.

En el marco de la determinación judicial de la sanción punitiva, los fines preventivos juegan un rol preponderante a fin de graduar la penalidad de acuer-

952 CARBONELL MATEU, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, cit., p. 211.

953 GARRIDO MONTT., M.; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005, cit., p. 46.

954 Así, GARRIDO MONTT., M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., p. 50.

955 GARRIDO MONTT., M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I., cit., p. 49.

956 LUDERSSEN, K.; *La función Preventivo-General del Sistema del Delito*, cit., p. 98.

do a un baremo de justicia y de utilidad. Y ello, no sólo, aunque sí fundamentalmente, por razones de justicia sino, incluso, aunque pueda resultar paradójico, por razones de eficacia⁹⁵⁷. Donde el fin preventivo general de la pena asume una función agravante de pena, tomando en razón el interés protegido objeto de afectación, la jerarquía del bien jurídico, el grado de amenaza de la conducta, la energía criminal del autor, etc., factores éstos que deben anudar en la intimidación que debe generar la sanción hacia el colectivo, pero, que no puede sobrepasar los márgenes legales previsto en el tipo penal en cuestión. Mientras, que el fin preventivo especial juega un rol específicamente limitador, que no puede ser concebido en su añeja concepción, de que a mayor pena mas posibilidades de rehabilitación social, a menor pena mejor, y si el agente no necesita ser sometido a un mayor tratamiento, la pena se cumplirá en libertad o incluso se le dispensará de ella; entonces, las prevención especial tiene un rol limitador que juega únicamente a favor del condenado.

En el caso de la prevención general positiva, ésta supone la necesidad de pena, en cuanto se reafirma la vigencia misma de la norma en cuanto necesaria para mantener la cohesión del sistema jurídico con la ciudadanía, donde la justicia es un imperativo para mantener la fidelidad hacia el Derecho. La desobediencia de los mandatos o prohibiciones atenta al sentimiento de seguridad y a la conciencia jurídica de la sociedad; esa lesión debe ser tomada en cuenta al determinarse la pena⁹⁵⁸; o como dice Schünemann, la necesidad penal preventivo-general depende de la medida de la amenaza al orden de paz social manifestada por el hecho punible⁹⁵⁹.

Con cual dentro de una prevención general integradora o positiva, como es lógico, se produce una superposición entre el principio de proporcionalidad y el de justicia propio a la retribución (la sanción como el merecimiento justo –proporcionado– al injusto cometido y a la responsabilidad del sujeto)⁹⁶⁰.

Nos sorprende en realidad, que el TC, al momento del examen de este principio no haya tomado en cuenta, la modificación efectuada al artículo VIII del Título Preliminar del CP, efectuada por la Ley N° 28730 : "*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes*", que se supone

957 CARBONELL MATEU, J.C.; cit., p. 211.

958 GARRIDO MONTT, M; op.cit., p. 50.

959 Citado por STRATENWERTH, Günther; *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* En: "Cuadernos de Conferencias y Artículos". Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, primera edición 1996, Colombia, cit., p. 28.

960 BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 44.

vendría a legitimar la imposición de una pena, que supere la Culpabilidad por el hecho, dando lugar a una Culpabilidad de autor.

Con la modificación producida, el legislador lo que ha hecho de *lege lata* es de relativizar la vigencia del principio de proporcionalidad de la sanción, cuando aparecen intereses político criminales que nada tienen que ver con los fines que la Ley Fundamental le asigna al Derecho penal en un orden democrático de derecho.

Concretamente, la «Reincidencia» y la «Habitualidad», suponen la desvinculación del derecho punitivo con el principio de proporcionalidad, a fin de ejercer una violencia punitiva draconiana esencialmente sostenida en un Derecho penal de autor inclinado a una función exclusivamente represora.

En resumidas cuentas, lo que ha hecho el legislador es provocar la ruptura del Derecho penal con el principio de proporcionalidad de la sanción y con el principio de culpabilidad, despojando a la violencia punitiva de los límites que contienen una descarga irracional y excesiva, donde la ansiedad de la eficacia del modelo penal provoca la configuración de tendencias subjetivas de autor. Hassemer escribe que no es imaginable que se pueda, por ejemplo, renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana; cuando esto ocurre en “tiempos de necesidad” perderán toda su importancia para nuestra cultura jurídica⁹⁶¹.

Dicho en otras palabras: *la utilización política de la violencia criminal cotidiana por parte del legislador, ha significado la desvinculación del Derecho penal de sus funciones ordenadoras, sometidas a la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, como los principios de subsidiariedad, ultima ratio y proporcionalidad, para asumir tareas meramente de percepción cognitiva, el afianzamiento de una sensación de seguridad cuyos alcances puramente simbólicos –por su inevitable ineficacia–, a lo único que van a conducir es a su desgaste nominal y a su deslegitimación como medio de control social formalizado.*

Ahora bien, que es lo que dice el TC, en cuanto a este principio y la figura de la Reincidencia:

44. *En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alterna-*

961 HASSEMER, W.; *Los destinos de los derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz*. En: “Persona, Mundo y Responsabilidad”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Díaz Pita. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, cit., p. 96.

tivas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

45. *En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.*
46. *En ese sentido, cabe señalar que "[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su 'nocividad social'). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de 'nocividad social' del ataque al bien jurídico"⁹⁶².*

Sobre lo sostenido por el TC, en los apartados citado, habrá que señalar-se lo siguiente: cualquier delito subvierte de cierta forma las normas mínimas de convivencia social pacífica, mayor gravedad del injusto que se advierte en aquellos ilícitos penales, como el narcotráfico, lavado de activos, terrorismo, delitos de lesa humanidad, etc., pero no lo que no dice el TC, es que la forma de combatir dichos crímenes, mejor dicho la política criminal, es haciendo uso de los mecanismos e instrumentos (materiales y procesales), que la Ley Fundamental y la legalidad reconoce a los órganos estatales predispuestos; es decir, el legislador, no puede salirse de los márgenes de razonabilidad y de proporcionalidad, que han de entenderse de común idea con los principios de Culpabilidad por el acto, de dignidad humana así como los fines preventivo-especiales,

962 ZAFFARONI, Eugenio R. *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, B de F, 7.ª Edición, 2005, cit., p.137.

los que en ningún caso pueden ser dejado de lado, a fin de dar preponderancia a los fines preventivo-generales positivos, —propios del funcionalismo sistémico—. Presupuestos ellos, que han de respetarse en un orden democrático de derecho, que sigue la regla de oro kantiana, en el sentido, de que el individuo no puede ser sometido, mejor dicho instrumentalizado, para fines ajenos a su "intersubjetividad".

47. *La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.*

Sobre esto último, nos preguntaríamos primero: ¿Porqué no se cumple los fines perseguidos en la ejecución penal, según lo previsto en el inc. 22) del artículo 139° de la CPE? Cuestión fundamental, que en definitiva el TC, no responde a cabalidad, atribuyendo únicamente al penado los costes gravosos del fracaso «resocializador», lo cual implica una visión reductora de la problemática en cuestión.

La crisis del Estado de Bienestar, del asistencialismo social, que se refleja en mayor medida en los Estados Latinoamericanos como el Perú, deviene en la inoperancia de las instituciones encargadas del tratamiento penitenciario, para con la edificación de un Sistema Penitenciario capaz de poner en práctica los fines rehabilitadores, que se supone debe materializarse en los establecimientos penitenciarios de todo el país.

La reincidencia delictiva, precisamente es una consecuencia inmediata, del estado actual de las prisiones, cuyas condiciones infra-humanas, hacen inviable alcanzar el cometido "resocializador".

Centros custodiales, que en algunos casos, son sólo depósitos humanos, degradantes de la persona humana. La ejecución penal de la pena privativa de libertad debe efectuarse con unas mínimas condiciones materiales y éticas que reivindiquen la dignidad humana⁹⁶³.

El Estado, por tanto, no puede eludir su responsabilidad, de hacer que dichas instituciones puedan en realidad lograr los fines preventivo-especiales

963 TOCORA, F.; *Principios Penales Sustantivos*, cit., p. 83.

que el orden constitucional consagra, en vez de incorporar figuras jurídicas, que a la larga lo único que van a generar es mayor criminalización y prisionización.

Parafraseando a TOCORA, si se pretende algún efectivo especial de la pena, el autoritarismo obrara en sentido contrario, reforzando el sentimiento y el rol de marginados de los internos; en la desmesura de la reacción punitiva que implica ese autoritarismo, el sentimiento de injusticia y de confrontación con el sistema se acentúa; allí se enraíza, en gran parte, la reincidencia y la "carrera criminal"⁹⁶⁴.

2.8. Definición e Inconstitucionalidad de la figura de la «Habitualidad»

El artículo 46°-C, define a la Habitualidad del siguiente modo *"Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal"*.

Al igual que la Reincidencia, con mayor razón en el caso de la figura de la Habitualidad, previamente al test de constitucionalidad, se debe exponer su acepción, sus elementos que lo componen, tanto desde un aspecto doctrinal como de la construcción normativa que de *lege lata* se contiene en el artículo 46°-C, a fin de revelar si es que dicha institución es o no una manifestación de un «Derecho penal de autor», por tanto, incompatible con un «Derecho penal del acto» en correspondencia con una «Culpabilidad por el acto».

El demandante sostiene (fojas 3) que la norma materia de inconstitucionalidad Ley N° 28726 es espuria y bastarda e inconcebible en un sistema penal garantista en el cual no se puede legislar en función a un derecho penal de autor, vulnerador de los principios contenidos en el Título Preliminar del propio código penal que establece los principios de lesividad y proporcionalidad. Todo ello provoca un trato desigualitario y discriminador dentro de un proceso penal entre los procesados que delinquen por primera vez y de los que ya han delinquido atentando contra el principio de resocialización como límites a la potestad sancionadora del Estado.

Lastimosamente, el TC, elude dicho deber señalando únicamente lo siguiente:

49. *Otras objeciones que se han formulado es que representa una característica propia del autor, que incide en su modo de vida, sin que esto signifique la existencia de un hábito en relación a un delito en*

964 TOCORA, F.; *Principios Penales Sustantivos*, cit., p. 84.

particular o un conjunto de delitos, sino una propensión al delito en general, en la que basta que varios ilícitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado periodo. En términos conceptuales se sostiene que la habitualidad encarna una reminiscencia a un derecho penal de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (uomo delinquente), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa "peligrosidad" para los intereses sociales comunitarios.

50. *De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal en contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea.*

Es de verse, de lo apartados en cuestión, que se propone sólo una definición doctrinal, en realidad carente de profundización, dejándose completamente de lado el análisis sobre los elementos que se contraen en el artículo 46°-C, para determinar si es que constituye en realidad una reminiscencia de un Derecho penal de autor. Seguidamente, cae en la misma falacia, que de forma reiterada se desprende del resto de argumentaciones que ha esgrimido el TC en su sentencia, de que no resulta necesario remitirse a las construcciones doctrinarias sobre la Habitualidad, bastando para ello, el análisis con arreglo al conjunto de derechos y valores consagrados en la Ley Fundamental.

Como se sostuvo –con corrección–, los principios jurídico-penales, que se encuentran contemplados en el Título Preliminar del CP, gozan de reconocimiento constitucional, el principio de Culpabilidad por el acto, tiene que ver fundamentalmente con los principios de dignidad y libertad individual, así como el principio de legalidad material que se encuentran recogidos en el texto constitucional. En un Estado Constitucional de Derecho, se encuentra proscrita la idea de que el *ius puniendi* estatal pueda descargar sus efectos coactivos, tomando como base la personalidad del autor, su forma de vida, etc.; únicamente ante la manifestación fenoménica de un acto que lesione o tenga aptitud de lesión de un bien jurídico -penalmente tutelado-.

¿Qué debemos entender, entonces, por la figura de la "Habitualidad"? La habitualidad consiste en la perpetración delictiva que el autor ejecuta de

forma reiterada en el tiempo, actitud antisocial que revela una peligrosidad inherente en su personalidad. La institución de la Habitualidad, por lo tanto, no puede desprenderse del concepto de "peligrosidad". PEÑA CABRERA define a la Habitualidad como la reiteración en más de tres delitos, en tiempos diversos, e independientes unos de otros, pero, que a sus titulares, se les declare el estado "especialmente peligroso", es lo que nuestra legislación positiva denomina habitualidad⁹⁶⁵.

Tratándose de la reincidencia específica -anota León Ortiz- y siguiendo la misma orientación se busca la mayor temibilidad inmanente, se distingue todavía la habitualidad que constituye cada vez más el centro de atención, por considerar que plantea ya con firmeza el problema criminológico que se quería prever a través de la reincidencia; un problema, si no de anormalidad antropológica que pudiera ser la raíz de esa persistencia inveterada del delito, sí, al menos, de un carácter antisocial formado ya de manera que, tanto por la razón como por la experiencia, deba tomarse como una prueba de incorregibilidad que ya no amerite una pena propiamente, sino una medida de seguridad⁹⁶⁶.

La habitualidad, sin duda, es una conducción fenoménica propia del conductivismo, que importa el análisis del ser delincuente, de identificar los factores internos que inciden en esta conducta antisocial; por lo tanto, su génesis no puede ser explicitada en cuanto al hecho antijurídico que se manifiesta de forma repetida a través del tiempo, sino a partir de una explicación psicológica, que sólo puede ser construida por el método causal-explicativo de la ciencia criminológica.

Parafraseando a PEÑA CABRERA, diremos que los caracteres esenciales del delincuente hay que observarlos no en la manifestación de la conducta delictiva concretada en el hecho punible, sino en el estudio serio de la personalidad total con miras a precisar su verdadera peligrosidad⁹⁶⁷. El delincuente habitual expresa una proclividad a cometer determinada clase de delitos, muestra una base patológica, que sin necesidad de formar un cuadro clínico -que pueda dar lugar a una "inimputabilidad"-, importa la inclinación constante a saciar una necesidad promovida por una determinada intención.

JIMÉNEZ DE ASÚA, escribe que el hábito criminal es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia de la práctica en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de

965 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. AFA Editores. 3era. Edición, Lima-Perú, 1988, cit., p. 289.

966 LEÓN ORTIZ, A.; *Teoría del Delincuente*, cit., p. 4.

967 PEÑA CABRERA, Raúl; *Los personajes Delinquentes en la obra de Dostoyevski*. Edusmp. Editorial Universitaria "San Martín de Porres". Lima, agosto de 1983, cit., p. 60.

pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delitos continuados y colectivos que estén constituidos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción⁹⁶⁸. Seguidamente señala lo siguiente: *"Es más y menos que la reincidencia. Más porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron al estímulo. Menos porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de la reincidencia o sea la condena ejecutoriada, sino que aquella puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituye el concurso real de delitos"*⁹⁶⁹.

Los requisitos de la Habitualidad que se desprenden normativamente del artículo 46º-C, son los siguientes:

- a. La comisión de tres hechos punibles, quiere decir, que el agente haya perpetrado una pluralidad delictiva separables en el tiempo y en el espacio, pero unidos por una identidad personal; el legislador no ha señalado expresamente que debe tratarse de delitos reprimibles con pena privativa de libertad, pero esta condición se deduce del segundo párrafo del articulado, por ende, se excluyen la posibilidad de que las penas restrictivas y limitativa de derecho puedan comprenderse en este precepto.

A diferencia de la Reincidencia, no se exige que sobre los hechos punibles cometidos recaiga una sentencia condenatoria firme y consentida; en tanto se trate de delitos objeto de condena anterior, deberá aplicarse la Reincidencia, se excluye la posibilidad de que ambas instituciones puedan aplicarse en forma conjunta, lo que significaría una vulneración al principio del *non bis in idem*.

- b. La perpetración de los tres hechos punibles tiene que haber dado lugar en un lapso que no exceda de cinco años, de no ser así, la figura aplicable sería la de un Concurso real de delitos. Se excluye de esta hipótesis, que se pueda fundar la Habitualidad delictiva en un delito continuado, pues esta figura parte de una unidad de resolución criminal que no se agota en el tiempo, cuya prosecución material supone una identidad de realización típica.

El precepto no lo dice, pero, consideramos que puede tratarse en delitos consumados u tentados (forma de imperfecta ejecución), siempre y cuando la modalidad no acababa sea punible según la particularidad de cada tipo penal en concreto. Al igual que en el caso de la Reincidencia, los tres hechos punibles

968 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *La Ley y el Delito*, cit., p. 542.

969 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *La ley y el delito*, cit., p. 542.

cometidos deben revelar una esfera subjetiva del injusto referida únicamente al dolo, por lo que, los delitos culposos no ingresan a este ámbito de valoración, asimismo las faltas.

Ahora bien, la concurrencia de los presupuestos antes anotados, daría lugar a la Habitualidad como circunstancia agravante, pero, en esta misma línea, estaríamos también frente a un «Concurso real de delitos». Nos preguntamos, entonces: ¿Cuál es la diferencia entre ambas instituciones? ¿Es qué acaso el legislador no se olvidó de dar un plus de disvalor personal a la «Habitualidad», que necesariamente habría de remitirlo a la «peligrosidad», será que éste no reparó en este elemento, o que no quiso incluirlo a fin de no quedar al descubierto la orientación de la reforma penal emprendida?

Lo cierto y concreto es que la Habitualidad tal como se ha previsto normativamente, ingresaría a zonas confusas de delimitación aplicativa en relación con el Concurso real de delitos. Se necesitaría, por lo tanto, de añadir el elemento "*peligrosidad*" en su composición normativa, que es en realidad el presupuesto necesario para fundamentar esta circunstancia agravante. Como apuntaba Ángel G. Cornejo, no basta la perpetración de tres crímenes para constituir el hábito al delito, pues, se requiere además, que la naturaleza y modalidad de aquellos, los móviles y el género de vida del delincuente, le den los relieves de un criminal nato e incorregible⁹⁷⁰.

Mientras que la Reincidencia se acerca a una culpabilidad por el hecho cometido, siempre y cuando se cumplan las condiciones anotadas en el acápite correspondiente, la Habitualidad encarna una caracterización propia del autor, incidiendo en su carácter o mejor dicho en su conducción de vida, pues, en este último caso no interesa la certeza de que éste volvió a reincidir, que sólo puede emanar de una sentencia condenatoria, sino que basta que varios delitos independientes entre sí puedan ser atribuidas a un solo autor en un determinado lapso de tiempo. Son los delincuentes habituales en sentido estricto; ningún hábito de un delito determinado o de grupos de delitos, sino inclinación a la criminalidad en general⁹⁷¹.

La problemática, ha de verse, de cómo diferenciar la «Habitualidad» de un Concurso real de delitos (artículo 50º del CP), cuando en este último, el agente comete una pluralidad de delitos, en un lapso de tiempo que no exceda de cinco años, los cuales son objeto de persecución penal en una unidad procesal, presupuesto que también se cumple en el caso del artículo 46º-C.

970 Citado por PEÑA CABRERA, R.; ob.cit., p. 290.

971 SAUER, Guillermo; *Derecho penal. Parte General*. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, cit., p. 239.

¿Qué sucedió en realidad?, simple, el legislador, a efectos de no quedar al descubierto, en cuanto al entendimiento de la Habitualidad como una expresión de un Derecho penal de autor, prescindió del factor «Peligrosidad».

El CP de 1924, establecía como requisito indispensable de la «Habitualidad», la declaración del «estado de peligrosidad», que según el artículo 116º, ésta se valora, además del número de delitos, por la naturaleza y modalidad empleada, por los móviles, y por el género de vida.

Dicho lo anterior, la mayor alarma social, es consecuencia de la peligrosidad que revela el autor, como característica de su personalidad, por su conducción de vida.

Queda, mas que claro, que la «Habitualidad», es una expresión directa de un «Derecho penal de autor», que pocas legislaciones penales cuentan en su seno; aquellas que se fundan en un Derecho penal democrático no tuvieron mas salida que expulsarla de la codificación penal.

La Habitualidad como estado de peligrosidad delictiva, nos retrotraen a retrogradadas Leyes, como la Ley de Peligrosidad Social (Ley N° 4891 del 18/03/24, ampliado posteriormente por el DL N° 11004 del 08/04/49⁹⁷²). Así, en Alemania, la Ley de Delincuentes Habituales de 1933, que prescribía una pena de presidio a la tercera condena si la “valoración global de los hechos pusiera de relieve que el autor “es un delincuente habitual peligroso”⁹⁷³.

El TC, concluye señalando lo siguiente:

52. *El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139º, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44º de la Constitución.*

972 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *El Control de Identidad Policial. El retorno a un Estado de Policía y a un Derecho Penal de Autor*. En: Actualidad Jurídica, Tomo 131 – octubre del 2004, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, cit., p. 93.

973 Así, ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 188.

53. *En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegiado no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución.*

Primero, nos preguntamos: ¿Cómo podrá distinguir el juzgador la Habitualidad con el Concurso real de delitos? la única forma, será penetrando en la personalidad del autor, a pesar de que *lege lata*, no se haya incluido el pronóstico de peligrosidad, lo cual vulnera el principio de Culpabilidad por el acto y el principio de legalidad material, propiciando un estado de indefinición, que a la postre va a generar inseguridad jurídica.

Segundo, se acoge nuevamente, el mismo discurso, que en el caso de la Reincidencia, anotándose que también es una obligación del Estado, proteger otros bienes jurídicos constitucionales, como la Seguridad Pública, la Seguridad Ciudadana, etc. La ideología del maximalismo penal, del eficientismo, que nos lleva a la represión de las libertades individuales, so pena de garantizar los fines colectivos, pues, como se dijo, estos últimos no constituyen verdaderos «derechos fundamentales», se constituyen en la plataforma legitimadora del Derecho penal, para hacer rajatabla de los principios rectores que limitan la política criminal, basada en doctrinas autoritarias, que degradan la propia dignidad humana.

Ahora bien, quedaba por responder la pregunta, en lo que respecta: ¿A qué si la Reincidencia y la Habitualidad son manifestaciones descriptivas del Derecho penal del enemigo? pues, queda claro que sí, precisamente, esta posición argumental, abandona las garantías materiales y procesales, ante todos aquellos individuos que forma permanente y/o definitiva han desconocido las normas mínimas de una convivencia social pacífica, v.gr., los terroristas, así como Mezger, cuando hacía alusión a la llamada «enemistad con el derecho».

El discurso del «Derecho penal del enemigo», cala irremediablemente en un «Derecho penal de autor», pues se describe una determinada categoría del sujeto conforme a una determinada actitud. Lo que decide sobre la pertenencia al grupo de los enemigos no es el hecho (Derecho penal del hecho), sino las características del autor (*Derecho penal de autor*)⁹⁷⁴; donde el «enemigo» es una fuente de peligro, al que no cabe otra opción que neutralizarlo.

974 AMBOS, K.; *Derecho Penal del Enemigo*, cit., ps. 137-138.

3. A modo de Conclusión

Sólo cabe decir, que a nuestra modesta opinión, el TC, perdió una oportunidad muy valiosa (invaluable), de hacer respetar la constitucionalidad normativa, sobre esta irrazonable orientación político criminal, que ha seguido el legislador en los últimos años; tal vez, la necesidad por garantizar un estado de percepción cognitiva hacia la población, en lo que Seguridad Ciudadana refiere, haya primado, en vez de reivindicar los valores y derechos y principios fundamentales de los ciudadanos, que gozan de reconocimiento constitucional.

Los principios de «culpabilidad», de «proporcionalidad», de «humanidad de las penas», de «prevención especial positiva», de «subsidiariedad», nacieron precisamente como medios de interdicción a la arbitrariedad pública, como rasgo esencial de un «Estado Constitucional de Derecho», que lo distingue claramente de un «Estado de Policía».

En un orden democrático de derecho, los individuos sólo pueden ser objeto de punición, por lo que hicieron y no porque lo que son, cuando se exterioriza una lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico –merecedor de tutela penal-. La pena importa la reacción estatal, ante dicho hecho, pero ésta ha de fijarse con respecto a la Culpabilidad por el acto, la que no puede sobrepasar lo marcos penales impuestos en la norma de sanción aplicable, si esto no es así, una mayor pena adquiere justificación en factores ajenos a la conducta, nos referimos a la personalidad del autor, por lo que tanto la «Reincidencia» como la «Habitualidad», constituyen anacrónicas figuras propias de un Derecho penal de autor.

El autoritarismo adquiere siempre diversas caretas, el Derecho penal del enemigo es una de ellas, orientación que ha de ser frenada, a fin de cautelar el contenido material de los derechos fundamentales. Y esta es una declaración que se desprende de cara a una posición “constitucional”.

4. CUESTIONES BÁSICAS AL MOMENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

4.1. Tipos de Imperfecta Realización

El desarrollo del *iter-criminis* viene definido por una serie de etapas, desde una vertiente subjetiva a una fase objetiva, puesta en escena desde la ideación, por su preparación, por el inicio de su ejecución y por su fase consumativa -de plena realización típica.

Para el Derecho penal únicamente le merece reproche, los sucesos que importan una verdadera puesta en peligro para el bien jurídico objeto de tutela, cuando se crean verdaderos riesgos no permitidos, desde una perspectiva obje-

tivo-normativa, sin poder referirse únicamente a los elementos subjetivos, pues éstos sin su correlato objetivo pierden su capacidad como elementos de imputación; a tal efecto, un «Derecho penal del acto», sólo puede reprobado *jurídico-penalmente* aquellas acciones u omisiones que manifiesten actos generadores de perturbación social, ámbitos de convivencia social insoportables.

Dicho lo anterior, se reprimen conductas que ingresan al ámbito de protección de la norma, en este sentido, el inicio de actos ejecutivos conducentes a crear estados de lesión, significan ya *per se* una vulneración de la norma, pero para ser susceptibles de punición, deben objetivamente crear *un riesgo jurídicamente desaprobado*

En las «formas de imperfecta ejecución» (*tentativa*), el agente da inicio a los actos ejecutivos del delito que decidió cometer, sin consumarlo, por lo que se infiere, que la realización de la tentativa exige el dolo como elemento subjetivo del injusto y una decisión manifiesta de vulnerar un determinado tipo penal; de dicha inferencia se colige, que -tanto en la consumación como en la tentativa- el dolo viene contenido por una misma intensidad criminal, la diferencia, es de verse que en la tentativa el elemento subjetivo no encuentra un correlato fáctico-objetivo, en cuanto a la deliberación delictiva.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 16º del CP, el juzgador está facultado para rebajar prudencialmente la pena, podrá imponer, entonces, una pena por debajo del mínimo legal previsto en determinado tipo legal.

Asimismo, en el caso de la tentativa inidónea, o bien llamado «delito imposible», aquél no resulta reprimible -tanto por el objeto como por el medio empleado-, en tanto la intención del sujeto no exterioriza hechos, en si idóneos para poder afectar la integridad de un bien jurídico protegido por la norma jurídico-penal

Conforme lo anotado, la mera intención del sujeto no puede ser objeto de represión en un Derecho penal del acto; las meras manifestaciones o deseos no son punibles, en tanto no lesionen o vulneren bienes jurídicos tutelados.

Vemos, también, que el artículo 18º del CP, hace alusión a la figura del «desistimiento», cuando el agente en pleno desarrollo de la ejecución típica se desiste de consumir su plan criminal, situación que es valorada positivamente por el derecho, conduciendo, en algunos casos, a su impunidad.

El desistimiento exige la concurrencia alternativa de dos situaciones: -voluntariedad del desistimiento o impedir seriamente la producción del resultado lesivo.

La «exención», de pena se fundamenta entonces, en el *aspecto volitivo*, por lo que desistir de consumir el delito a efectos de circunstancias extrañas a la persona del agente: no haber procurado llevar los medios necesarios o por

ser descubierto *infraganti*, no suponen un acto de verdadera voluntariedad, sino un delito frustrado (*Fahlgeschlageneversuch*), que por su distinta naturaleza no puede ser contemplado, mediando un tratamiento punitivo de corte favorable.

4.2. El Concurso Ideal

El «concurso ideal», representa una figura jurídica comprendida por una sola acción u omisión que vulnera varios tipos penales, de igual o de naturaleza distinta, es decir, mediante un único emprendimiento conductivo pueden resultar lesionados varios bienes jurídicos.

La acción u omisión deben ser entendidos desde un aspecto normativo, mas no desde una visión mecanicista de las cosas, en tanto una acción en sentido jurídico-penal puede estar constituida por una serie de impulsos físicos, ejemplo: el robo, que implica realización de una violencia física o intimidatoria, y un apoderamiento o sustracción.

Observamos, entonces, que el concurso ideal de delitos supone: identidad de acción o de omisión, identidad del autor y varias infracciones de un mismo tipo penal o de distinta naturaleza, comprendidas en una unidad de resolución criminal.

En el caso del concurso ideal, el legislador definió, según la redacción original del artículo 48º del CP, el sistema de absorción o de exasperación; que fuera relativizado de forma significativa, vía la dación de la Ley N° 28730 del 2006, dando paso a un Sistema Acumulativo Jurídicos de penas

Asimismo, el artículo 48º, dispone normativamente, *que las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones.*

Siendo así, se establece, la garantía de la vigencia normativa de las medidas de seguridad, como una opción de sanción frente a los autores, privados de discernimiento así como la aplicación de las penas accesorias (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días-libres y la inhabilitación), cuando según la naturaleza del injusto o las particularidades del reproche personal así lo aconsejen.

4.3. El Concurso Real

El «concurso real», importa también una ficción jurídica elaborada por el legislador, que encuentra sustento sustantivo y procesal desde variables homogéneas, con las propuestas en el concurso ideal, aunque valgan verdades, existen diferencias importantes, en lo que respecta a los resultados que conlleva cada uno de ellos; es muy distinto, una plural vulneración a una norma

jurídico-penal, a través de una sola acción u omisión y, otra muy distinta, que en tiempos y lugares distintos, el autor, proceda a vulnerar varias normas penales; por consiguiente, la represión en el caso del concurso real, debe adquirir una mayor magnitud, lo que se ajusta cabalmente a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Son entonces, varias acciones u omisiones, que toman lugar en tiempos fraccionados y en secuencias distintas, sólo que a efectos de tratamiento procesal y de punición, se les integra, mediante una operación abstracta contenida por una supuesta unidad de resolución criminal.

Esta figura jurídica puede ser de naturaleza homogénea o heterogénea; la primera de ellas cuando el bien jurídico lesionado o puesto en peligro es de la misma naturaleza jurídica y, el segundo de ellos, cuando los bienes jurídicos vulnerados son de distinta naturaleza, por ejemplo: el agente que ingresa ilícitamente, es decir, sin el consentimiento del morador (violación de domicilio), y luego en su interior, vulnera la libertad sexual de uno de sus moradores (violación a la libertad sexual).

Desde aristas de estricta punición, se impondrá la pena del delito más grave, es decir, mediante el sistema de absorción de penas⁹⁷⁵, no obstante, el juzgador deberá tener en cuenta los delitos de conformidad con el redacción normativa propuesta en el artículo 50º del CP, a efecto, de poder graduar la penalidad, de conformidad con un reproche jurídico más intenso, pues, el agente desobedeció la vigencia de las normas en varias oportunidades, lo que implica una reacción jurídica de mayor drasticidad.

Resultando, que luego de la reforma producida por la Ley N° 28730, la reacción penal, ya no puede ser concebida conforme el sistema de absorción de penas, en la medida que rige ahora, el sistema acumulativo de penas, mas en sentido jurídico, pudiendo el juzgador, sumar las penas privativas de libertad, para cada uno de los delitos, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de los 35 años.

975 En el caso del Código Penal español de 1995, los artículos 75º y 76º *in fine*, resuelven la punición del concurso real de delitos mediante la acumulación de las penas aplicables. En este caso la "acumulación material" supone el cumplimiento simultáneo o sucesivo de todas las penas resultantes, pero, limitado por una "acumulación jurídica", que fijan topes de gravedad a la acumulación material, la cual no puede superar el triple del tiempo de la pena más grave, ni en principio los 20 años, el cual se amplía a los 25-30 años en función de los delitos acumulados. El máximo es entonces de 30 años; así, BOLDOVA PASAMAR al señalar que dicha acumulación presenta dos modalidades: por una parte, la acumulación simultánea de las penas, por otra, la acumulación sucesiva de las mismas, dependiendo para uno u otro caso de la naturaleza y de los efectos de las diversas consecuencias penales que corresponda imponer; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., ps. 215-216.

4.4. El Delito Continuado

El «delito continuado», importa una genuina ficción jurídica, mediante la cual se comprende en un único tratamiento punitivo, una conducta de un autor que vulnera sistemáticamente en el tiempo, una ley penal igual o de semejante naturaleza; en cuanto acciones u omisiones, conectadas temporalmente, en mérito a una unidad de resolución criminal.

A diferencia de lo que sucede con la figura del concurso real, en aquél el contenido material del injusto, no revela una intensidad lo suficiente, como pare merecer una valoración jurídico-penal, de forma independiente; por lo que se acude a una valoración integral, de todas aquellas acciones u omisiones, que puedan ser concatenadas, según la idea de un mismo sujeto infractor, dando lugar a disvalor antijurídico, lo suficiente para legitimar la activación de la persecución penal así como de la sanción punitiva, v.gr., se aplica, entonces, al ladrón del tercer o del cuarto hurto, como el cajero del banco que día tras día va sustrayendo cincuenta soles de la caja del cajero vecino, pero que llegado al fin de mes resulta que se ha apoderado ilícitamente de 1000 nuevos soles, como se observa; si se hubiese recogido una desvaloración tomando en cuenta día por día, no sería constitutivo de delito, sino de una falta contra el patrimonio, mas no un hurto.

En caso de que estas manifestaciones conductivas, constitutivas de tipicidad penal, hubiesen afectado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave; previsión normativa de agravación, viene a componerse en el denominado «delito masa», en aquellos donde los efectos perjudiciales del delito se extienden a un número indeterminado de personas.

Finalmente, debe verse que la aplicación del delito continuado quedará excluido, cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos pasivos distintos.

La protección punitiva de los valores fundamentales, requiere de una enérgica respuesta estatal, conforme a las necesidades de prevención general, impidiendo un tratamiento sancionador morigerado en sus efectos.

4.5. Autoría y Participación

En nuestro Sistema Penal, rige por el principio de «accesoriedad» en la participación», es decir, aparte del autor que ostenta el dominio del hecho, se identifican a otros participantes, que sin contar con dicho dominio, prestan una contribución importante al hecho, para que el autor pueda alcanzar la perfección delictiva.

Dichas aportaciones, atribuibles a las personas de los partícipes, pueden a veces resultar imprescindibles para la realización típica del delito, por lo que, el legislador ha otorgado un distinto nivel de valoración, conforme al grado de importancia de la contribución delictiva

Dicho lo anterior, los partícipes reciben, en principio, una pena atenuada en relación al autor; lo cual no se corresponde con la previsión legal contenida en el artículo 25º del CP, cuando se dice a la letra que: *al cómplice secundario se le podrá disminuir prudencialmente la pena, en cambio, el cómplice primario será reprimido con la pena prevista para el autor*. A nuestro entender, un sistema —en esencia valorativo—, debe hacer una distinción entre las formas de participación delictiva, a tal efecto, el autor debe recibir siempre una pena más grave, en comparación del cómplice primario, con arreglo al principio de culpabilidad.

Aparece también, la figura de la «Instigación», cuando la persona de atrás, provoca o determina el dolo en otra persona que finalmente va a realizar materialmente el hecho típico, pues éste sabe a ciencia cierta que su accionar está dirigido a lesionar un objeto; en esta hipótesis, quien ostenta el dominio del hecho, es el hombre de adelante, esto es, el instigado, pues aquel en todo el decurso del acontecer típico, tiene la posibilidad de frustrar el evento delictivo.

En estos casos, el plan criminal está anteladamente prefijado, en función de un fin preordenado por la mente del autor⁹⁷⁶.

La distinción es a todas luces relevante, al momento de determinar judicialmente la pena, tomando en cuenta que el artículo 24º del CP, dispone que *el instigador será reprimido con la pena del autor*, punición que no conciliamos, según los dictados del principio de proporcionalidad, pues, si bien el autor material obra influido psicológicamente, es quien tiene siempre la última decisión, el influjo psíquico no puede ser valorado de tal magnitud, como la concerniente al autor mediato, que en definitiva es un autor material artificial⁹⁷⁷.

Lo postulado, cobra vital importancia en el marco de los llamados «delitos especiales propios», donde el legislador ha previsto una exigencia normativa a efectos de ser considerado autor de estos delitos; tal como se describe en algunos de los tipos penales comprendidos en el Título XVIII del texto punitivo, se exige la condición especial de funcionario o servidor público para poder ser

976 Cit. WELZEL; *Teoría de la acción final*.

977 La misma crítica recae sobre la pena que se impone al cómplice primario, que es la misma que la del autor, lo cual no consideramos lógico, en tanto, nos preguntaríamos para qué sirve todo el esfuerzo dogmático para distinguir entre el autor y el partícipe, si al final de cuentas reciben el mismo *quantum* de pena. En cambio, el Código Penal español, en su artículo 63º dispone a letra que: *"A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito"*.

calificado como autor, sólo aquel que se encuentra revestido de los poderes funcionariales, en cuanto relación laboral de derecho público, puede quebrantar los principios jurídico-constitucionales que guían el proceder de la Administración Pública, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, en cuanto infracción del deber funcional, cuando asumen la posición de garantes, del objeto material que le es confiado en razón del cargo público o cuando hacen un uso excesivo de las potestades y facultades que le confiere la Ley; sólo el intraneu, puede ser considerado autor, quien al momento del hecho, tenía dicha condición y aprovechándose de dichas esferas de organización institucional, perpetra el injusto funcional; quebrantamiento, que nunca podrá ser atribuido a los extraneus, quienes al carecer de dicho revestimiento funcional, no pueden ser considerados autores a efectos penales, sin defecto, de poder ser valorada su contribución al suceso delictivo, como una de participación delictiva; de forma, que el sujeto público, al quebrantar la normativa que regula su actuación funcional, es quien deberá recibir una penalidad agravada, al provocar una defraudación social legítima, ello podemos verlo en toda su manifestación, cuando comparamos los marcos penales del delito de Apropiación ilícita con el de Peculado.

Conforme lo anotado, el injusto en los delitos contra la administración pública se fundamenta en que los funcionarios son personas especialmente obligadas por una vinculación jurídica con la Administración Pública⁹⁷⁸.

Por lo expuesto, queda claro, que únicamente el funcionario o servidor público -que infringe el deber encomendado- puede ser considerado autor, donde el partícipe (*extraneu*) únicamente podrá ser considerado como cómplice -primario o secundario- de acuerdo al grado del aporte delictivo, conservando así, el principio de la «unidad en el título de la imputación», siempre y cuando, actúe en comparsa criminal en pleno desarrollo del *iter-criminis*, pues luego de consumado el delito, estos tipos ya no admiten formas de participación, por lo que la intervención del particular deberá ser tipificada de acuerdo al ámbito de aplicación de los delitos comunes.

En el caso, de la admisión dogmática de una instigación por parte de un sujeto no cualificado hacia un sujeto cualificado (funcionario), la doctrina se encuentra dividida; para quienes así lo consideran, aseveran que⁹⁷⁹ la inducción a un funcionario a prevaricar por un *extraneu*, es punible, según el artículo 14.2 del CP español, no exige que el inductor sea cualificado en los delitos especiales propios.

978 SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; *Los Delitos Consistentes en la Infracción de un Deber*. En: La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal. Editorial Grijley, p. 164.

979 Cfr., CANDIDO CONDE-PUMPIDO GERREIRO; *Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III, Primera edición. Editorial Trivium S.A., Madrid, 1997, cit. ps. 3845-3846.

Vemos, que el artículo 24° del CP nacional, no considera una calificación especial para poder ser considerado instigador en un delito especial propio; sin embargo, las reglas de la parte general son fórmulas generales que no aducen a especiales consideraciones, conforme a su aplicabilidad en los tipos penales de la Parte Especial, es decir, los tipos legales especiales, hacen una relevancia típica especial, en cuanto a una punición que se orienta a todos los sujetos investidos de una función pública.

4.6. En los Injustos Imprudentes

Según las aristas de una política criminal moderna, no sólo resultan objeto de punición las conductas dolosas, aquel proceder conductivo, merced del cual, el agente dirige concientemente su accionar a lesionar o poner en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado–; esta es la imagen tradicional y convencional de la criminalidad; descripción dogmática que no se sujeta a las nuevas formas de la criminalidad, entendiéndolo, que los individuos, no en pocas veces, afecta la integridad u intangibilidad de los bienes jurídicos, pero en este caso, el autor no sabe que la conducta que esta emprendiendo esta generando un *riesgo jurídicamente desaprobado*, en el sentido de infringir una norma de cuidado, susceptible de lesionar un bien jurídico; por tales motivos, aparece en escena el denominado «injusto imprudente», de gran aplicación en la práctica, pues podría decirse en rigor, que a la sociedad actual, en cuanto a la generación de focos de conflictividad social, el delito culposo asume un gran protagonismo, producto de las continuas y permanentes deficiencias conductivas de los individuos, cuando ejercitan y desarrollan una serie de actividades socio-económicas-culturales.

Dicho lo anterior, a que este estudio interesa, el juzgador, al momento de definir la pena justa, apegada a los fines preventivos de la sanción punitiva, ha de graduar la penalidad aplicable, conforme a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, incidiendo en un plano de graduación distinto, que ha de verse de la comparación entre el injusto doloso y el injusto imprudente. Resulta más que lógico, que quien emprendió una conducta, de forma conciente y, a veces voluntaria, haya de recibir una sanción punitiva más drástica, que aquel que provoca la lesión de un interés jurídico, en mérito a un proceder conductivo defectuoso.

Cabe indicar, también, que la realización de la modalidad culposa requiere también la constatación de la infracción de una norma de cuidado, que a su vez genere un *riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión a los bienes jurídicos fundamentales*, sin que medie un conocimiento efectivo y/o virtual del peligro creado por el comportamiento prohibido, pues de ser así, la incriminación habría de ser *dolosa*.

Conforme lo anotado, se considera, que el mayor disvalor que producen los delitos dolosos, se fundamenta en la intencionalidad directa a lesionar o poner en peligro intereses jurídicos tutelados; *contrario sensu*, en los delitos culposos el menor disvalor radica en la inobservancia del cuidado al momento de realizar la conducta peligrosa.

Es de verse, por tanto, que el contenido material del injusto imprudente exige una respuesta punitiva atenuada en relación al injusto doloso; con arreglo a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad; aspecto que no se respeta en rigor, conforme se advierte de la figuras preterintencional sancionada en el núcleo de los delitos convencionales, como es el caso del Robo agravado seguido de muerte, Secuestro seguido de muerte, Violación sexual de menor de catorce años seguido de muerte, etc.; siendo que ahora, el Homicidio Culposos en concurso con dichos injustos, recibe una penalidad más grave (*pena de cadena perpetua*) en comparación con el tipo penal de Asesinato.

En palabras de GIMBERNAT ORDEIG, si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso sería un abuso de la potestad penal, ya que, dada la estructura del delito imprudente, con la elevación de la pena no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil⁹⁸⁰.

Es de verse, que estadísticas criminales, grafican que las causas de muerte por eventos imprudentes arrojan cifras alarmantes, sobre todo en el ámbito del tráfico rodado y en el ámbito de la práctica médica. Sólo en Lima el 70% de los fallecimientos (tasa de mortalidad) resultan de la producción de accidentes de tránsito, sea por lesión de las normas de tránsito (inobservancia de reglas técnicas de tránsito) sea por el estado de embriaguez o de ingestas estupefacientes del conductor.

Luego, vemos que el legislador ha previsto la pena de inhabilitación como pena accesorio en ambos supuestos de carácter imperativo para el juzgador, en tanto el artículo 40° del CP, dispone normativamente la inhabilitación también como pena accesorio, pero de naturaleza facultativa para el juzgador.

980 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?*, cit., p. 38.

CAPÍTULO XXXIV

LA CONVERSIÓN DE PENAS

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. El Sistema de Conversión en el Código Penal. 3. Revocación de la Conversión. 4. Conversión de la Pena de Prestación de Servicios a la Comunidad y Limitativa de Días Libres. 5. La Conversión de Penas. 6. Conversión de la Pena de Multa.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Conforme lo esbozado, -en capítulos precedentes-, la pena privativa de libertad se ha constituido en el viejo paradigma del programa de la *prevención especial positiva*; muy a pesar, de la realidad desoladora que desgarrar esta respuesta de punición, no resulta aconsejable su aplicación, tanto por cuestiones presupuestales, materiales, logísticas, etc.; como su inapreciable forma de degradar al ser humano, al instituir arquitecturas, carentes de las mínimas condiciones para viabilizar la rehabilitación social, de quien con su proceder antijurídico, lesionó o puso en peligro los bienes jurídicos fundamentales, del individuo y del colectivo.

La crisis penitenciaria denunciada, importa la imperiosa necesidad, de buscar nuevas alternativas, de formular otras soluciones al sistema de punición, que sin sustraerse de los fines preventivo generales, en cuanto a la intimidación y, en lo que respecta a los cometidos de justicia, pueda en realidad, encauzar una respuesta que viabilice la ansiada rehabilitación social; de no ser así, seguimos entrampados en una problemática, en un espiral de violencia que no tiene cuando acabar; contener las diversas formas de delincuencia, requiere de una política criminal creativa, valorativa y racional, susceptible de poder ofrecer respuestas adecuadas a la naturaleza y contenido del injusto penal.

No puede concebirse a la pena privativa de libertad, como la sanción preferible y única del sistema, todo lo contrario, aquélla debe reservarse para los

crímenes de mayor ofensa social; para los delitos de bagatela, para los injustos de mínima y mediana criminalidad, se debe hacer uso de mecanismos alternativos, que manifiesten una menor dosis de aflicción a la persona del condenado, entre estos aparece la denominada «Conversión de Penas».

La crisis del Estado benefactor así como del «*Welfare State*», donde se encaminó la productividad económica a través de una mayor injerencia estatal en el mercado de capitales y de trabajo, que pretendió cerrar las brechas de verticalidad social entre los estratos o capas sociales, fracasó en dicho intento, pues, existían factores de exclusión difícilmente de afrontar, es decir, en Estados capitalistas basados en el libre mercado, siempre coexisten intereses de poder expresados en la política y en la economía, conformando alianzas estratégicas, con el afán de preservar y de incrementar sus cuotas de reparto en el circuito económico de la actividad productiva.

Es de verse, entonces, que la verticalidad de sociedades como la nuestra, en vez de reducirse se ensancha, propiciándose mayores ámbitos de conflictividad social, que algunas veces trasciende en el ámbito criminal; gente excluida, que en el objetivo de hacerse de medios de subsistencia, lesiona los intereses jurídicos ajenos; una descripción del estado de la cuestión, que invita a la reflexión, al análisis, que haya de incidir en la política criminal, mediando la reformulación de nuevas respuestas sancionadoras al hecho delictivo.

Aparece así, una justicia penal, que descarga su poder, tomando en cuenta las características y particularidades del sujeto infractor; sabedores, que en un Estado Constitucional de Derecho, rige el principio de igualdad, ello quiere decir en cristiano, que ningún ciudadano puede estar por encima de la ley penal; todo aquel, que con su proceder conductivo, propicie la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos —amparados por el Derecho penal—, han de recibir una sanción, con arreglo a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad; empero, la realidad demuestra, que a ese Derecho penal formal, se opone una visión real muy distinta, pues sólo sobre la criminalidad marginal y convencional, es que recae la respuesta sancionadora en toda su intensidad, situación distinta, ha de verse, en aquella criminalidad, privativa de sujetos pertenecientes a las altas esferas de la sociedad peruana, que merced al poder político y al poder económico, logran sustraerse de una segura punición, muy a pesar de los esfuerzos de un sector de la judicatura, que ha empezado a dictar sus decisiones con todo rigor, sin interesar quien es el imputado, como hemos podido apreciar en sentencias del máximo tribunal de justicia de nuestro país.

La situación descrita, conduce irremediablemente a la generación de un ambiente de resentimiento y de un sentimiento de injusticia, factores y situaciones, que nada contribuye, en la formación de un verdadero Estado de Derecho.

Como bien apunta ZAFFARONI el principio de igualdad constitucional no sólo se viola con los fundamentos de la ley, sino también cuando cualquier autoridad hace una aplicación arbitraria de ella⁹⁸¹. Lo importante, por tanto, es ampliar las bases del Derecho penal, más de base material que formal, que tienen por objeto la adecuación a los principios jurídico-constitucionales que sostienen el sistema de punición.

Ante una criminalidad, así delineada, se reacciona en forma masificada, constituyéndose la prisión en un recinto de productividad ante una mano de obra barata, basado en el trabajo forzoso⁹⁸², que luego ante el fenómeno de la superpoblación carcelaria y ante las protestas de los afectados, el problema carcelario se desbordó a límites incontrolables; problemática aquella, que los Estados nacionales -en virtud de sus carencias materiales- no estaban en condición de enfrentarla coherentemente.

Es por lo expuesto, que la prisión se convirtió en una especie de institución cerrada, de plena custodia por parte de la administración penitenciaria, que por sus características inhumanas, muy poco podía hacer para cumplir con la meta lleva a la *prevención especial positiva*.

En el caso peruano, las instituciones penitenciarias, que el CP abrogado contemplaba, resultaban ineficaces para poder abordar racionalmente este grave problema.

Un sistema de punición más llevado a la represión que a la prevención, influenciado por una metodología cerrada y poco creativa del Positivismo Criminológico, habría de incidir en una situación poco alentadora para los visionarios humanistas, que se esforzaban por construir un sistema penal, que pueda ofrecer soluciones reales al crimen, desde una plataforma en puridad *preventiva*.

Felizmente, el legislador del 91, comprendió que esta problemática necesitaba abordarse desde una reforma coherente, a la luz de las nuevas aproximaciones dogmáticas, de las nuevas formulaciones político-criminales, que en específico, pueda ofrecer un abanico de respuestas, a un fenómeno de tanta complejidad, como es el crimen; quienes se apegan al concepto estricto de legalidad, habrían de encasillarse en la naturaleza retributiva de la pena, contrario a los postulados preventivos, que encaminaron toda la reforma penal en Latinoamérica y Europa continental.

981 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Política Criminal Latinoamericana Perspectivas - Disyuntivas*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina.

982 Características identificables en el Sistema de Auburn, con establecimientos cerrados, que resultan económicos en su construcción. El sistema de vida carcelaria se basa en el trabajo diario de la población carcelaria de naturaleza forzosa. Combina, el aislamiento celular por la noche, con el trabajo común durante el día (A más detalles ver *infra* cap. "Sistemas Penitenciarios").

Conforme lo anotado, el CP de 1991, supuso la posibilidad de incluir mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, de forma específica, sustituyendo a las cortas penas privativas de libertad, que en la práctica carcelaria se constituyen en un obstáculo para lograr la ansiada rehabilitación del reo. Pues, como apunta QUINTERO OLIVARES, aun el ingreso por un breve tiempo en prisión no permite la realización de ninguna de las supuestas tareas educadoras y, en cambio, tiene todas las desventajas de la cárcel, es decir, el contagio criminológico, por una parte, y la estigmatización social como ex recluso, por otra⁹⁸³. Su brevedad imposibilita todo régimen progresivo de reeducación y, sin embargo, tan reducido espacio de tiempo es suficiente para la perversión y contagio carcelario del que la sufre, y para hacerle perder la continuidad en el trabajo y en la vida familiar⁹⁸⁴.

En resumidas cuentas, podemos decir, con rayana seguridad, que las cortas penas privativas de libertad, se muestran en mecanismos ineficaces, en alcanzar el fin de prevención especial positiva; resulta todo un despropósito recluir a quienes han cometido un injusto penal de mínima insignificancia de contenido material; en tales circunstancias, lo aconsejable es una sanción que no suponga la privación de libertad del penado.

La reacción penal en el marco del Estado de Derecho, debe ser proporcional a la magnitud del injusto y a la intensidad del reproche personal, en tanto, la prisión se caracteriza por ser una institución perniciosa y disocializante para la personalidad del penado, la *rehabilitación social*, debe ejecutarse en la medida de lo posible en un ambiente de libertad.

Dicho lo anterior, la aplicación de una corta pena privativa de libertad para agentes de delitos mínimos, únicamente se sustenta en las necesidades de prevención general⁹⁸⁵; más, conforme la postura –adoptada por nosotros–, deben primar las necesidades preventivo-especiales, en cuanto las posibilidades rehabilitadoras del penado en un sistema abierto, que permita viabilizar los enlaces del condenado con la familia y con la sociedad.

Así concebida la situación, la reforma penal apunta a su racionalización, y, en este sentido, los mecanismos sustitutivos aparecen como una opción interesante y bastante aconsejable.

Existe, por ello, desde finales del siglo pasado un intenso y cada vez más rico movimiento ideológico favorable a la supresión de dichas penas (cortas

983 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 656.

984 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 82.

985 Desde otro prisma, PEÑA CABRERA, R.; señala que incluso la intimidación es hoy objetada, pues el delincuente al momento de realizar el hecho delictivo, cuenta por no ser descubierto, por lo que la gravedad de la pena no es de su preocupación; op. cit. De ahí la Cifra Negra de la Criminalidad.

privativas de libertad), proponiéndose diversas alternativas para llenar el vacío que se produzca⁹⁸⁶.

Estos mecanismos «sustitutivos» o «alternativos» a la prisión, se comprenden en toda un complejo, de nuevas respuestas punitivas, integradas en el denominador común de la ejecución en libertad y bajo el paradigma del modelo apegado a la prevención especial positiva.

El texto punitivo peruano, siguiendo la orientación político criminal, encaminada al modelo de la prevención especial positiva, incorporó en sus artículos: 55º y ss., una serie de mecanismos de conversión o suspensión de la pena privativa de libertad, en determinadas situaciones, que en mérito a la mínima penalidad, requieren de una respuesta punitiva diferenciada, que gracias a estos mecanismos, confieren al juzgador, la potestad de prescindir de una corta pena privativa de libertad, evitándose así sus efectos perjudiciales -tanto para el penado como para la sociedad-.

2. EL SISTEMA DE CONVERSIONES EN EL CÓDIGO PENAL

Mediante el sistema de conversión de penas, el legislador ha previsto la posibilidad de que el juez pueda sustituir o reemplazar una pena privativa de libertad, por aquellas comprendidas como "medidas limitativas de derecho", en concreto, la conversión podrá operar con la pena de multa, con la de prestación de servicios a la comunidad o con la de limitación de días libres. El precepto prevé como condición para la conversión, la improcedencia de la condena condicional (suspensión de la ejecución de pena) o de la reserva del fallo condenatorio, es decir, a tales efectos la conversión amerita un injusto de menor gravedad, puesto, que las figuras jurídicas mencionadas son de aplicación en injustos de mayor gravedad en razón de la sanción penal aplicable. La ratio de la norma reside en prescindir de la pena privativa de libertad, en razón de su carácter innecesario y de evitar sus efectos perniciosos para el penado, para lo cual la norma exige que la pena privativa de libertad sea no mayor de dos años en el caso de la conversión por la pena de multa, y, en el caso de la conversión por la de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, la pena no sea mayor de cuatro años de pena privativa de libertad.

Hasta antes de la dación de la Ley N° 27186 del 20/10/99 que modificó el artículo 52 del Código Penal en comento, se producía una confusión en cuanto al *quantum* fijado como tope para la procedencia de la conversión, siendo esto contrario -como señala PEÑA CABRERA- a lo expresado en el art. 32 del C.P., como a la Exposición de Motivos, donde manifiesta que pueden aplicarse penas sus-

986 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 239.

titutivas a la pena de prisión, cuando la sanción reemplazada a criterio del Juez no sea superior a tres años, siendo al parecer un error en la redacción por cuanto el espíritu de la norma es evitar penas privativas de libertad hasta un máximo de tres años⁹⁸⁷. Ya con la modificación efectuada por la ley antes mencionada, se produce una congruencia entre la *ratio* de la institución y los requisitos para su aplicación jurisdiccional. En suma, mediante el sistema de conversión de penas el código adopta una posición en consonancia con el fin de prevención especial, de evitar la aplicación de una corta pena de privación de libertad, que implicaría su desarraigo social y la desvinculación con su familia, sustituyéndola por una pena de menor contenido aflictivo, en este (...) caso serán razones de prevención especial las que indicarán la conveniencia de que no se ejecute la pena privativa de libertad impuesta, pero serán, por el otro lado, razones derivadas de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general las que indicarán la necesidad de que se ejecute la pena; el conflicto entonces, se resuelve mediante el recurso a la sustitución de ésta por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de prevención general⁹⁸⁸. Tal como lo hemos expuesto en otro capítulo, al momento de la determinación de la pena ingresan en conflicto ambos fines de la pena aludidos por el autor español, que a nuestro criterio prima el de prevención especial en el modelo de la conversión por las singulares características del injusto, el hecho de su conversión de una pena morigerada, para nada significa renunciar a las razones de justicia y de la confirmación del orden jurídico sustentada en la prevención general positiva, aquella se plasma en el pronunciamiento judicial que resuelve la conflictividad social producida por el delito, de innegables efectos comunicativos hacia el colectivo, más bien este ideal de justicia se reafirma, cuando se revoca la conversión, debiéndose ejecutar la pena privativa de libertad fijada en la sentencia; de esta forma se combinan criterios de justicia y de utilidad⁹⁸⁹. En el ejercicio del principio ponde-

987 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

988 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 263; La sustitución de las penas privativas de libertad en el Código Penal español, es abordado por el legislador -como apunta MOLINA BLÁZQUEZ- en los artículos 88 y 89 del CP. El artículo 88 prevé la sustitución de las penas de prisión inferiores a dos años (art. 88.1) y la sustitución de las penas de arresto de fin de semana (art. 88.2), mientras que el artículo 89 trata de la sustitución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional para extranjeros no residentes legalmente en España (es obvio que este tema es de especial relevancia, en España, como en otros países de la Unión Europea, donde anualmente ingresan ilegalmente a sus territorios un gran número de emigrantes, que provocan una serie de distorsiones laborales y económicas); *La aplicación de la pena*, cit., p. 72.

989 Asimismo, la conversión de penas, tampoco implica una declinación por las necesidades de prevención general, el efecto intimidatorio de la pena no se circunscribe únicamente en

rativo, no deberá olvidarse que la pena privativa de libertad es una sanción -que en razón de sus efectos perjudiciales- deberá aplicarse subsidiariamente, cuando los otros mecanismos de sanción no resultan idóneos para la obtención de los fines normativos.

Es la crisis de la prisión que ha motivado la incorporación de estos mecanismos sustitutivos, en el marco de una novedosa formulación que encuentra plena acogida en un Derecho penal orientado funcionalmente en criterios preventivos.

Para aplicar el sistema de conversión de penas, habrá que tomarse en consideración los siguientes elementos:

1. Un día de privación de libertad por un día de multa.
2. Siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días-libres. A tal efecto, la jornada se extiende diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales (art. 34º del C.P.) o de limitación semanales (art. 35º del C.P.).

3. REVOCACIÓN DE LA CONVERSIÓN

El sistema de conversión de penas es una institución novedosa que se acoge perfectamente a una orientación de la pena a fines preventivos y de la necesidad de prescindir de la pena privativa de libertad en razón de su carácter infamante-y disocializante. El sistema de conversión reafirma la ponderación de la prevención especial en el complejo proceso determinativo de la pena sin dejar de lado las razones de justicia, en concreto la reafirmación del orden jurídico en base a valores pertenecientes al Estado de Derecho. Sin embargo, así como el Estado prevé mecanismos punitivos morigerados, también sanciona a quien no cumple con las obligaciones derivadas del sistema de conversión, es decir, el carácter coercitivo del derecho penal obliga a castigar la inobservancia del sistema aplicativo del mismo. En este sentido, el artículo 53º del CP. prescribe que: *"Si el condenado no cumple injustificadamente, con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado a la jornada de limitación de días libres, la conversión será revocada, previo apercibimiento judicial, debiendo ejecutarse la pena privativa de libertad fijada en la sentencia"*. En efecto, el incumplimiento produce una reviviscencia del contenido ejecutivo primigenio de la condena, pues, cobra vigencia fáctica la pena privativa de libertad fijada en el fallo judicial. La norma prescribe que la revocación opera previo apercibimiento judicial, es decir, el afectado con la revocatoria deberá ser notificado judicialmente, expli-

la privación de libertad, estos mecanismos sustitutivos también resultan adecuados para asegurar dichos fines.

cándose las causas y motivaciones del sentido de la resolución. Consideramos que en este efecto, el condenado podrá hacer uso del derecho de oposición, si es que cuenta con medios probatorios que sustenten que el incumplimiento obedeció a factores justificados, por lo que, el juzgador no le puede negar ese derecho, en tanto, la resolución revocatoria debe acreditar el incumplimiento injustificado.

Revocada la conversión, la pena cumplida con anterioridad será descontada de acuerdo con las equivalencias siguientes: 1. Un día de multa por cada día de privación de libertad; o, 2. Una jornada de servicio a la comunidad o una de limitación de días libres por cada siete días de pena privativa de libertad.

Asimismo, se sanciona también con revocación, al condenado que comete un nuevo delito doloso en el periodo de ejecución de la pena convertida. El precepto contenido en el artículo 54° del CP, establece que la conversión realizada según lo previsto en el artículo 52°, provoca su revocación automática -a diferencia de lo que acontece con el artículo 53° del C.P.- cuando se comete un nuevo delito doloso, reprimible con una pena privativa de libertad no menor de tres años, quiere decir, que el agente muy a pesar de ser beneficiado con el régimen convertido de penas, se manifiesta nuevamente contra el derecho, infringiendo culpablemente la norma jurídico-penal, pero únicamente sancionable bajo la esfera subjetiva del dolo del agente. Es decir, se infringe un tipo penal en su modalidad dolosa, en específico, el autor genera una conducta que supera el riesgo permitido bajo una esfera cognitiva que lo hace consciente de sus efectos perjudiciales que de ella se pueden derivar. En principio, la mayor energía criminal caracterizada en el dolo supone una mayor dureza represiva del Estado, a diferencia del delito culposos que recibe comúnmente una pena atenuada o dulcificada. Sin embargo, a raíz de una serie de factores sociológicos y normativos, la realidad social a través de una mayor intercambiabilidad de las relaciones sociales, producen una mayor posibilidad estadística de vulneración de bienes jurídicos personales, afectaciones que se producen a instancia de un actuar defectuoso del agente, que supone infringir una norma de cuidado. Esta nueva dinámica de la sociedad ha significado una estadística criminal en franco ascenso de los delitos imprudentes, que han propiciado una exasperación de los marcos penales definidos en estos injustos, obedeciendo a una necesidad cognitiva de la sociedad a partir del fenómeno de la seguridad y de un sentimiento de tranquilidad. Pues, algunos tipos penales culposos, actualmente son sancionados con penas no menores de tres años de privación de la libertad (homicidio culposos y lesiones culposas), que valga la relevancia a esta referencia, su comisión en la ejecución de la conversión no supondrá su revocación automática, pues, el precepto sólo hace alusión al delito doloso. Asimismo, si el nuevo delito cometido se encuentra sancionado con pena distinta a la pena privativa de libertad, sea de

prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres o multa, quedará al margen de la sanción revocatoria⁹⁹⁰.

Las limitaciones de la revocación se fundamentan en que la ejecución efectiva de la reclusión debe proceder de motivos poderosos e idóneos, en razón de preservar el carácter de *ultima ratio* de la pena privativa de libertad.

4. CONVERSIÓN DE LA PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y LIMITATIVA DE DÍAS LIBRES

Tal como hemos recalcado en este capítulo, el sistema de conversión de penas resulta político-criminalmente para el Estado, y, socialmente favorable a la persona del condenado, quien a estos efectos es dejado en libertad, y es obligado a cumplir su condena mediante una medida limitativa de derechos, que implican una menor dosis de aflicción para sus bienes jurídicos. Pero, así como la conversión ha sido incorporada por necesidades de prevención especial, es decir, positivamente, también puede actuar en sentido contrario, es decir, *contra rei*, como una forma de desdoblamiento. Pues, el artículo 55° del CP prescribe que: "*Si el condenado no cumple injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial...*". El precepto en comento debe integrarse sistemáticamente con los artículos precedentes, en tanto, implica también una conversión, pero, en este caso, las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días-libres han sido impuestas como penas autónomas, que en este caso son convertidas a pena privativa de libertad. A primera vista, pareciese que se termina por imponer una pena privativa de libertad a un delito que no tiene previsto esta sanción en su norma secundaria. De ahí se objetaría que se estaría arbitrariamente imponiendo una pena privativa de libertad a un hecho calificado como punible, que no merece ser reprimido con una pena tan gravosa, pues el mismo legislador lo ha considerado así en abstracto; v.gr, el caso de la injuria (art. 130°) o de la calumnia (art. 131°). Consideramos, que la conversión en sentido negativo, deberá operar exclusivamente en casos límites, es obvio, que esta decisión emana de intereses confirmatorios del orden jurídico, que ante una situación renuente del condenado de cumplir con la sanción impuesta, se responde así con la firmeza de la ley.

Asimismo, el precepto establece que la conversión en negativo, únicamente procede previo apercibimiento judicial, es decir, el juzgador debe notificar al condenado -vía una amonestación- informándole que su incumplimiento de injustificado de la pena, le traerá como consecuencia inmediata su conversión

990 Así, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Código Penal*. Cultural Cuzco. Lima, 1992, ps. 216 y 217.

de una pena de privación de libertad, como una especie de advertencia o amonestación. De igual modo, el condenado apercibido y finalmente sancionado, podrá también objetar la medida, fundamentando para tales efectos que el incumplimiento ha obedecido a razones ajenas a su voluntad, sea por caso fortuito o por culpa de un tercero, a tal fin adjuntará las pruebas que estime pertinente su defensa, pues, ante todo acto jurisdiccional que signifique una limitación o afectación de derechos, se encuentra sujeta al contradictorio y al ejercicio pleno del derecho de defensa. Convertida la pena (sea de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días-libres) por pena privativa de libertad, se procederá a descontar la pena efectivamente ejecutada según las equivalencias establecidas en el artículo 53° (*in fine*). En suma, todo dependerá de la conducta del penado, para evitar una reclusión inminente, sujetándose a los parámetros del fallo condenatorio.

5. LA CONVERSIÓN DE PENAS

El marco de una política criminal esencialmente preventiva y garantista de los derechos fundamentales, adoptada por el legislador en el CP de 1991, supuso la introducción de una serie de instituciones, las cuales se sustentan básicamente en el predominio de la prevención especial positiva; bajo la premisa de que las penas cortas de privación de libertad sólo producen efectos criminógenos para el penado, fue que se instituyó una serie de Subrogados penales, a fin de evitar la imposición de penas cortas de privación de libertad.

La Suspensión de ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena, se comprenden en todo un abanico de instrumentos punitivos que posibilitan el cumplimiento de la pena por parte del penado en un ambiente de plena libertad, pero bajo determinadas reglas de conducta. Entonces, cuando la pena impuesta no sea superior a los 4 años de PPL, el juez podrá suspender la ejecución de la pena y cuando no es superior a 3 años podrá disponer la reserva del fallo condenatorio. Empero, en los casos que no fuera procedente la pena condicional o la reserva del fallo condenatorio, podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años, en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres (art. 52° del CP). Pero, cuando el penado, no cumple injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días libres, aplicadas como penas autónomas⁹⁹¹, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial⁹⁹². Por consiguiente, bajo esta hipótesis, el delito por el que fue condenado el agente, prevé como sanciones autónomas: la prestación de servicios

991 Art. 32° (*in fine*).

992 Conforme a la equivalencia, que para estos efectos estipula el artículo 53° del CP.

a la comunidad o limitación de días libres, es decir, se encuentran conminadas en la norma de sanción del tipo penal en cuestión; así, en el caso de los tipos penales previstos en los artículos 163° y 164°; pero como consecuencia de su incumplimiento injustificado, estas penas se convierten en penas privativas de libertad. Con ello se recobra la función preventiva general negativa de la pena, ejerciendo un efecto de mayor intimidación, y, asimismo, de prevención general positiva, reafirmando la vigencia del ordenamiento jurídico en cuanto a su concreción en la esfera de libertad individual del condenado. Es una consecuencia racional, que aquel que no ha cumplido con el régimen punitivo impuesto, pese a tratarse de un tratamiento en realidad benigno, deba ser amonestado con una respuesta jurídico-penal más severa.

El artículo 55°, luego de su modificatoria efectuada por la Ley N° 28726 del 09/ 05/06, ha quedado redactado de la siguiente forma *"Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicio o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumpliría de prestación de servicio a la comunidad o jornada de limitación de días-libres"*. Sostuvimos que la intención del legislador, con la inclusión de estas instituciones punitivas, fue de consolidar el fin preventivo especial positivo de la pena, evitando las penas cortas de privación de libertad que sólo despliegan efectos criminógenos. Todo lo cual se enmarca en la denominada "Crisis de la pena privativa de libertad" que le ha sido proclamada por una gran parte de teóricos y prácticos. Sustitutivos penales o conversiones punitivas que se comprenden en el ámbito estricto de los delitos y no en el caso de las faltas. El legislador, de conformidad con una técnica legislativa coherente con una política criminal moderna, dividió el Código Penal en tres Libros: Parte General, Parte Especial y Faltas. División que más allá de expresar una codificación ordenada, supone una delimitación entre los delitos y dígame las infracciones, la cual se basa esencialmente en criterios cuantitativos y cualitativos a la vez, sobre todo por el disvalor del resultado, en cuanto al grado de afectación al bien jurídico penalmente tutelado. Tomando en cuenta, entonces, el grado del disvalor total de la conducta incriminada, se modula también la intensidad de la reacción punitiva. La pena privativa de libertad como especie pública más grave se reserva para los delitos, en tanto que las faltas son reprimidas con penas que detentan una menor dosis de aflicción. Así se estableció normativamente en el artículo 440° inciso 3 (in fine), previéndose que las penas que pueden imponerse son las restrictivas de derecho y multa. Por consiguiente, queda excluida la posibilidad que las meras transgresiones penales sean reprimidas con pena privativa de libertad.

En este orden de ideas, parece que la premura que llevó al legislador a concretar esta reforma penal y, la necesidad de transmitir un mensaje contun-

dente al colectivo, han supuesto una transgresión a los principios ordenadores del derecho punitivo. Entre éstos el principio de proporcionalidad, de culpabilidad y de humanidad de las penas. La Parte General es el ámbito ordenador que comprende las reglas básicas de imputación delictiva y las referidas a las consecuencias jurídicas del delito, estipulándose en el artículo 28° las clases de pena, entre éstas la pena "privativa de libertad"⁹⁹³. Mientras que en el ámbito regulador de las "faltas", estas prescripciones se han compaginado en el artículo 440°. En tal entendido cosas, queda claro que el legislador estimó conveniente que aquellas conductas que no manifiestan una reprobación jurídico-social significativa, sean sancionadas con penas que se cumplen "en libertad". La reforma introducida, exacerbada por el utilitarismo y el eficientismo, ha desencadenado una ruptura de la estructura racional-valorativa que rige nuestra ordenación punitiva. El afán por ejercer un control penal de corte represivo, ha terminado por configurar una reforma en verdad "apocalíptica".

6. CONVERSIÓN DE LA PENA DE MULTA

La pena de multa, es también susceptible de ser convertida o ser efectivizada vía mecanismos de ejecución forzada, toda vez que el condenado incumple injustificadamente con su obligación pecuniaria; al respecto, el artículo 56 del C.P. establece lo siguiente: *"Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes, o convertida, previo apercibimiento judicial..."*. En este caso, el condenado maliciosamente evita cumplir con el pago de la multa, bien mediante su omisión, bien mediante mecanismos artificiosos destinados a evitar su cumplimiento, ante la evidente capacidad económica existente, es pues, un solvente. Para haber tenido la calificación de solvente, se supone que a inicio de la apertura de instrucción (artículo 77° del C. de P.P.), el imputado es requerido por el juzgador a fin de señalar bienes libres, y a tales efectos se impone una medida cautelar de naturaleza real a fin de asegurar los efectos reparatorios de la ejecución, si bien en la condena se fija el monto por este concepto -el cual se hará efectivo mediante un proceso de ejecución- ya, a estas instancias se sabrá a ciencia cierta el estado real de su patrimonio, y, asimismo al momento de su conversión, la ley obliga al juzgador a imponer el importe de día-multa en forma proporcional al ingreso promedio diario del condenado y atendiendo a su patrimonio (art. 41° del C.P.), para tales efectos, a fin de cautelar su pago, el juez podrá imponer medidas cautelares de naturaleza real, siendo, bienes inmuebles o muebles mediante un embargo en

993 En la Exposición de Motivos se señala lo siguiente: *"La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves"*.

forma de inscripción⁹⁹⁴, más aún en el caso, que a solicitud del condenado el juez proceda a fraccionar el importe de la multa en cuotas mensuales -tal como lo prevé el art. 44° del C.P.-. Para tales efectos, es decir, para asegurar el cumplimiento efectivo de la multa, se procederá a ejecutar sus bienes, o convertida, entonces, la primera opción significa una realización efectiva de sus bienes de naturaleza real, mientras que la segunda supone una afectación más gravosa que implica la conversión de la multa en una pena de reclusión efectiva. Este tipo de conversión ha sido criticado por un vasto sector de la doctrina, pues resulta contradictorio que mientras en el plano político-criminal se propugna la necesidad de evitar en cuanto sea posible las penas cortas de prisión, se ofrezca frente al incumplimiento de la pena pecuniaria, la detención del individuo, lo cual es paradójico⁹⁹⁵, pues en realidad, si lo que se intenta mediante la pena de multa es evitar los efectos perniciosos de la prisión, resulta incoherente que a instancias de su incumplimiento se retroceda en razón de los efectos retributivos de la pena de privación de libertad, es una especie de antítesis. Empero, estas críticas podrían ser superadas de *lege ferenda* si es que luego de convertida la pena de multa en privativa de libertad efectiva, el condenado pueda tener la posibilidad de que se reconsidere la medida mediante el pago oportuno de lo adeudado hasta la fecha acotada. Pues la pena efectivamente señalada en la sentencia ha sido la de multa, las circunstancias sobrevinientes que han provocado un cambio radical en la situación jurídica del condenado, no las consideramos suficientemente poderosas para que legítimamente se proceda a una conversión -de tan drástica naturaleza-. Lo conveniente -para evitar los efectos afflictivos de la prisión- sería que la detención operase de forma instrumental, como una forma de intimidación, como un instrumento idóneo para conseguir la real ejecución de la pena de multa, en tal sentido no se subvierte el fin de prevención especial como aspecto medular del proceso determinativo de la pena.

En cuanto, a la ejecución de los bienes del condenado para hacer efectivo el pago de la multa, el juez penal deberá realizar la medida conforme a las instituciones del Código Procesal Civil, en concreto mediante la Ejecución Forzada según las modalidades previstas en el artículo 725° (in fine): -Remate y adjudicación, siempre y cuando no exista oponibilidad de un tercero que revele jurídicamente un mejor derecho de propiedad (intervención de otro acreedor).

En tanto, si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada siete días-multa impagos. Una regla general del derecho, es que la imposición de una sanción debe presuponer una actitud negligente, por culpa inexcusable

994 Artículo 656 del Código Procesal Civil.

995 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. cit.

o por dolo, es decir, cuando el obligado incumple la realización de la obligación jurídica por actos manifiestamente imputables a su persona, pues suponen una falta de diligencia o una intención maliciosa de no cumplir con la obligación que a él le incumbe por ser su esfera de competencia organizativa. En efecto, si el déficit no proviene de causas imputables a su voluntad o a una gestión deficitaria, éste no tiene porqué ser sancionado, en tanto, surgen otros factores que no pueden ser dominados por su voluntad, por culpa de terceros o por causas naturales no previsibles y susceptibles de dominabilidad. Por consiguiente, el legislador ha previsto que en estos últimos casos, cuando el condenado deviene en insolvente, no sea gravado con una pena tan infamante como lo es la de privación de la libertad, sino en su defecto, sea convertida en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad, para lo cual suponemos, el condenado deberá acreditar fehacientemente que su insolvencia es producto de causas o factores ajenos a su voluntad, condición que consideramos relevantes, pues es muy común entre los ciudadanos realizar una serie de maniobras defraudatorias y artificiosas encaminadas a burlar el pago de sus obligaciones crediticias y tributarias, con lo que se estaría burlando el sistema de justicia.

El precepto en comento, establece la posibilidad de que el condenado pueda pagar la multa en cualquier momento descontándose el equivalente a la pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha. Es decir, pudiendo el condenado mejorar su situación económica, el legislador le otorga espacios de tiempo suficientes para que pueda mejorar su situación jurídica, descontándose a tal efecto, el tiempo de pena efectivamente purgado o cumplido. Estimamos que esta previsión se ajusta coherentemente a una realidad económica deprimente de los ciudadanos, el mayor porcentaje de la población penitenciaria pertenece a las capas socio-económicas más bajas de nuestra sociedad, que en muchas de las veces tendrán dificultades para poder solventar el pago de la sanción pecuniaria. Por lo tanto, deben establecerse mecanismos de pago sumamente flexibles y ajustables a la situación económica en concreto del condenado, a fin de evitar desigualdades, atropellos y arbitrariedades, que en la práctica generarían efectos aun más nocivos que la privación de la libertad, no podemos dejar de señalar, que los efectos negativos de la pena de multa se extienden indefectiblemente a su familia y, por lo tanto, sus miembros en principio no tienen porqué ser afectados, pues más bien ellos también se convertirían en víctimas de un sistema de penas irracional con las bases garantistas del Estado Social. Entonces, su incumplimiento no debe acarrear automáticamente su negativa conversión a una pena más aflictiva, sino que deben establecerse vías de sanción menos drásticas, como penalidades o moras, etc⁹⁹⁶.

Finalmente, el articulado prevé en su último párrafo, que cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

996 Así, JESCHECK, J.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 702 y ss.

CAPÍTULO XXXV

LOS SUSTITUTIVOS PENALES

Sumario: 1. La Suspensión de la Ejecución de la Pena. 1.1 *Fundamentos preliminares*. 1.2 *Reglas de Conducta*. 1.3 *Revocación de la Suspensión de la Pena*. 1.4 *Desaparición de la Condena*. 2. La Reserva del Fallo Condenatorio. 2.1 *Consideraciones Generales*. 2.2 *Las Reglas de Conducta*. 2.3 *Incumplimiento de las Reglas de Conducta*. 2.4 *Extinción del Régimen de Prueba*. 3. Exención de Pena, Consideraciones Generales. 4. La Rehabilitación. 5. Efectos de la Rehabilitación.

1. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1.1. Fundamentos preliminares

Desde los albores epistemológicos de la ciencia del Derecho penal, observamos el constante debate doctrinario, en cuanto a los fines de la pena, tanto desde un plano *retributivo* como de un plano *preventivo*. Quienes abogan por la tesis retributiva, estarán siempre llanos a respaldar reformas legislativas, que manifiesten nuevos ámbitos de intervención punitiva, mediando un endurecimiento de la respuesta penal, basado en intereses sistémicos-estatales, contestes a cualquier programa de reducción del *ius puniendi*.

Los postulados *preventivos* se proyectan en un norte distinto, de prevenir la comisión de los comportamientos *socialmente negativos*, a partir del menos coste posible.

El avance imparable de la dogmática jurídico-penal, a partir de una política criminal remozada, ha significado una reformulación de los fines de la pena, sostenidos desde una plataforma axiológica y humanista; a la par, se confrontan los resultados que hasta el momento, se han obtenido producto de la excesiva prisionización del sistema. Es decir, la necesidad por fortalecer y consolidar la misión *preventiva* del Derecho penal, cuenta con una base programática cohe-

rente y, a su vez, con el diagnóstico que toma lugar en los hechos. Revelándose, que la pena privativa de libertad, a lo único que conduce a la neutralización de la persona humana y al contagio criminal; de manera, que sostener hoy en día, que la pena privativa de libertad –sobre todo las de larga duración–, apuntan a la rehabilitación social del penado, es todo un despropósito, por estar desprovisto de un fundamento fáctico, que así lo sostenga.

De hecho, escribe FERRAJOLI, la reclusión posee un contenido aflictivo que va más allá de la privación de la libertad personal, resultando afectada la mayor parte de los otros derechos vitales de la persona⁹⁹⁷.

Según los valores que se desprenden de nuestra Ley Fundamental, concatenados con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, contenidos en el Título Preliminar del CP, se colige, que la pena debe encauzarse sobre fines esencialmente preventivos, sin negar, que detrás de esta sanción se encubran necesidades retributivas y defensistas de la sociedad. En todo caso, el planteamiento es de coincidir que la pena privativa de libertad, no puede ser vista como una respuesta lineal y monolítica, a todo hecho delictivo que se cometa en la comunidad, tanto por razones programáticas, dogmáticas, filosóficas y prácticas. Mediando dicho reconocimiento es que el legislador procedió a incluir el concepto de las «Penas Limitativas de Derecho» así como de los «Subrogados Penales», como instrumentos que se orientan a los fines *preventivos* (rehabilitadores), al ejecutarse en un ambiente de plena libertad, evitando la desocialización que genera en el encerramiento penitenciario.

Conforme lo anotado, se advierte una racionalización de la respuesta punitiva, que toma lugar desde una visión valorativa del hecho punible, pues no todo delito ha de merecer la misma reacción jurídica. Es por ello, que la magnitud de la sanción, ha de ser graduada conforme al contenido del injusto típico así como el reproche personal que recae sobre el autor y/o partícipe. De no ser así, la pena se convierte en un resorte automático del Estado, desprovisto de toda ponderación, impensable según los dictados de un Derecho penal democrático.

No obstante, ha de observarse que la cultura retributiva e inquisitiva de ciertos operadores jurídicos, no ha contribuido al afianzamiento de un Derecho penal preventivo, *contrario sensu*, apegados a un positivismo a ultranza, han desencadenado un sobre hacinamiento en los Establecimientos Penitenciarios, propiciando condiciones infra-humanas, que no condicen con las exigencias que se estipulan en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia.

997 FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, cit., p. 204.

El Perú, como muchos países pobres, no está en posibilidad de solventar y financiar, toda esta estructura carcelaria, que muchos demandan, en tanto, el discurso mediático, importa una utilización desmedida del Derecho penal, como si este medio de control social estuviese en condiciones de poder resolver toda la conflictividad social, que aparece día a día en el territorio nacional. Estado de la cuestión, que fuera advertido por el legislador, conforme se desprende de la Exposición de Motivos del texto punitivo.

El estado de las cosas, en lo que a la legislación penal refiere, exterioriza una inflación *punitivista*, en cuanto a la permanente e incansable, reforma penal que día a día avizoramos en el Perú, donde el legislador hace uso del *ius puniendi*, al margen de toda valoración ética y principista, reduciendo a la norma jurídico-penal, a funciones promocionales, ético-sociales y pedagógicas, sin interesar su real rendimiento en la sociedad así como las consecuencias prisionizantes que ello pueda generar, lo que hemos denominado en otras monografías como «Derecho Penal Simbólico» así como una «Irracionalidad Punitiva», que se traduce a través de su *funcionalización política*⁹⁹⁸.

Resulta paradójico, que por un lado tengamos esta fatal conducción de la legislación penal sustantiva y, por otro, vislumbramos la entrada en vigencia progresiva de un modelo procesal-penal «Acusatorio-Garantista» de inclinación adversarial, de cuyo cuño y ordenación intra-sistemática, se desprende una visión totalmente distinta al modelo Inquisitivo, que precisamente ha generado la problemática, que el legislador pretende resolver con la dación de la Ley N° 29499. Un sistema Acusatorio, que se ajusta a plenitud con una proyección *preventiva* del Sistema Penal, de guiar la resolución de la causa penal, por medio de filtros de valoración, cuya racionalidad es de verse con la llamada *Alternatividad procesal*, con la *Simplificación procesal*, que se manifiesta con los acuerdos consensuados que suscriben los sujetos adversariales, dando a prioridad a los intereses de la pareja criminal. Mitigación punitiva, que posibilita en algunos casos, prescindir de la pena privativa de libertad, maximizando las libertades fundamentales, haciendo del Derecho penal la *ultima ratio*⁹⁹⁹.

La sistematización de la ciencia *jurídico-penal*, implica tender puentes entre las diversas parcelas, por lo que su *coherencia*, ha de verse desde una perspectiva integral.

Un Sistema Penal, robustecidamente inclinado a una opción humanista y racional, supone articular una política criminal, cuya esencia valorativa, permita

998 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *La Reforma del Sistema Penal en el Perú, una discusión propia de la Región Latinoamericana y su relación con el Derecho Penal del Enemigo*. APECC, Lima, 2008, cit., ps. 387-528.

999 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I y II; *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Rodhas, 2008 y 2009, Lima.

ejercer criterios de selección, de aquellos delitos (mediana y pequeña criminalidad), que merecen una reacción penal morigerada en sus efectos; en este tamiz conductor, aparece la institución de la «suspensión de la ejecución de la pena», como una medida adecuada para prevenir de forma eficaz, esta particular delincuencia.

Mediante ella, el condenado queda dispensado de la ejecución de la pena prevista en la sentencia, pero bajo el apercibimiento de que si no cumple determinadas condiciones durante un tiempo específicamente señalado, tendrá lugar la ejecución suspendida¹⁰⁰⁰.

La «suspensión de la ejecución de la pena» no supone renunciar a las necesidades de prevención general, adecuando a un plano perfecto de los fines de la prevención especial positiva; suspender la ejecución de la pena afirma el reconocimiento del orden jurídico y la justicia como valor principal del Estado de Derecho, y, permite a su vez, prescindir de una pena privativa de libertad a quien no necesita ser resocializado, más bien afectado en su libertad, en tanto aquella muy difícilmente podrá lograrse en una institución segregacionista como lo es la cárcel.

Conforme nuestro sistema de punición propuesto, la prevención especial asuma un rol preponderante en el sistema de determinación de la pena, sin renunciar para ello a las necesidades de prevención general, que se permita la *rehabilitación social* en el mínimo marco que asegure la prevención general. Marco de prevención general -como apunta MIR PUIG- que se evidencia en los topes que la ley fija para la concesión de la condena condicional, la suspensión del fallo, libertad condicional, sustitución de la pena privativa de libertad por multa, etc¹⁰⁰¹.

Es de verse, entonces, que la «suspensión de la ejecución de la pena», se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión -de contenido infamante para el penado-, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firmes sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues, la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado.

Lo sostenido, encuentra plena correspondencia, con la orientación de política criminal, recogida por la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal de 1991, al señalar a la letra lo siguiente: "*El Proyecto mantiene fundamentalmente la estructura y contenido del Código de Ejecución Penal de 1985 adecuándolos a los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal y a la nueva realidad penitenciaria surgida como consecuencia de las transformaciones sociales, tecnológicas y la evolución de la criminalidad*"

1000 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 84.

1001 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., p. 35.

Son las nuevas estructuras sociales, la asunción de un nuevo modelo de Estado, así como la descripción penitenciaria, que redefinió la necesidad de emprender una nueva forma de abordar el crimen, no desde una faz meramente retributiva, pues para ello, basta con asegurar la reclusión de todos los sujetos infractores de la norma y, se acabó el problema; nada más iluso y contradictorio con el contenido esencial de los derechos fundamentales. Un Estado Social abrumado por las exigencias socio-económicas de los diversos sectores de la sociedad peruana, no obstante el crecimiento económico alcanzado por el Perú, en los últimos años, hace inviable asumir los costos de una tendencia *prisionizante, custodial, del encierro de todos los desviados, como reacción jurídico-penal inmediata y automática al hecho punible; como si nuestra Nación contase con una infraestructura carcelaria, lo suficientemente idónea para poder asumir dichas consecuencias penológicas; un total despropósito, que trasluce una opción inviable, desde todo aspecto material, logístico y humano; luego, la proyección de política criminal, netamente preventiva que asume toda la codificación penal, incide en un plano de valoración normativo, que permite articular respuestas punitivas, conforme al contenido material del injusto y las particulares condiciones del agente, de modo, que ante delitos de mínima gravedad, se aconseja sanciones que no supongan la privación de libertad del sujeto infractor, sino de someterlo a un régimen de ejecución penal en libertad, mediando reglas de conducta, que en consuno se encaminen al fin preventivo especial positivo de la pena; sólo así se podrá abordar la prevención de la delincuencia, desde un plano realista y humano de la conflictividad social.*

Dicho lo anterior, la «suspensión de la ejecución de la pena», se compagina perfectamente en un Derecho penal preventivo, *tendiente a racionalizar la respuesta punitiva, mediando una valoración reductiva del poder penal, ante injustos penales que no necesitan ser sancionados con la pena de reclusión carcelaria.*

Como toda pretensión innovadora, nunca faltan críticas, y en este sentido, el sistema alternativo a la pena de prisión, fue también criticado por una serie de criterios, entre ellos, su aplicación selectiva en determinadas capas de la población. La crítica se concentraba en la expansión de muchos de los males que se achacaban a la prisión con la adopción de lo que pretendía ser alternativas a ésta¹⁰⁰².

Críticas, que a nuestro entender, caen en el vacío, pues, el régimen de conducta o las reglas de conducta, acompañan al plazo de prueba en su razón de su importancia para la consecución del fin de prevención especial, esta naturaleza disciplinaria se torna en indispensable en autores que necesitan de un control y vigilancia a fin de cautelar su efectivo cumplimiento.

1002 POZA CISNEROS, M.; *Formas Sustitutivas de las Penas Privativas de Libertad*, cit., p. 214.

Esta institución ha sido tomada del sistema franco-belga del Sursis (Ley Belga del 31 de mayo de 1888 y la Ley Béringier del 26 de marzo de 1981, Francia), que consiste en suspender la ejecución de la pena, a diferencia del sistema anglosajón (*probation officer*), que suspende la pronunciación de la pena¹⁰⁰³, se acoge el sistema angloamericano de la "*probation*"¹⁰⁰⁴, en que el condenado se somete a un periodo de prueba controlado por una asistencia social¹⁰⁰⁵; a diferencia de sistemas como el nuestro, donde el sistema de prueba se basa en la denominada «autocorrección», en tanto el penado no es sometido a un régimen estatal directo de vigilancia.

Por su parte, el sistema de Sursis, por el contrario, empieza por imponer una pena al reo y después le concede la suspensión de la condena, con la condición de que se comporte honradamente durante un periodo de prueba; por eso su nombre es el de Remisión Condicional de la Penal¹⁰⁰⁶, este último sistema da lugar a los antecedentes penales a diferencia de la condena condicional. BRICOLA agrupa los siguientes modelos: 1. renuncia condicionada al ejercicio de la acción penal¹⁰⁰⁷, sistema conocido en Noruega. 2. suspensión, por iniciativa judicial, del procedimiento, una vez declarada la culpabilidad y antes de pronunciar la condena; 3. suspensión condicional de la pena o "Sursis", simple o con sometimiento a prueba ("Sursis avec mire à l'épreuve")¹⁰⁰⁸.

Siendo excesivamente reduccionistas, podríamos describir -señala GRACIA MARTÍN- como rasgos característicos de estos modelos los siguientes: el Juez o Tribunal, una vez que hayan declarado la culpabilidad del encausado, interrumpen el proceso, no pronunciando la sentencia ni imponiendo en consecuencia la pena en la misma, a fin de someter al reo a un periodo de prueba; durante este periodo el sujeto está obligado a la observancia de las reglas de conducta que le haya fijado el Juez o Tribunal y queda sometido a la vigilancia y tutela de los delegados de prueba; en caso de que el reo no haya delinquido durante ese

1003 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

1004 ASÍ, LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 84.

1005 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., p. 215.

1006 MOLINA BLÁZQUEZ: *La Aplicación de la Pena*, cit., p. 63; en lo concerniente al sistema de suspensión adoptado por el derecho positivo vigente en España, POZA CISNEROS, señala que puede definirse como mixto, en cuanto introduce la sumisión a prueba, con carácter limitado y la suspensión de antecedentes, elementos típicos de la "*probation*", manteniendo, por otro lado, la exigencia de pronunciamiento de pena, característica de los sistemas continentales: ob. cit., ps. 225-226. (artículos: 80º y ss. del CP español).

1007 Que, llevado a nuestra legislación positiva sería la aplicación de los criterios de oportunidad (artículo 2º del Código Procesal Penal de 1991 y del recientemente promulgado).

1008 BRICOLA, *Le mesure alternative...*; citado por POZA CISNEROS, M.: ob. cit., p. 220.

periodo de prueba, el Juez o el Tribunal no dictarán nunca la sentencia y, por ello, al reo no le queda ningún antecedente penal¹⁰⁰⁹.

Importan determinados rasgos comunes, que identifican a este mecanismo sancionador, que tiene por característica más resaltante, la no ejecución de la pena a quien judicialmente ha sido declarado "culpable", sin defecto de advertirse en aquellas otras propiedades, que la distinguen de la legislación comparada.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional es concebida como una especie de «absolución condicional» o sometida a prueba, pues el hecho de suspender la ejecución de la pena aparece ya el condenado como un aparente "Inocente", pues se asumen efectos jurídicos que se podrían derivar de una declaración judicial de inocencia, a menos que el condenado incumpla el régimen de conducta, con lo cual se retoman los efectos jurídicos emanados del fallo condicional, en cuanto a la concreción efectiva del *ius puniendi*, entendiéndolo, como la posibilidad de acoger el sentido retributivo y preventivo-general de la pena, cuando el beneficiado con la suspensión no acoge por entero sus obligaciones recogidas en las reglas de conducta

Pero más que absolucón -señala PEÑA CABRERA- en cuanto hay un fallo reconocedor de culpabilidad y que impone una condena, podemos hablar de una sanción de mera advertencia o amenaza¹⁰¹⁰, una condena que sí se pronuncia a diferencia de lo que acontece en el sistema angloamericano donde la pena no se pronuncia.

A nuestro entender, la «suspensión de la ejecución de la pena», importa una sanción punitiva meramente declarativa, donde la formalidad, es vista desde la decisión judicial que declara culpable al imputado, sin embargo, la naturaleza coercitiva, o mejor dicho su concreción material en la libertad fundamental del condenado, queda en suspenso, sometida a un periodo de prueba, que si resulta exitoso, supondrá dos aspectos a saber: -primero, el acogimiento fáctico del fin preventivo especial positivo de la pena y, segundo, la prescindencia de la naturaleza retributiva de la sanción punitiva, al quedar sin efecto, la posibilidad de que el autor, sea recluido en un establecimiento penitenciario.

Manifiesta, por tanto, un mecanismo punitivo, que la administración de justicia, somete a determinados autores, como expresión de un tratamiento favorable, ante la concurrencia de dos presupuestos a saber: 1.-Un determinado

1009 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 246.

1010 PEÑA CABRERA, R.; op. cit.

contenido material del injusto; y, 2.-Juicio individual de prognosis delictivo, en términos de abstinencia¹⁰¹¹ (artículo 57º y ss., del CP).

También puede definirse como un sustitutivo de las penas cortas de libertad basado en la ausencia de peligrosidad criminal del delincuente primario, que deja en suspenso la ejecución de la pena durante un periodo de tiempo que fijan los Tribunales, y que puede ser revocada de no cumplirse determinadas condiciones¹⁰¹²; Empero, la «suspensión de la ejecución de la pena», no debe operar automáticamente, conforme lo previsto normativamente en el artículo 57º del CP, el juzgador deberá valorar una serie de elementos, pues no bastará que la pena a imponer no sea mayor de cuatro años de pena privativa de libertad, sino que según las circunstancias concomitantes del hecho punible, los móviles, el medio empleado, la forma de ejecución, así como la personalidad del condenado y sus condiciones de vida, permiten estimar que el beneficiado con la medida no va a cometer un hecho punible, de cara a futuro, en tanto, que el Juez debe considerar -según un pronóstico de cara a futuro-, que los bienes jurídicos de terceros no están en peligro potencial de ser vulnerados.

La suspensión de la ejecución de la pena no es más que una pena sustitutiva de la pena privativa de libertad¹⁰¹³, conferida discrecionalmente al juzgador (potestativa), encaminada inequívocamente a una finalidad de prevención especial positiva.

Ahora bien, es de verse, que el Poder Ejecutivo mediante la sanción del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007, ha supuesto la modificación del tenor literal del precepto in examine, incorporando una cláusula restrictiva en su último párrafo, que reza normativamente, de la siguiente manera: "*La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual*".

1011 Previsión que es criticada por PEÑA CABRERA por filtrar valoraciones de un Derecho penal del autor, al considerar la "personalidad" del sujeto como uno de los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena; cfr., cit.; al respecto consideramos, que la mayor relevancia se centra en la determinación del contenido del injusto, y que la prognosis individual con respecto a la personalidad peligrosa del autor, es un valor *infra* sintomático, pues es un juicio, un pronóstico que no ofrece un determinado grado de certeza, que no creemos que oscurezca las grandes ventajas que de esta institución se obtienen, pero es importante a efectos de garantizar que el condenado no vuelva a cometer delitos en el futuro, de cierto modo se está protegiendo a la sociedad, en cuanto a la posibilidad de convertirse en víctimas potenciales, pero como volvemos a reiterar, estos juicios o pronósticos no siempre adquieren validez fáctica; así, GRACIA MARTÍN al apuntar que la aplicación de la pena se justifica en el delito cometido y además en su necesidad para evitar delitos futuros de la generalidad o del autor; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 255.

1012 MOLINA BLÁZQUEZ; op. cit., p. 64.

1013 En tanto que para MIR PUIG es en estricto sentido dispensa de pena; cit., p. 205.

Sobre la modificatoria en cuestión, cabe anotar lo siguiente: -como se sostuvo en líneas introductorias, los denominados «Sustitutos Penales» como la «suspensión de la ejecución de la pena», se adscriben en un fin preventivo especial (positivo), de privilegiar la libertad antes que la pena, sometiendo al condenado a unas determinadas reglas de conducta a fin de posibilitar su recuperación social de cara a futuro, para que no vuelva a delinquir en sociedad. Resultando la característica más trascendente, que el penado no es recluido en un establecimiento penitenciario; no toman lugar los efectos ejecutivos de la condena penal, bastando para ello la amenaza admonitoria que recibe el sujeto infractor, a partir de los efectos que surten con la misma; de tal modo, que se evita que el condenado sea internado en una prisión altamente contaminante, criminógena, disocializante y neutralizadora de la persona humana, tratándose de infractores que por sus calidades personales y por el mínimo contenido del injusto penal, merecen una respuesta punitiva morigerada y mitigada en su intensidad jurídica.

Constituyendo una respuesta político-criminal adecuada a la realidad penitenciaria y, a los fines esenciales de la pena, con respecto al individuo, que delinquir; preponderando, entonces, los fines preventivo-especiales (positivos), sobre los fines preventivo-generales, incidiendo en la sustracción del penado, de un hospedaje en prisión de naturaleza puramente retributiva.

Como es sabido, el legislador a partir de la dación de las Leyes Nos. 28726 y 28730 de mayo del 2006, reincorporó en el derecho positivo vigente, dos instituciones que eran recogidas en el corpus punitivo de 1924: nos referimos a la «Reincidencia» y a la «Habitualidad», cuya comprensión ideológica y filosófica se vincula al Positivismo Criminológico, que da cabida a un «Derecho penal de autor», quiere decir esto, que el objeto de valoración jurídico-penal ya no es sólo el hecho constitutivo de un tipo penal, sino también la actitud del autor frente al orden jurídico, su proclividad a cometer delitos, lo que revela una cierta «peligrosidad social», que amerita ser castigado con una pena agravada.

Se deja de lado los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, para penetrar en conceptos como los «tipos de autor» y la «peligrosidad», cuya utilización en determinada época de la historia penal, permitió la imposición de penas y/o medidas sin delitos, como parte de una política penal autoritaria, de un Estado que buscaba criterios antropológicos, étnicos y biológicos para justificar una represión, a todas luces injustificada.

Reincidente será aquel que vuelve a delinquir después de un periodo de tiempo determinado, pese a haber sido ya condenado de forma firme por la comisión de un delito; mientras que el delincuente habitual, es aquel que comete tres hechos punibles en un lapso que no exceda de cinco años, los cuales no han sido objeto de condena alguna.

El legislador de 1991, precisamente erradicó dichas instituciones, con los reparos que formulamos en el capítulo correspondiente, para afirmar categóricamente, un «Derecho penal del hecho», en correspondencia con una «Culpabilidad por el hecho; al disvalor de la acción sumado el disvalor del resultado constituye la base material de punición, lo que importa el principio de lesividad, pues la pena presupone en todo caso, la afectación o la puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado.

Lastimosamente, decimos, el legislador, ahora el propio Poder Ejecutivo, necesitado por articular respuestas prontas y eficientistas en la lucha contra la criminalidad, recurre a construcciones doctrinarias que no se cohesionan con los principios legitimantes del Derecho penal acuñados en el Título Preliminar; los fines preventivo-especiales de la pena son dejados de lado, a fin de prevalecer una propuesta criminalizadora y represora, que sólo puede condecirse con una teoría absoluta de la pena, donde la sanción punitiva sólo tiene por fin el restablecimiento de la seguridad ciudadana alterada por el delito, donde el penado es sólo un instrumento de la política criminal, y no un sujeto de derechos.

Nadie duda, que en algunos casos, sea irremediablemente necesario la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, pero aquélla debe estar reservada para los injustos más graves y para aquellos infractores que hayan revelado con su actuar antijurídico un juicio de culpabilidad altamente reprobable.

En resumidas cuentas, la orientación política criminal definida con el Decreto Legislativo N° 982, importa la formación de una cultura carcelaria, de extender día a día la capacidad hospedante de nuestras prisiones, creando verdaderos caldos de cultivo; pues un país oprimido económicamente como el Perú no está en condiciones de solventar un sistema penitenciario acorde a las condiciones mínimas que se desprenden de la Constitución, del Código de Ejecución Penal y de los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, suscritos por el Perú; propiciando establecimientos penitenciarios de características inhumanas.

La exclusión -in comento-, supone en realidad un retroceso a la orientación humanista y garantista que inspiró la construcción normativa del CP, a la reducción gradual del poder punitivo estatal, dando lugar a una política penal cegada por el utilitarismo, el maximalismo y la irracionalidad legislativa.

Ahora bien, advertimos en la temática de los mecanismos alternativos a la prisión, una disyuntiva que no ha sido abordada in *extenso* por la doctrina nacional, referente a los conflictos aplicativos que pueden acontecer entre el sistema de «conversión de penas» con la «suspensión de la ejecución de la pena», en tanto, ambas instituciones se sustentan sobre fundamentos homogéneos y se

encuentran sujetas a requisitos comunes¹⁰¹⁴, pero, en definitiva poseen rasgos distintos en razón de los efectos favorables que despliegan en la persona del condenado.

La «suspensión de la ejecución de la pena» es menos aflictiva y de contenido más dulcificante que la «conversión de pena», pues en la primera de ellas no se aplica pena alguna, únicamente se somete al condenado a un régimen de conducta, en cambio la conversión implica la aplicación de una pena sustituta que afecta un determinado bien jurídico del condenado.

Además se supone, que el sistema de suspensión de la ejecución de la pena, resulta preponderante ante la posibilidad de aplicar la conversión de pena, tal como lo dispone normativamente el artículo 52º del CP, al fijar que: *“En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena...”*.

De la normativa invocada se interpreta, que la *ratio essendi* de la norma apunta a dar una mayor preponderancia a la suspensión de la ejecución de la pena, ello en razón de incidencia notable en los cometidos de la prevención especial positiva; a tal efecto, dicha disyuntiva ha de valor el juzgador, al momento de la determinación judicial de la pena.

En principio, el Juez o el Tribunal que hayan impuesto y fijado en la sentencia una pena privativa de libertad de las que caen en el ámbito de aplicación de ambas instituciones, dispone de ambas posibilidades, y habrá que decidir por cuál de las dos se inclina en el caso concreto¹⁰¹⁵. Pues reitero: la elección por cualquiera de ellas emana de un poder discrecional del juzgador, que obviamente no supone un uso arbitrario del mismo, sino deberá realizar una interpretación ponderativa dependiendo de las especiales características del caso concreto y de las necesidades preventivas.

Conforme a conveniencias de prevención general, en concreto, la reafirmación del orden jurídico como valladar del sistema de justicia, adquiere mayor validez fáctica el sistema de conversión de pena; mientras, que un proceso determinativo más llevado a las necesidades resocializadoras, se inclina más por la suspensión de la ejecución de la pena.

Visto lo anotado, parece ser, que esta última solución se corresponde, con la tesis defendida en esta monografía, sin que ello suponga renunciar a las

1014 Tanto la conversión de una pena privativa de libertad por una de prestación de servicios a la comunidad como uno de los requisitos para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, requieren que la pena privativa de libertad no sea mayor de cuatro años.

1015 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 244.

necesidades de prevención general, en tanto, se produzca un incumplimiento del régimen de conducta por parte del condenado, se revoca la suspensión y se ejecuta la pena correspondiente, lo que a la postre significa reivindicar la finalidad de prevención general¹⁰¹⁶.

La fórmula anotada apunta a una mayor racionalidad en la solución del conflicto, que se cohesiona y concatena plenamente, con las finalidades de pena consagradas en el texto punitivo y en la Ley Fundamental; el «Constitucionalismo Social» que rige nuestra normatividad, impone una supremacía de las consideraciones humanistas, sobre aquellas que se asientan, sobre un basilar estrictamente legalista, acorde con el primado de valores contenidos en el texto ius-fundamental

En el precedente vinculante recaído en el RN N° 2476-2005-Lambayeque (Fundamento jurídico 5), la Salas Penales de la Corte Suprema, expusieron lo siguiente: *“Que, finalmente, es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo cincuenta y siete del Código sustantivo y al propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena [aún cuando también se la denomine condena condicional –artículo cincuenta y ocho del Código Penal –, se trata, como afirma HURTADO POZO de una modalidad de ejecución de la pena y, si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio para resocializar al condenado: Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo, Anuario de Derecho Penal noventa y siete / noventa y ocho, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página doscientos treinta y siete]; que, por tanto, la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil –esta última, como es obvio, no es una pena ni está dentro de los límites del ius puniendi del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo dos mil uno del Código Civil –; que, en tal virtud, aún cuando fuera procedente el artículo sesenta y uno del Código Penal y, en su caso, la rehabilitación prevista en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, ello no obsta a que el condenado deba pagar la reparación civil, pues lo contrario importaría una lesión directa al derecho de la víctima a la reparación y un atentado clarísimo a su derecho a la tutela jurisdiccional, incluso dejándola en indefensión material; que tener por no pronunciada la condena, según estatuye el artículo sesenta y uno del Código Penal, no puede significar entonces que igualmente se extingan las penas no suspendidas y, menos, la exigencia del pago de la reparación civil, por lo que en tal supuesto la orden judicial sólo debe comprender la desaparición de la condena impuesta a una pena*

1016 En contra GRACIA MARTÍN al sostener que en estos casos deberá darse siempre prevalencia a las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general y habrá que sacrificar la conveniencia resocializadora; cfr., cit., p. 244.

privativa de libertad –con la consiguiente anulación de los antecedentes en ese extremo –, quedando subsistente –si es que no se han cumplido - las demás penas principales o accesorias y, particularmente, la reparación civil – como aclaran ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, el cumplimiento de la condición no hace desaparecer el acto jurisdiccional, sino sólo la condenación a la pena de prisión [Derecho Penal – Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, dos mil, página novecientos veinticuatro]–“.

Según lo previsto en el Acuerdo Plenario 1/97;

- Acuerdo Primero.- El pago de la reparación civil es susceptible de ser impuesto como regla de conducta, en un régimen de suspensión de la ejecución de la pena.
- Acuerdo Segundo.- En el caso de procesados insolventes el juez debe omitir la inclusión de la reparación civil como regla de conducta.
- Acuerdo Tercero.- El incumplimiento del pago de la reparación civil impuesta, si ha sido incluido entre las reglas de, conducta impuestas al condenado, puede provocar la revocatoria de la suspensión, salvo que el condenado sea insolvente o no esté en capacidad económica de hacer frente a su obligación.
- Acuerdo Cuarto.- En conveniente fijar un plazo prudencial para el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesto como regla de conducta en el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Es sabido, que los «Sustitutivos Penales», importan el manifiesto de una política criminal despenalizadora, que mediando criterios rigurosos de valoración, puede incidir en la prescindencia de la pena de reclusión carcelaria, importa una respuesta no racional, al contenido material del injusto y a un reproche personal de mínima magnitud; a tal efecto se hace uso de estos mecanismos punitivos, que no significan un relajamiento de los fines de la pena, todo lo contrario, viabilizan la concreción de los fines preventivo especiales, asignados constitucionalmente a la sanción punitiva; siendo así, el juzgador ha de asegurar el éxito de la institución, mediando reglas de conducta, que permitan monitorear una conducta positiva del condenado, en cuanto al respeto por los bienes jurídicos de sus conciudadanos, incidiendo en la prohibición de ciertas conductas, que puedan provocar una amenaza a los objetivos de la institución, de que el penado recaiga en un proceder delictivo.

Dicho lo anterior, las reglas de conducta han de basarse estrictamente, en los cometidos preventivos de la pena y, entre éstos, nada tiene que ver el pago de la reparación civil, cuya naturaleza jurídica es indemnizatoria, cuya pro-

secución en el procedimiento penal, obedece a razones de justicia material, de economía procesal y de seguridad jurídica, consustancial a la idea del Estado Constitucional de Derecho.

La Reparación Civil, no importa una tercera vía del Derecho penal, menos una finalidad contenida en los criterios legitimantes del derecho punitivo; a tal efecto, decir, que aquélla pueda ser comprendida en las llamadas reglas de conducta es todo un despropósito, desnaturalizando la esencia de esta indemnización extra-contractual, cuya naturaleza es civil y no penal; en tal medida, no puede abonarse a su inclusión en estos regímenes punitivos.

Una consideración en contrario, conllevaría avalar la prisión por deudas, proscrita en nuestra Ley Fundamental; la víctima, el agraviado, el ofendido por los efectos nocivos de la conducta criminal, cuenta con las vías legítimas de acceso a la justicia, para asegurar su pretensión indemnizatoria, entre éstas, haber solicitado a la judicatura, la adopción de medidas de coerción reales, sobre los bienes y patrimonio de los protagonistas del suceso delictivo, así como del tercero civil responsable; pretensión que debe hacerse ejecutable en el marco legal correspondiente.

No entendemos, como pueda postularse una posición en contrario, cuando en la misma ejecutoria, se reconoce que los fines de la suspensión de la ejecución de la pena, responden únicamente a los objetivos de la pena, en cuanto a la resocialización del condenado y, no a satisfacer la pretensión indemnizatoria de la víctima, que nada tiene que ver con el proyecto de rehabilitación social que persiguen todas estas instituciones; ello al margen, de la capacidad económica del condenado. Por consiguiente, somos firmemente contestes, a que el órgano judicial, pueda incluir el pago de la reparación civil como regla de conducta; postulados inquisidores, que no encuentran cabida en la composición de un Derecho penal democrático, a la vez, en coherencia con los fines que persigue la Reparación Civil con los de la pena, que a nuestro entender, son totalmente distintos, como lo señalamos con profundidad, en la capitulación correspondiente de la investigación.

1.2. Reglas de Conducta

En nuestra legislación punitiva, la «suspensión de la ejecución de la condena», toma lugar ya en el momento del pronunciamiento judicial del fallo -tal como aparece en el sistema del *sursis* del derecho penal francés a diferencia de lo que sucede en el derecho anglosajón (*probation*), donde la suspensión adquiere vigencia posteriormente, luego de haberse vencido satisfactoriamente el periodo de prueba sujeto a un estricto control social.

Es de verse, entonces, que la «suspensión de la ejecución de la pena», adquiere efectos positivos en su sustitución por las cortas penas de privación de

la libertad, de contenido infamante y pernicioso para la personalidad del penado, pues tal como lo establece el artículo 57º (*in fine*), esta institución se aplica a condenas que no superen los cuatro años de privación de libertad.

Por consiguiente, la «suspensión de la ejecución de la pena», obliga al condenado a someterse a un determinado régimen de conducta, que deberá cumplir por un determinado lapso de tiempo; de modo, que si el condenado cumple estrictamente los parámetros establecidos en él, la pena quedará como no pronunciada, lo cual significa que no queda antecedente penal alguno.

Las reglas de conducta o el régimen conductual, según el artículo 58º del CP, son las siguientes:

1. No frecuentar determinados lugares.
2. No poder ausentarse del lugar de residencia sin autorización del Juez.
3. Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades.
4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.
5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y
6. Los demás deberes que el Juez estime conveniente a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado.

A las reglas de conducta, se les identifican como determinadas normas mínimas, que el condenado deberá cumplir a fin de demostrar su voluntad positiva hacia su recuperación social, importante desde la perspectiva de la prevención especial; y, asimismo, se establece una serie de reglas que apuntan a asegurar el control de sus actos y de evitar cualquier contacto criminógeno, apartándolo para ello de determinados factores o circunstancias que puedan propiciar una recaída del condenado por el sendero del delito.

Ciertamente, la finalidad de las reglas de conducta es asegurar el éxito de la institución suspensiva de la pena, preservar sus efectos intimidatorios, así como la obtención del resultado de *rehabilitación social*.

MIR PUIG analizando el artículo 94 del Proyecto de Código Penal español de 1980, anota que el último párrafo del art. 94¹⁰¹⁷ parece reforzar la opinión que

1017 El último párrafo del artículo 94 del Proyecto citado, versa de la siguiente forma: "El Tribunal podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas, tendentes a evitar la recaída en el delito y a favorecer a su reinserción social, así como disponer que se le preste ayuda a los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias".

el estado de suspensión es una situación dolorosa y aflictiva, por comportar un sometimiento a determinadas restricciones, y porque el beneficiario padece de una coacción psicológica consistente en el temor de cumplir la pena si se revocara la suspensión¹⁰¹⁸.

Al respecto, cabe la objeción que el sistema suspensivo de la pena adoptado, supone que el condenado será quien personalmente deberá llevar a cabo el proceso rehabilitador, donde las reglas de conducta importan un control y fiscalización necesario para la protección de los intereses comprometidos, máxime, conocedores de una realidad social, donde las desviaciones sociales se originan por un déficit personal organizativo de poder conducirse conductivamente *de forma responsable*, donde la amenaza de la revocatoria aparece como necesaria para contra-motivar psicológicamente un estímulo en sentido contrario.

Además, la suspensión tiene aspectos sociopedagógicos, en cuanto estimulan al condenado para que sea él mismo, quien con sus propias fuerzas pueda durante el periodo de prueba reintegrarse a la sociedad¹⁰¹⁹.

Asimismo, estas reglas instructivas no pueden entenderse como un catálogo cerrado al cual el Juez debe ceñirse en su totalidad, pues, el juzgador de acuerdo a la circunstancia podrá escoger las reglas que crea más conveniente¹⁰²⁰, pero siempre, sujetándose al respeto por los derechos fundamentales, evitando caer en el abuso y en la arbitrariedad, en la garantía de la dignidad humana como fuente portadora de todos los valores democráticos.

Estimamos, desde una perspectiva de *lege ferenda* que la imposición de las reglas de conducta deberían ser potestativas -tanto para el Juez como para el Tribunal¹⁰²¹ - quien valorando todas las características del caso concreto-, podría definir la pertinencia o no de la imposición de estas reglas, sobre todo por razones de utilidad ante delinquentes ocasionales que muy difícilmente podrían volver a delinquir; a este efecto, se diría, que la propuesta tropezaría con las legítimas demandas indemnizatorias, con la satisfacción del pago de la Reparación Civil, salvamos el reparo, basándonos estrictamente en la naturaleza jurídica de la Reparación Civil¹⁰²², que en realidad, es distinta a los demás supuestos previstos como regla de conducta, la condena civil se impone conjuntamente

1018 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., p. 215.

1019 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 759.

1020 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

1021 Esta posición es asumida por el CP español de 1995, que en su artículo 83º dispone que: "... el Juez o Tribunal sentenciador si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado...".

1022 Aunque el precepto (inc. 4), contempla la posibilidad de que el condenado no sea sometido a esta regla, siempre y cuando demuestre estar imposibilitado de hacerlo, pero, que

con la condena penal, y, viene contenida por una suma de dinero que se orienta a indemnizar a la víctima por los efectos nocivos de la acción delictiva, no encuentra fundamento en un régimen basado en la prevención especial positiva, no constituye un nuevo fin de la sanción punitiva como podría pensarse; si bien es cierto que la satisfacción de esta obligación pecuniaria es el primer paso a una verdadera reintegración social, las notorias imposibilidades que puedan surgir a este efecto pueden colisionar con el objetivo teleológico de esta institución, que tal vez en otras instituciones como el principio de oportunidad encuentra visos incuestionables de justificación y de legitimidad.

Finalmente, las normas de conducta no pueden fijar la no realización de conductas antijurídicas, las cuales ya son objeto de genérica proposición, al respecto la siguiente ejecutoria dice lo siguiente, Exp. N° 5293-99: *"La regla de conducta "respetar el patrimonio ajeno" constituye un imperativo legal cuyo incumplimiento trae las consecuencias que la propia ley establece, por lo cual resulta inadecuada su imposición como regla de conducta"*¹⁰²³.

Las normas penales contienen ya imperativos en el injusto que importan determinados deberes u obligaciones hacia los ciudadanos, cuya infracción trae como consecuencia la imposición de una pena.

Como toda normativa, que regula determinadas pautas de conducta, se establecen sanciones a quienes infringen su cumplimiento (todo supuesto de hecho conlleva una consecuencia), pues si este régimen especial importa la posibilidad de evitar una reclusión efectiva, la inobservancia de las reglas de conducta por parte del condenado ponen en tela de juicio la funcionalidad del sistema de suspensión de la pena, por lo que sancionar su incumplimiento reafirma la validez del mismo y que sus efectos intimidatorios pueden cobrar concretización efectiva.

La existencia de las reglas de conducta impuestas al delincuente, necesariamente no supone que tenga una conducta intachable, sólo es necesario que cumpla con las reglas que se le impone¹⁰²⁴.

Las reglas de conducta no intentan convertir al condenado en un beato o en un moralizador, sino en un ciudadano que debe comportarse en sociedad en sujeción a determinadas normas mínimas de convivencia pacífica, que en uso de su libertad individual, pueda interrelacionarse con los demás, sobre todo con

en definitiva significa que el condenado deba realizar una determinada acción en aras de evitar esta imposición.

1023 En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal* (1999-2000). Idemsa, 2002. p. 329.

1024 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit.

sus familiares y con su círculo social, sin abusar de dicha libertad, pues de su inobservancia puede generar ciertas consecuencias jurídicas afflictivas.

Conforme lo anotado, el incumplimiento de las reglas de conducta acarrea una serie de sanciones, cuya gravedad toma lugar, conforme al grado de afectación o de la falta de reconocimiento del condenado hacia estas reglas de conducta; su comportamiento, pues infringe determinados deberes, que pueden significar como sanción máxima, la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Según lo sostenido precedentemente, la imposición de reglas de conducta al condenado, obedecen a la necesidad de monitorear si es que el condenado está cumpliendo satisfactoriamente el régimen de rehabilitación social, que viene a confirmar la efectividad de la prevención especial positiva.

Entonces, el artículo 58° del CP, contempla todo un catálogo de sanciones al condenado, cuando durante el periodo de suspensión no cumpliera con las reglas de conducta impuestas, sanciones que el juzgador podrá imponer, conforme a los siguientes supuestos¹⁰²⁵:

1. Amonestar al infractor.
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga excederá de tres años; o
3. Revocar la suspensión de la medida.

Como volvemos a reiterar, las reglas de conducta suponen en cierta medida que el condenado se autorregule en su proceder conductivo, en pos de asegurar el éxito de la medida, pues en definitiva, de nada servirá suspender la ejecución de la pena, a quien con su conducta *a posteriori* se vuelve a manifestar contra el ordenamiento jurídico, lo que anularía los efectos de prevención especial.

Este catálogo de sanciones permite al juzgador graduar la sanción, conforme a la gravedad del incumplimiento (principio de «proporcionalidad»), que en todo caso puede ser progresivo, lo cual implica que el juez puede agotar todos los recursos sancionadores, amén de acudir como *ultima ratio* a la sanción revocatoria, que supone el ingreso efectivo a un centro carcelario.

Analizando la naturaleza de las sanciones, la amonestación se cataliza como un acto de reprimenda verbal, de advertencia, de amenaza, de poner en autos al condenado que una reiteración de incumplimiento puede afectar su

1025 En tal sentido, es potestad discrecional del juzgador imponer las sanciones referidas, lo cual es adecuado, pues le confiere al Juez un margen de discrecionalidad que le permitirá valorar la situación en concreto, conforme a determinados criterios valorativos.

situación jurídica, es el primer paso a proceder ante determinadas inconductas como un régimen de control necesario a efectos preventivos; mientras, que prorrogar el periodo de suspensión importa extender el plazo de prueba, hasta determinados límites a fin de garantizar la rehabilitación social -cuando el condenado incumpliera las reglas de conducta- prórroga que no podrá exceder de tres años. En la prórroga se mantiene la libertad del condenado, mas se aumenta el plazo, durante el cual queda el individuo sujeto a la justicia¹⁰²⁶.

Finalmente, la revocación, al constituirse en la sanción más drástica, deberá aplicarse cuando las otras sanciones devienen en inoperantes, cuando resulta necesario preservar el fin de prevención general de la pena, habiéndose debilitado los fines preventivo especiales positivos, que sostienen la institución de la «Suspensión de la ejecución de la pena».

1.3. Revocación de la Suspensión de la Pena

El artículo 58° del CP, contempla normativamente, una serie de sanciones ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al penado; hemos observado, pues, que la imposición de sanciones -que puede llegar hasta su revocatoria- es de carácter potestativo para el juzgador. Mas el carácter potestativo se convierte en imperativo, cuando el condenado sujeto al plazo de prueba, es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso; esto quiere decir en cristiano, que el beneficiado con la suspensión, comete una infracción de una norma jurídico-penal, manifestado en la *integridad u intangibilidad de un bien jurídico protegido, mediando un proceder antijurídico, que identifica una vinculación personal del hecho con su autor, a título de dolo, es decir, es sujeto infractor es por lo menos consciente de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*.

Obviamente, el hecho de que el condenado reitere una conducta reñida con las normas penales, supone una manifestación de rechazo hacia las finalidades *preventivo especiales positivas* de la suspensión, que afectan la estabilidad del orden jurídico y la confianza en el reconocimiento colectivo hacia su vigencia, que en definitiva lo hace desmerecedor de seguir beneficiándose con un régimen, así concebido.

Se revocará la suspensión de la pena, siempre y cuando, el sujeto afectado sea condenado por un nuevo delito doloso, cuya pena privativa de libertad exceda los tres años, procediéndose a la ejecución de la pena suspendida condicionalmente, imponiéndose la que corresponde por el segundo hecho punible perpetrado.

1026 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

El precepto normativo, no es claro al establecer, si el hecho punible por el cual es condenado el sujeto, se debe haber cometido antes o después de aquel cuya sanción se encuentra suspendida, o durante el plazo de suspensión. Tal como se encuentra normativamente estructurado el precepto, cabe inferir que el hecho punible debe haber sido cometido a *posteriori*, por cuanto el proceso puede haberse originado paralelamente al objeto de suspensión, pero aún no culminado cuando se haya culminado aquel que impone la suspensión de la pena¹⁰²⁷; máxime si la misma previsión disponer normativamente que: "*por la comisión de un nuevo delito doloso*"¹⁰²⁸ (artículo 60º), es decir, un delito no conocido por la jurisdicción penal que sanciona el beneficio de la suspensión de la pena.

Cabe destacar, a este nivel, que la revocatoria significa una sanción por quien, incurso en un régimen favorable, vuelve a delinquir, que finalmente implica el castigo de la reincidencia, si es que podemos denominar al condenado como "primario"¹⁰²⁹.

Conforme lo anotado, si el condenado vuelve a delinquir en pleno régimen de suspensión, cabrá decir que ha fracasado la advertencia, y con ello la confianza depositada en el condenado por la administración de justicia ha sido defraudada.

En caso, de que el hecho punible haya sido cometido con anterioridad al otro hecho delictivo objeto de suspensión, y si el primero merece una pena

1027 También no susceptible de conexión, por cuanto ausencia de relación o de vínculo relacional entre ambos, mediante alguna de las figuras concursales previstas en la codificación punitiva.

1028 La previsión es clara, al establecer que el delito debe ser doloso, se excluye por lo tanto el delito culposo, que en la práctica puede superar la barrera de los tres años de pena privativa de libertad en razón de modificaciones legislativas recientes, que en algunos tipos penales culposos han significado incrementos sustanciales en los marcos penales, que en definitiva, el legislador del 91 no consideró fijarlos, a manera de mantener las diferencias valorativas entre el dolo y la culpa; en cuanto, a las faltas, no merece mayor análisis, pues la pena de privación de libertad no se encuentra prevista en el catálogo de sanciones fijadas a estas ilicitudes; es de verse que el artículo 83º del CP español no es tan claro al respecto, pues establece que: "*La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código*"; en este caso, la doctrina hispana se ha encargado de dilucidar este punto, señalando GRACIA MARTÍN que el concepto "delinquir" deberá ser entendido en sentido estricto como comisión de un delito, que además deberá ser doloso, y que no será suficiente con la comisión de una falta; por otro lado, para que concurra el incumplimiento de la condición suspensiva de no delinquir y pueda producir su efecto característico -la revocación de la suspensión- será preciso que haya recaído sentencia condenatoria firme sobre el hecho delictivo cometido durante el plazo de suspensión; cit., p. 259; así también MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO, cit., ps. 101 y ss.

1029 La paradoja surge a instancias de que el régimen de suspensión de la pena, no supone la inscripción en el registro de antecedentes penales o judiciales, lo cual dificultará al tribunal o juez que se avoque a la causa si es que el reo ha delinquido con anterioridad.

efectiva de privación de libertad, consideramos que igualmente el régimen de suspensión quedaría automáticamente sin efecto, en tanto, éste sólo se puede desarrollar en un ambiente de plena libertad¹⁰³⁰.

En resumidas cuentas, la revocación del régimen de suspensión por la condena de un nuevo delito doloso, obedece al castigo de quien en un régimen de beneficio vuelve a manifestar su desprecio por las normas mínimas de convivencia social, defraudando la confianza de la administración de justicia y del colectivo.

En lo referente a que la revocatoria opera cuando el sujeto es "condenado..."¹⁰³¹, habrá que interpretar los alcances jurídicos de la condena; pues, puede haber condena por un Juez especializado, pero en virtud del derecho constitucional a la doble instancia, esta resolución es susceptible de ser revisada por un órgano colegiado que actúa como segunda instancia. Es decir, la única interpretación viable es aquella que confiere a la condena como una resolución consentida y/o ejecutoriada que adquiere la calidad de «Cosa Juzgada», según los dictados de seguridad jurídica, propios de todo Estado Constitucional de Derecho.

Asimismo, vemos que la condena judicial por el nuevo delito doloso, deberá producirse en el plazo de suspensión o de prueba como se le quiera denominar, pues si ésta se dicta a *posteriori*, ya no tendrá efecto alguno en la suspensión, la cual ya ha cobrado efectos extintivos de responsabilidad penal; lo que no puede conducir a afirmar, que la pena del nuevo delito doloso no sea susceptible de ejecución, simplemente se desliga de cualquier tipo de relación con el hecho punible, sometido al régimen de suspensión.

1030 Caso distinto es el referido al Concurso Real Retrospectivo (Refundición de Penas previsto en el artículo 51° del CP), que establece que si después de la condena se descubre un hecho punible cometido antes de ella, podrá sobreseerse la causa, siempre y cuando el hecho merezca una pena inferior a la anteriormente impuesta, fórmula político-criminal que se orienta a un fin de prevención especial, basado en propiciar marcos mínimos de punición, a efectos de evitar estancias largas en prisión en razón de sus denunciados efectos prisionizantes; y, si el hecho punible descubierto mereciese una pena mayor al hecho ya condenado, se someterá al condenado a un nuevo proceso, que en base a las consideraciones ya expuestas, en caso de sentencia condenatoria, ésta absorberá a la primera, descontándose el tiempo de carcelería efectivamente purgado; normativa que ha sido reformulada, por otros presupuestos, en cuanto a la prosecución y sanción del agente delictivo según los términos normativos del articulado, según la modificatoria efectuada, como consecuencia de la dación de la Ley N° 28730 de mayo del 2006; vide, más al respecto, las figuras concursales en el Tomo I.

1031 Obviamente, si el nuevo delito doloso ya ha prescrito conforme los plazos establecidos en el artículo 80° del CP, no podría condenarse, pues este elemento es sustancial al momento de valorar los hechos que serán objeto del pronunciamiento judicial; tal como lo prescribe el artículo 301° del C de PP, si la Sala Penal Suprema -vía recurso de nulidad-, evidencia que la acción penal ya ha prescrito, declarará la nulidad de la sentencia recurrida y sin reenvío, declarará la absolución del imputado.

1.4. Desaparición de la Condena

El precepto normativo, contenido en el artículo 61º del CP, dispone a la letra que: *"La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia"*.

Los efectos jurídicos, cumplido el plazo de suspensión -no habiéndose cometido nuevo delito doloso y sujetándose estrictamente a las reglas de conducta impuestas por el juzgador-, implican la extinción de la ejecución de la pena, tal como lo establece el artículo 85º (*in fine*).

Luego de transcurrido el plazo de la probación, se da como no pronunciada la condena, esto es, como si el condenado no hubiese sido sometido a pena alguna, lo más resaltante en este estado de la cuestión, es que la suspensión de la ejecución de la pena positivamente cumplida, no va a significar la anotación en el registro de antecedentes penales y judiciales, situación encaminada firmemente a propiciar las condiciones necesarias para que el condenado -que ya cumplió con sus obligaciones ante la justicia-, pueda reinsertarse en la comunidad social, y evitar así una «segunda criminalización»; resultando más que evidente, que la condición de ex recluso produce una rotulación o un estigma que el penado lleva por siempre, como una especie vía crucis, al cual se encuentra condenado, muy a pesar de haber sufragado su deuda con la sociedad.

Conforme lo anotado, se promueve la rehabilitación y la reinsertación social de acuerdo con los fines de prevención especial, en concordancia con la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, permitiendo que el sujeto pueda reafirmar sus lazos con la sociedad y sobre todo, que mantenga sus vínculos con su familia.

Toda esa propuesta apunta a un Derecho penal más preventivo que retributivo, donde a veces los valores utilitarios priman sobre los valores de la justicia, como una panacea y pórtico de los valores fundamentales.

El éxito de esta institución se deposita por entero en la persona del condenado, quien con su proceder conductivo, va a demostrar que puede perfectamente desarrollar su proyecto de vida en un ambiente de plena libertad, y lo más importante, que en los procesos de interrelación social, va a respetar la integridad de los bienes jurídicos ajenos

Cuestión de relevancia a saber, es que el condenado que cumplió satisfactoriamente con el plazo de prueba, de ser el caso, que vuelva a cometer un delito en el futuro, se encuentra legalmente expedito, para acceder al beneficio de la condena condicional, pues nuestro Derecho penal, es del acto, y darse como no pronunciada la condena, implica su rehabilitación automática.

Ahora bien, es de verse que partir de las diversas formulaciones normativas, que han dado vida a la condena condicional o suspensión de la pena, han motivado una discusión controversial en cuanto a su naturaleza jurídica, situación que ha sido acogida por los doctrinarios a partir de una serie de estimaciones valorativas.

Dicho lo anterior, se han elaborado teórico-conceptualmente, varias alternativas, entre aquellas: la de un perdón judicial, la de un acto de gracia, un derecho subjetivo o una medida, fundamentada bajo los pergaminos de la prevención especial.

Se, dice al respecto, que importa un derecho subjetivo, pues este derecho lo adquiere el condenado cuando cumple con los requisitos específicamente contemplados en la normativa en rigor; empero, un derecho subjetivo es que nace de una pretensión legitimada por el derecho y especialmente vinculada a determinadas personas, el derecho subjetivo en el sentido de la potestad penar, emana de la naturaleza soberana del Estado, de reglar la vida en comunidad, mediando determinadas prescripciones normativas, que en el campo penal, suponen esencialmente, evitar que los individuos lesionen los bienes jurídicos fundamentales; bajo esta premisa, es el Estado -a través de sus agencias estatales-, decide normativamente cuándo puede prescindir de una pena o cuándo puede declarar su suspensión condicional, en tal caso, el condenado se acoge a este beneficio, como una necesidad del sistema jurídico-estatal, de impulsar su derecho subjetivo de forma racional.

El derecho subjetivo, entonces, se le encuentra reconocido y conferido a ese mismo Estado, -no en sí mismo-, sino en razón a su propia naturaleza, en tanto, son los jueces como representantes del pueblo para administrar justicia, quienes en uso de su poder discrecional jurisdiccional decidirán finalmente si otorgan o no este beneficio.

La pena, como especie pública más grave, es de naturaleza estatal y se sustenta en una relación de derecho público; por consiguiente, para el condenado la condena condicional se constituye en un beneficio al cual puede acceder si es que cumple con los requisitos establecidos en la ley y si finalmente el juez competente lo decide así.

En cuanto, a un acto de gracia o de perdón, Carlos MIR PUIG, analizando la Ley de Condena Condicional de 1908, señala que es un acto de gracia, un perdón, que delega la ley en los Tribunales de modo subrepticio¹⁰³², cita a DORADO MONTERO quien dirá: "De ahora en adelante van a poder indultar los Tribunales por expresa autorización de la ley...". En este proyecto, se evidencia en una

1032 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., p. 214.

facultad que se le confiere a los tribunales de justicia de por sí, sin tener que cumplirse determinados requisitos o en sujeción a determinados fundamentos materiales.

Vemos, que la condena condicional aparece en las codificaciones penales modernas, como una institución correctora y de plena sustitución de las cortas penas de privación de libertad, como una formulación político-criminal conducente a paliar las deficiencias estructurales de las penas privativas de libertad, comporta un sustituto, encaminado a propiciar la rehabilitación social.

La suspensión de la pena es en realidad un beneficio penal, que se fundamenta estrictamente en razones de prevención especial, con ocasión de evitar la imposición de una pena efectiva -que impediría una verdadera resocialización-¹⁰³³, ante sujetos infractores, que por sus características particulares, así como del mínimo contenido material del injusto, merecen un tratamiento punitivo diferenciado.

Cuando la pena es de corta duración, cuando su lesividad es mínima, o cuando la naturaleza del ilícito o personalidad del autor no amerita la pena privativa de libertad, es preferible optar por un medio alternativo, en el que no peligre la libertad y la dignidad humana, pues la prisión no es el lugar indicado para que se dé cumplimiento a la sanción penal¹⁰³⁴.

No supone entonces, un acto de gracia o un acto de liberalidad, en tanto la aplicación de la condena condicional no se deriva estrictamente de la facultad jurisdiccional que les confiere a los magistrados para administrar justicia en una sociedad democrática, en tanto la pena en este mecanismo, queda condicionada a determinadas exigencias que el condenado está obligado a cumplir.

El perdón, el acto de gracia o el indulto como manifestaciones propias de esta expresión, se constituyen en facultades especiales que se confieren a determinados cargos públicos, es así, que la Ley Fundamental, en su artículo 118 inc. 21, confiere al Presidente de la República, conceder indultos y conmutar penas, ejercer el derecho de gracia; constituyen facultades presidenciales, que sin implicar una injerencia en la autonomía del Poder Judicial, se compaginan coherentemente, en consideraciones humanitarias y de solidaridad social, ante estados excepcionales, que tienden a corregir un abuso o arbitrariedad, o de cesar un sufrimiento inhumano.

Tal como lo establece el artículo 89° del CP, el indulto suprime la pena impuesta¹⁰³⁵, a diferencia de la condena condicional, que evita la ejecución efec-

1033 Así, GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 254.

1034 PEÑA CABRERA, R.: cfr.

1035 El artículo 139° inc. 13), establece que el indulto produce los efectos de Cosa Juzgada.

tiva de una, que puede en virtud de determinadas circunstancias que aparecen a *posteriori* convertirse en una pena efectiva.

Expuestas así las cosas no queda más que reconocer jurídicamente, la calidad de «beneficio penal», a la condena condicional, sostenida y justificada axiológicamente, bajo consideraciones puras de prevención especial positiva.

2. LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

2.1. Consideraciones Generales

La «reserva del fallo condenatorio», tiene un origen común, con la condena condicional, diferenciada con esta última en algunos matices, pero sostenidas ambas bajo un mismo horizonte: -de orientar todo el sistema de penas a fines preventivos y de reservar la pena privativa de libertad para los injustos más graves, a partir de nuevos mecanismos punitivos más resocializadores y materialmente accesibles para el Estado¹⁰³⁶.

La «reserva del fallo condenatorio», viene a sustituir las cortas penas de privación de libertad, amén de evitar sus efectos perniciosos, que en la práctica sólo se armonizan con el fin de prevención general de la pena, pero inútiles -socialmente-, por sus efectos nocivos en la persona del condenado.

Es de verse, entonces, que los planteamientos, se sostienen a partir de necesidades utilitarias y en una política criminal franqueada por los principios de humanidad y de dignidad de las penas.

La «reserva del fallo condenatorio», comporta una dispensa judicial, que se comprende en el marco de las facultades discrecionales del juzgador, que ante determinadas y singulares circunstancias, dispone la reserva del fallo condenatorio, sometiendo al reo a una serie de reglas de conducta a fin de garantizar el programa de prevención especial positivo.

No importa en realidad, una sustitución de pena, pues al reo no se le impone pena alguna, del mismo modo que en la condena condicional, no se ejecuta la sanción punitiva; máxime que en el caso de la reserva del fallo no se llega a conocer el contenido de la sentencia condenatoria (la consecuencia jurídica queda en silencio temporal), el juez no las hace público, pero se reserva el derecho de hacerlo, en caso de que el reo incumpla las reglas de conducta o cuando cometa un nuevo delito doloso a través de la figura de la revocación, en pos de reforzar los fines preventivo generales de la pena.

1036 Al respecto la Exposición de Motivos del Código Penal señala textualmente que: "Se consigna otra innovación de importancia consistente en que el juzgador se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia en la que estaría fijada la pena".

Conforme hemos hecho hincapié, se evidencian algunas distinciones, con la condena condicional; en la «reserva del fallo condenatorio», el Juez o Tribunal, se abstienen de dictar la parte resolutive de la sentencia condenatoria, prescinden de imponer una condena, fijando a tal efecto, un periodo de prueba; por su parte, la «condena condicional», sí importa la existencia de una sentencia condenatoria, en tanto el juzgador, llega a pronunciarla; sin embargo, los efectos ejecutivos de la condena quedan suspendidos, a condición de que el reo cumpla determinadas obligaciones contenidas en las reglas de conducta, que puede culminar con la extinción de la ejecución de la pena.

Dicho esto, ambas instituciones punitivas, se conducen en un mismo fin: -de garantizar la rehabilitación social del reo, y, su tratamiento se desarrolla en un ambiente de libertad, lo que evita su desarraigo social, cuyo desenlace final es la extinción de responsabilidad penal, a través de la «reinsertación social».

Esta institución corresponde en el Derecho comparado al aplazamiento del pronunciamiento de la pena del art. 469-3 del Código de Procedimientos Penales francés y a la orden de "*Binding over in a fixed sum*" admitida en el Common Law inglés¹⁰³⁷.

Una estructura similar tuvo la condena condicional prevista en el Derecho penal de la ex República Democrática Alemana (párrafo 33 StGB), aunque aquí esta institución sólo se aplicaba a las penas privativas de libertad entre 3 meses y dos años, correspondiendo su función, por tanto, más a la "*probation*" inglesa¹⁰³⁸.

En la codificación penal española (suspensión del fallo), el Proyecto de 1980 lo introduce como novedad¹⁰³⁹.

La "*probation*" es producto del sistema legal anglosajón en la misma medida que la condena condicional lo es de los sistemas continentales, más legalistas y rígidos¹⁰⁴⁰, como el nuestro, regido estrictamente por el principio de legalidad, a diferencia del derecho anglosajón o common law, que es más flexi-

1037 PEÑA CABRERA, R.; cit.

1038 JESCHECK, H.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 773.

1039 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., p. 206; sin embargo, el CP español de 1995, no introduce la suspensión del fallo en su sistema de penas; así, POZO CISNEROS al comentar la diferencia entre la suspensión del fallo y la condena condicional "(...) que en el Proyecto del Código Penal de 1980 regulaba la suspensión del fallo junto a la condena condicional, concibiendo a la primera como una medida dirigida sobre todo a delincuentes primarios menores de 21 años, aunque pudiera extenderse a mayores, con requisitos más rigurosos"; *Formas Sustitutivas de las Penas Privativas de Libertad*, cit., p. 223.

1040 POZO CISNEROS, M.; *Formas Sustitutivas de las Penas Privativas de Libertad*, cit., p. 222.

ble y versátil en su aplicación práctica, por su dinámica de ver la aplicación del derecho.

La evolución epistemológica de la ciencia penal, iniciada a partir de los años 50, en cuanto a un depurado avance teórico-conceptual (*dogmático*), fue abriendo el camino, para que nuevas instituciones punitivas se incorporaran a nuestro sistema de penas, nuevas alternativas que fueron tomando vida en los anteproyectos, que finalmente fueron cristalizados en el Decreto Legislativo N° 635, significando la entrada en vigencia del texto punitivo vigente.

Una nueva codificación, con nuevos bríos, con una pujanza, que vislumbra un horizonte lisonjero, fecundo de una nueva visión de elaborar la ciencia dogmática del Derecho penal, mediando una sistematización, que en puridad se adecua a las nuevas formulaciones penales y político-criminales, tenía que propulsar un cambio en el sistema de penas, profundamente afectada y devaluada por la crisis de la pena de reclusión carcelaria.

Como dice JESCHECK, "los más grandes y diversos problemas en conexión con la crisis de la política criminal se presentan en la pena privativa de libertad"¹⁰⁴¹.

La pena privativa de libertad se había constituido en la plataforma principal, de todo el sistema de punición, que había sustituido a las penas corporales, a los azotes o a la pena del garrote, a instancias de un rechazo mayoritario de los grandes pensadores de la época, de la caída del Antiguo Régimen y, sobre todo, con la entrada en vigencia del «Estado de Derecho»; reforma de contenido humanista y progresista, que creyó ciegamente en las posibilidades de *rehabilitación social* de las penas de prisión, auspiciadas por el Positivismo Criminológico, pensamiento criminal que influenció enormemente las codificaciones punitivas de comienzos del siglo XX -tanto en Europa como en Latinoamérica-.

Su eminente crisis y desfase, aparejada a las nuevas tendencias de un Derecho penal democrático, supuso una reflexión sobre su real operatividad práctica; diagnóstico que propició la necesidad de buscar nuevas fórmulas punitivas, sumidas en raíces preventivas, concatenadas con los principios penales rectores, orientados a reducir el poder punitivo.

Conforme lo anotado, la introducción de estos nuevos mecanismos, se sostienen conforme una plena concordancia, de dos postulados básicos a saber: -humanización de las penas y la formulación de una política criminal, profesamente encaminada al fin preventivo especial positivo de la pena

Pero lo importante de la crisis de la cárcel -anota MIR PUIG-, es la conciencia de que ésta no es lo mejor para la prevención de los delitos y que debe

1041 JESCHECK, H.; *La Crisis de la Política Criminal*, p. 59; citado por MIR PUIG, C.; op.cit., p. 54.

ser sustituida en lo posible por nuevas fórmulas, como la prisión abierta, la suspensión de la condena, la suspensión del fallo, la *probation*, el arresto de fin de semana, la multa, los servicios comunitarios, etc., aplicables a la pequeña y mediana criminalidad¹⁰⁴².

En la medida de lo posible, se debe reservar la pena de prisión efectiva, para los injustos más graves, para aquellos delincuentes que con su accionar delictivo, ponen de manifiesto, un desprecio hacia las normas de una convivencia social pacífica, lo cual se corresponde con el fin protector de la sociedad, que se proclama en el artículo I del Título Preliminar del texto punitivo.

La figura jurídica anglosajona -*probation*-, es la que más se asemeja a la reserva del fallo condenatorio, que acoge el artículo 62º y subsiguientes, de nuestro Código Penal vigente¹⁰⁴³.

Mediante la *probation* se declara una situación de culpabilidad del imputado, en la cual el juez se abstiene de pronunciar la pena, más llevado a la imposición de determinadas obligaciones específicas, entre ellas, el sometimiento del condenado a una "*probation officer*". Esta institución pertenece al derecho anglosajón, muy llevada a la práctica en los Estados Unidos.

Mientras que en nuestro derecho positivo, la «reserva del fallo condenatorio», se distingue, en la ausencia de un ente vigilante o fiscalizador en el cumplimiento de las reglas de conducta, control que en nuestro sistema únicamente le corresponde al juzgador; tal vez las carencias materiales para incorporar un sistema así concebido (vigilancia) así como la intención de confiar en un tratamiento auto-correctivo, condujo al legislador a optar por el sistema adoptado en la *lege lata*.

Conforme lo dispone normativamente el artículo 62º del CP, la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, se sujeta a las facultades discrecionales del juzgador¹⁰⁴⁴; quien valorará el caso concreto, analizando si éste se adecua a las condiciones y requisitos establecidos en dicho articulado, en concordancia con el artículo 63º (*in fine*), que faculta al órgano jurisdiccional, a abstenerse de dictar la parte resolutive de la sentencia.

Conforme lo anotado, el juzgador se abstiene de pronunciar la pena, a pesar de haber encontrado judicialmente culpable al imputado, quien en virtud de determinadas características, merece según ley, un tratamiento punitivo particular; de lo anotado se aprecia, que no obstante haberse comprobado la

1042 MIR PUIG, Carlos; cit., p. 55.

1043 PEÑA CABRERA, R.; Cit.; LANDROVE DIAZ, G., cit., p. 84.

1044 El cual dispone a la letra lo siguiente: "*El Juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito*".

perpetración del delito y habiéndose acreditado la responsabilidad penal del imputado, la parte punitiva de la sentencia queda reservada, lo que no sucede con la responsabilidad *ex-delicto*, lo que resulta lógico, en tanto el beneficio se fundamenta en una menor desvaloración por el injusto y por el reproche mínimo personal (*culpabilidad*), mas la calificación delictiva queda subsistente, por lo que no importa su anulación antijurídica; lo que incide en inferir que el derecho indemnizatorio de la víctima, queda inalterable, la ejecución de la parte civil de la sentencia de condena, sí adquiere efectos ejecutivos. Ello importa, que los bienes del imputado y del tercero civil responsable, que fueron gravados en el decurso del procedimiento penal, podrán ser ejecutados, si es que el penado no cumple con abonar el monto consignado por concepto de Reparación Civil; lo que queda en suspenso, entonces, es sólo la parte punitiva de la decisión de la judicatura.

Al respecto, el artículo 63° del CP, establece a la letra que: *"El Juez al disponer la reserva del fallo condenatorio se abstendrá de dictar la parte resolutive de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que correspondan"*.

El pago de la reparación civil, importa un elemento importante, que juega un rol preponderante, en orden a la integración social favorecida por la prevención especial en este caso (reserva del fallo) es el primer eslabón por el cual hay que recurrir para lograr la efectiva rehabilitación social; por otro lado, el principio de la tutela judicial efectiva, implica que la administración de justicia debe proporcionar una respuesta completa, conforme a todas las pretensiones que se plantean en el Proceso Penal, entre éstas la pretensión indemnizatoria.

La dispensa de pena viene motivada por razones de prevención especial, fundamentalmente, de forma semejante que la suspensión de la pena, dejando de lado la reafirmación del orden jurídico (prevención general), la cual podrá ser reivindicada cuando el agente incumple las reglas de conducta o cuando vuelve a cometer un delito doloso.

Los requisitos para que el agente pueda acceder a la reserva del fallo condenatorio, son los siguientes (artículo 62° del CP):

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o,
3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

Por lo expuesto, cabe la inferir, que la reserva del fallo condenatorio tiene de a una mayor extensión aplicativa que la suspensión de la condena, al operar también, en penas como la multa, la inhabilitación y la prestación de servicios a

la comunidad, se muestra como injustos de menor gravedad, que por lo general también son reprimibles con otras penas distintas a la privación de la libertad; mas el legislador condiciona la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, a las circunstancias concomitantes del hecho punible, como la naturaleza, la modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hagan suponer que esta medida evitará que éste vuelva a cometer delitos en el futuro.

No basta entonces, con una valoración circunspecta al injusto y a sus características, sino pareciese que el legislador no quisiese desprenderse de valoraciones privativas de un «Derecho penal de autor», que en realidad encubre una necesidad protectiva de la sociedad, al estimar que la admisión del beneficio está sujeta a una condición de cara a futuro, en razón de un *juicio de pronóstico delictivo*.

Así, se manifiesta la siguiente ejecutoria (Exp. N° 2207-96): *“Es procedente la reserva del fallo condenatorio si el procesado es una persona joven, carente de antecedentes penales y atendiendo a que las lesiones que infligió al agraviado fueron consecuencia de una pelea por razones de trabajo, no denotando por ello peligrosidad”*¹⁰⁴⁵.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contados desde que la decisión adquiere la calidad de cosa juzgada¹⁰⁴⁶; en cuanto, al el tiempo que debe transcurrir para que la sentencia que da vida a la reserva del fallo condenatorio, se constituya en una decisión inmutable en el tiempo.

Una especial consideración -que reafirma las pretensiones de prevención especial-, importa la modificación efectuada por la Ley N° 27868 del 20 de noviembre del 2001, que modifica el artículo 63° del CP, estableciendo a la letra que: *“La reserva del fallo se inscribirá en un registro especial, a cargo del Poder Judicial. El registro informa exclusivamente a pedido escrito de los jueces de la República, confines de verificación de las reglas de conducta o de comisión de nuevo delito doloso. El Registro es de carácter especial, confidencial y provisional y no permite, por ningún motivo, la expedición de certificados para fines distintos”*.

La modificatoria en cuestión, conlleva la necesidad de que los órganos de justicia lleven un mejor control de esta institución, amén de verificar y comprobar a la vez, si el condenado está cumpliendo con las reglas de conducta o si ha vuelto a cometer un nuevo delito doloso, lo cual es importante, en tanto, un juez

1045 En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores, p. 353.

1046 Visto, también de la modificatoria producida a este articulado, vía la sanción del artículo 1° de la Ley N° 29407 del 18 de septiembre del 2009.

de un mismo distrito judicial o de distinto distrito judicial, pueda acceder a esta información a efecto, de adoptar las decisiones judiciales pertinentes.

Importa, entonces, una posibilidad de registro únicamente concerniente a los fines expuestos, pues, si la información es utilizada hacia el exterior, conllevado a objetivos publicitarios, contrarrestaría el programa de *rehabilitación social*, al hacerse público la calidad de condenado provocaría su estigmatización y rotulación social, lo cual entorpecería la recuperación social del reo.

Por ello, la suspensión del fallo encaminada fuertemente a la *rehabilitación social*, que la remisión condicional, pues todavía no marca -como hacen los antecedentes penales- al reo favorecido por aquélla, y permite una rápida reincorporación a la sociedad¹⁰⁴⁷.

Otro aspecto a destacar, en lo concerniente a la modificatoria efectuada, es que se dice lo siguiente: "*Cumpliendo el periodo de prueba queda sin efecto la inscripción en forma automática y no podrá expedirse de él constancia alguna, bajo responsabilidad. El Juez de origen, a pedido de parte, verificará dicha cancelación*".

Siguiendo la hilvanación de la línea argumental, vemos que la inscripción de la reserva del fallo se ejecuta a partir de una necesidad de control de las reglas de conducta, en cuanto al cruce de información, de datos, que de forma idónea permita a los jueces de la república conocer de estas medidas.

Resulta lógico, que cumplido el periodo de prueba (*probation*) deba procederse a su anulación, y, esta medida es en definitiva plausible, en cuanto garantizar los efectos de *rehabilitación social* de esta institución, evitándose el estigma social y su desarraigo en la sociedad, a lo cual debería sumarse la ayuda de organismos asistenciales -de instituciones estatales y privadas-, encaminadas a evitar la reincidencia del reo, favoreciendo su reinserción social a través de la promoción de tareas educativas y laborales.

Entendemos, que el juez debe ser en suma cauteloso, en lo que respecta al cumplimiento de esta previsión normativa, no sólo a petición de la parte interesada como lo dispone la ley, sino también de oficio, pues a él le incumbe en razón de su avocamiento jurisdiccional el control e intervención en la ejecución de la pena y medida de seguridad de conformidad con lo previsto en el artículo VI del Título Preliminar del CP; ello quiere decir, que aquí el responsable penal no tendrá antecedentes penales, pues el Registro Nacional de Condenas, dependencia judicial encargada de registrar todas las sentencias condenatorias no deberá recibir información de la pena del condenado¹⁰⁴⁸.

1047 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, cit., p. 205.

1048 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

Vencido el plazo del periodo de prueba y dándose cumplimiento a la disposición establecida en el artículo 63° (*in fine*), no existe inconveniente alguno para que el ex condenado pueda someterse nuevamente al radio de acción de la «reserva del fallo condenatorio», siempre y cuando las circunstancias concretas se ajusten a los requerimientos y presupuestos exigidos por ella.

Sobre la aplicación de esta institución, en el RN N° 3332-04-Junín, la Segunda Sala Penal Transitoria, ha expuesto lo siguiente (Fundamento jurídico 5): *“Que con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio regulada en los artículos sesenta y dos a sesenta y siete del Código Penal, es importante precisar: a) Que esta es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; b) Que en consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un período de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez; c) Que la reserva del fallo condenatorio procede cuando concurren estos presupuestos: i) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años; ii) Que el Juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente; emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; iii) Es de señalar que la reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados”*.

2.2. Las Reglas de Conducta

De igual manera que el caso de la condena condicional, el legislador ha considerado necesario, que el beneficiado con la reserva del fallo condenatorio (suspensión del fallo) sea sometido a determinados parámetros de conducta a fin de garantizar y de controlar el proceso de rehabilitación social.

Dicho lo anterior, el artículo 64° del CP, establece que el Juez, al disponer la reserva del fallo condenatorio, impondrá las reglas de conducta siguientes:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares.
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez.

3. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.
4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que esté imposibilitado para hacerlo.
5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y,
6. Las demás reglas de conducta que el Juez estime convenientes para la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del procesado.

Las llamadas «reglas de conducta», comprendidas en el enunciado normativo, no importan un catálogo cerrado, en la medida el juzgador podrá imponer las reglas o normas que a su juicio sean necesarias para procurar el éxito del programa de *rehabilitación social*, y para ello deberá valorar la personalidad del reo y sus particulares características, a fin de sujetar las reglas de conducta a las necesidades del mismo.

Asimismo, al igual que lo contemplado en el artículo 58º, el órgano jurisdiccional está impedido de imponer reglas que vulneren derechos fundamentales, que conlleven una afectación a la dignidad del condenado.

La persona humana y el respeto hacia su dignidad, comportan la plataforma sustancial, la cúspide los valores consagrados en el texto ius-fundamental, que sirven de limitación y de contención ante cualquier desborde del poder punitivo, con arreglo a la declaración contenida en el artículo I del Título Preliminar del CP; la codificación se encamina firmemente a la defensa de la persona humana, en tal entendido, la imposición de estos mecanismos alternativos no pueden suponer una afectación los bienes jurídicos fundamentales del individuo.

2.3. Incumplimiento de las Reglas de Conducta

La imposición de ciertas «reglas de conducta», obedecen a la necesidad de que el agente beneficiado se someta a unas normas mínimas, que procuren asegurar el programa de *rehabilitación social*; por tales motivos, si el condenado no manifiesta actos positivos que se confirman con el cumplimiento de estas reglas de conducta, manifestará con su proceder conductivo, una falta de reconocimiento hacia la justicia y en definitiva no habrá asumido por entero, las consecuencias perjudiciales de su accionar.

Según lo anotado, el agente ya no está en condiciones de continuar siendo beneficiado con el régimen sustitutivo, por lo que conforme las nuevas circunstancias del caso particular, ya no resulta legítimo seguir beneficiándose de

un régimen punitivo, que precisamente sostiene su legitimidad, en que el sujeto infractor, se integre a las normas mínimas de convivencia social; consecuentemente, la administración de justicia está facultada para sancionar el incumplimiento, dependiendo de su insita gravedad, la cual puede graduarse desde una reprimenda judicial (amonestación) hasta su revocatoria.

A nuestro entender, ésta última debe imponerse cuando el incumplimiento manifiesta una implícita renuencia a acatar las reglas de conducta, en franca contradicción a los objetivos del modelo de prevención especial positiva.

El artículo 65° del CP, dispone normativamente, que cuando el agente incumpliera las reglas de conducta impuestas, por razones atribuibles a su responsabilidad, el Juez podrá:

1. Hacerle una severa advertencia.
2. Prorrogar el régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada sobrepasará de tres años; o,
3. Revocar el régimen de prueba.

Resulta importante destacar, que el incumplimiento debe obedecer a una negligencia o acto intencional por parte del agente, pues, no se podría válidamente sancionar cuando el incumplimiento se deriva de un acto de tercero o de un resultado meramente causal de carácter fortuito; atribuir una esfera de responsabilidad, por tal, hecho, al condenado, comporta definir una actuación, por lo menos negligente, de un proceder que se pueda comprender en su esfera de organización; en cuanto a un individuo libre y responsable, obligado a responder afirmativamente a las normas jurídicas.

El régimen de prueba podrá también ser revocado cuando el agente cometa un nuevo delito doloso por el cual sea condenado a pena privativa de libertad superior a tres años; en este caso la «Revocación», supone una facultad discrecional para el juzgador; sin embargo, la revocación resulta obligatoria, cuando la pena conminada para el nuevo delito doloso excede a los tres años de pena privativa de libertad.

Dicho lo anterior, el hecho punible, debe proceder de un acto conciente del penado, de una actuación, que a nivel cognitivo, implica un abarcamiento de los elementos constitutivos del tipo penal; de manera, que se excluyen de esta hipótesis, el delito imprudente y la falta.

Es de verse, finalmente, que la «revocación», determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba; en tal hipótesis, el juzgador aplica la pena reservada en la parte resolutive

de la sentencia, que puede ser pena de privación efectiva, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días-libres o inhabilitación.

2.4. Extinción del Régimen de Prueba

En el caso de que el régimen de prueba hubiese culminado satisfactoriamente por parte del agente, es decir, no habiéndose incumplido las reglas de conducta, se declarará extinguido el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado; en consecuencia, se extingue la responsabilidad criminal, se extingue la ejecución de la pena, y el agente recobra un status jurídico, como si nunca hubiese cometido delito alguno, tanto para la administración de justicia como para la sociedad, de este modo los fines de prevención especial cobran vigencia real y fáctica.

3. EXENCIÓN DE PENA

3.1. Consideraciones Generales

Seguir en estricto una tendencia reductiva del poder penal, supone a su vez, dotar a la ciencia del Derecho penal, de criterios valorativos, cuya eminente racionalidad permita hacer distingos importantes, en orden a fijar la graduación y la clase de sanción punitiva, sabedores de las consecuencias perniciosas de la pena de reclusión privativa de libertad; entendemos, entonces, que el programa «Garantista» del Derecho penal, permite articular respuestas punitivas, encaminadas a lograr los fines utilitarios de la pena, en lo que respecta a la prevención especial positiva.

Conforme lo anotado, los denominados «Sustitutivos Penales», se armonizan perfectamente con la humanización del derecho punitivo, sin dejar de lado los otros fines, que también debe perseguir la justicia penal; siendo, que la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio, resultan de aplicación ante injustos que revelan un menor contenido antijurídico, propiciando la prescindencia de la pena.

Siguiendo con la formulación política criminal anotada, se puede bajar aún más, la intensidad de la reacción punitiva, mediando una «Exención de la Pena», según los términos normativos contenidos en el artículo 68° del CP, cuando el delito este previsto en la ley, con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuera mínima, conforme la redacción normativa, traída por la modificación al articulado, vía la sanción del artículo 1° de la Ley N° 29407 del 18 de septiembre del 2009.

Resulta aconsejable, por tanto, prescindir de la pena, desde un prisma totalizador, sin ni siquiera reservar o suspender su ejecución efectiva, pues como se desprende de los enunciados normativos en cuestión, el juzgador no hace uso de las reglas de conducta; lo que debe quedar claro, es que el órgano judicial, muy a pesar, de declarar la exención de responsabilidad penal, sigue obligado a pronunciarse sobre la pretensión indemnizatoria de la víctima, de no ser así, se estaría promoviendo un debilitamiento significativo de lo que debemos considerar por tutela jurisdiccional efectiva.

Un régimen en libertad, resulta el ambiente más propicio para lograr una verdadera *rehabilitación social*, una efectiva reintegración del agente con la comunidad, a la cual defraudó con su infracción normativa, en tal virtud, el merecimiento y necesidad de pena, no presupone únicamente la culpabilidad del autor. Hemos subrayado, que la pena no debe apuntar sólo al reflejo de la culpabilidad, sino también a finalidades preventivas.

Un Derecho penal que se dice «democrático», no puede mantener su sistema de punición, sostenido básicamente sobre un sentir retributivo; debe encaminarse hacia objetivos preventivos, de evitar la sanción allí donde lo aconsejen, conveniencias utilitarias

La concepción aquí defendida, se corresponde de plano, con una concepción de política criminal en el pensamiento sistemático, propuestos por el penalista alemán CLAUS ROXIN¹⁰⁴⁹.

Componiendo el hilo conductor de las ideas, tenemos que esos mecanismos punitivos, se manifiesta en la inclusión de herramientas óptimas de política criminal, cuyo logro más importante, es la prescindencia de la *pena privativa de libertad*; en cuanto a una propuesta reductora del poder penal, mediando un racional valoración del contenido material del injusto, donde la ofensa social por el hecho punible cometido, es en realidad mínimo; siguiendo en rigor, una orientación del derecho comparado, lógicamente en sistemas punitivos democráticos y, entre aquéllos asume un protagonismo especial, la denominada «Exención de la Pena».

Se le conoce también como la composición, pues, el agravante y el agraviado, espontáneamente o auspiciados por el colectivo social encuentran formas de reconciliación con las que el Estado no puede ser indiferente¹⁰⁵⁰.

1049 Pensamientos compaginados en la obra de ROXIN, traducida por el penalista nacional, el Dr. Manuel Abanto Vázquez: "*Problemas actuales de Dogmática Penal*". ARA Editores. Iera. Edición, 2004. En particular el artículo: "*Normativismo, Política Criminal, Empirismo en la Dogmática Penal*" (*Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*).

1050 PEÑA CABRERA, R.; ob. cit.

Es de verse, que la «exención de pena», importa una dispensa que se le confiere al órgano jurisdiccional, a aquel autor, que a pesar de haber cometido un injusto culpable, no resulta merecedor de una pena, en razón de decaer fuertemente las finalidades de prevención, tanto general como especial (*negativa*).

Vemos al respecto, que el artículo 68° del CP, reza de la siguiente manera: *"El Juez podrá eximir de sanción en los casos en que el delito está previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima"*.

El precepto invocado, es claro a exigir condiciones del injusto y de la culpabilidad del autor, que aconsejen una respuesta particularmente distinta, en este caso, la justificación de la exención punitiva, se explica fundamentalmente sobre finalidades preventivas de la pena; en tanto, ni la sociedad debe ser intimidada ante un injusto de mínima trascendencia social, y, asimismo, el sujeto infractor, no necesita ser internado en un reclusorio a fin de que sea sometido a un tratamiento penitenciario.

No se trata de un acto de gracia sino de la abstención por parte del Estado de aplicar una pena por la responsabilidad mínima del agente¹⁰⁵¹.

El Juez se dispensa de aplicar una pena, en razón del principio de «Insignificancia» del injusto, que se traduce en una sustancial reducción del poder punitivo, ahí donde no es necesaria ni conveniente la imposición de una pena.

El precepto —in comento—, confiere al juez una potestad discrecional de optar o no por la aplicación de la pena, de acuerdo con el delito cometido (pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa) y en base a un mínimo grado de reproche culpable.

Así la siguiente ejecutoria (Exp. N° 881-995-San Martín): *"Para aplicarse la exención de pena a la inculpada, a pesar de haberse demostrado su responsabilidad en el delito de peculado culposo, debe considerarse que la pena aplicable es menor de dos años de pena privativa de libertad, que ha devuelto el dinero perdido y ya haber sido sancionada administrativamente"*¹⁰⁵².

A diferencia de lo que toma lugar —tanto en la suspensión condicional de la pena con la reserva del fallo condenatorio—, el agente no tiene que ser sometido a determinadas reglas de conducta a fin de obtener la dispensa definitiva de la justicia penal; en la medida que el sujeto infractor, resulta exonerado de sanción, no obstante habersele hallado culpable, en tal sentido de la exención de pena no se derivan antecedentes penales ni judiciales, pues no hay pena susceptible de inscribir en los referidos registros.

1051 PEÑA CABRERA, R; *ibidem*.

1052 "Serie de Jurisprudencia 3". Academia Nacional de la Magistratura, cit., p. 334.

Así también, vemos que la «exención de pena», podrá ser nuevamente aplicada, a quien vuelve a cometer un delito, siempre que las características particulares del caso en cuestión, se adecue a las exigencias aquí mencionadas.

4. LA REHABILITACIÓN

La relación delito-pena presupone un sujeto culpable que ha dirigido su conducta con cognición normativa hacia la comisión de un injusto¹⁰⁵³, que sumado a los fines preventivos, legitiman la imposición de una pena, según los dictados del Estado de Derecho.

Luego de culminado el proceso determinativo de la pena como corolario del procedimiento penal, se impone un determinado *quantum* de pena que deberá ejecutarse según la naturaleza de la sanción punitiva impuesta a la persona del infractor. Para este fin se supone que el condenado ha asumido los costes gravosos de su infracción normativa, y para ello se somete a la jurisdicción de la justicia penal, con el objeto de enfrentar las consecuencias jurídicas de su comportamiento antijurídico.

Cumplido el periodo de pena efectivamente ejecutado (en otros bajo regímenes diferenciados: medidas limitativas de derecho), el condenado habrá saldado su deuda con la sociedad -a la cual defraudó vulnerando los valores fundamentales-, y, lo más importante según nuestra posición expuesta anteriormente, es que el fin de prevención especial adquiere concreción o dígame vigencia empírica.

A lo que apunta la normativa -in examine-, es que el reo esté en reales posibilidades de poder reinsertarse en la comunidad social y que pueda recuperar los roles sociales suspendidos con la pena. Este objetivo únicamente puede lograrse si es que se procura que el supuesto rehabilitado pueda recuperar sus derechos -suspendidos o restringidos-¹⁰⁵⁴ a fin de que éste pueda desarrollar sus roles y funciones que le posibiliten participar en las diversas actividades socio-económicas, así como de evitar el proceso de estigmatización y rotulación social, mediante la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales.

De nada serviría el tratamiento de rehabilitación social -sea en libertad o en estancia de una institución custodial-, si el proceso criminalizador se prolon-

1053 ROXIN entiende a la culpabilidad como un "actuar injusto pese a la asequibilidad normativa"; *Problemas actuales de Dogmática Penal*, cit., p. 65.

1054 Sean estos derechos civiles y políticos, a ejercer la patria potestad, de desarrollar un determinado oficio, cargo o industria, así como poder ser elegidos y de elegir a sus representantes políticos.

ga más allá de la condena, pues, el etiquetamiento de "ex -convicto", produce serios problemas de marginación y de exclusión social, a instancias de una sociedad azotada por una criminalidad emergente que ha creado en la actualidad un estado de temor y de inseguridad en nuestra población.

Conforme las aristas de un «Derecho penal del acto», en el cual el autor culpable únicamente puede ser sancionado por la comisión de un injusto, la pena no puede trascender los contornos del principio de proporcionalidad; asimismo, es de verse, que su sentir retributivo, no pueden ser definidos bajo criterios de *peligrosidad social*, a través de mecanismos de publicidad y control¹⁰⁵⁵, que sirvan para identificar a los denominados «sujetos peligrosos», so pena de imposibilitar la reincorporación del penado al seno de la sociedad.

A las críticas fundadas que recaen sobre la utopía resocializadora en virtud a los efectos perniciosos de la estancia carcelaria, se suma la ausencia de verdaderos mecanismos post-punitivos, es decir, de asistencia tutelar que sirvan para procurar la reinsertación del penado a la sociedad.

Según, el plano de valores compaginados en el texto ius-fundamental, la verdadera tarea de *rehabilitación social*, trasciende el decurso efectivo del cumplimiento de la pena, la cual debe extenderse a través de políticas estatales sociales, que permitan viabilizar la participación del ex-reo en concretas actividades sociales, vía el trabajo y la educación, de conformidad con lo previstos en los artículos 65^{o1056} y 125^o y ss., del CEP, cuyo contenido regula la «Asistencia Postpenitenciaria», desarrollada y ejecutada por las «Juntas de Asistencia Postpenitenciaria» (artículo 126)¹⁰⁵⁷, instituciones que valgan verdades, pareciese que no funcionan en la realidad, tal vez dificultado por carencias materiales.

1055 Así, HERRERA MORENO Myrian. *Publicidad y Control Penal. Nuevas Estrategias Inocuidadoras en la post-Modernidad Penal*. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley, Lima, 2002, ps. 27 y ss.

1056 Tal como lo prescribe este artículo "El trabajo es un derecho y, un deber del interno, contribuye a su rehabilitación, se organiza y planifica atendiendo a su aptitud y calificación laboral compatible con la seguridad del establecimiento penitenciario". Se busca su reinserción social -entre otros medios- a través del trabajo. El famoso penitenciarista inglés HOWARD decía que "hacer a un hombre trabajador es volverlo honrado". En: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso/ FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*, cit., p. 187.

1057 La Asistencia Post-penitenciaria así como las Juntas de Asistencia Post-penitenciaria, no son objeto de regulación por parte del nuevo Reglamento del Código de Ejecución Penal (DS N° 015-2003-JUS) a diferencia del Reglamento derogado (DS N° 023- 2001-JUS) que regulaba esta institución en los artículos 270 bis 273 del referido cuerpo normativo; dicho vacío normativo suponemos obedecerá al intento de reformular la asistencia post-penitenciaria a efecto de introducir mecanismos que se correspondan de plano con la realidad; a tal efecto, no entendemos que no se haya hecho mención al respecto, lo cual parecería una dejadez del legislador, de un momento trascendental para la consecución del programa de prevención especial positiva.

Es de verse, entonces, que el cumplimiento total de la pena o de la medida de seguridad que fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad queda rehabilitado sin más trámite¹⁰⁵⁸. Es decir, se produce su desvinculación con el sistema penitenciario y recobra la vigencia de sus derechos ciudadanos¹⁰⁵⁹, en el caso, de haber purgado pena efectiva de privación de libertad, se produce su excarcelación¹⁰⁶⁰ y en el caso, de haber sido sometido, a un periodo de prueba vía condena condicional o reserva del fallo condenatorio, supone el cese definitivo del control judicial.

Se produce una crítica a instancias de la extinción de la responsabilidad criminal a efectos de cumplida la medida de seguridad, pues, si la medida de seguridad presupone necesariamente la incapacidad de responsabilidad penal, en tanto, no resulta racional hacer responder por el conflicto social ante agentes que presentan *deficiencias de motivación normativa*. Únicamente, se podrá hablar de responsabilidad penal extinguida, en el caso de los imputables relativos, quienes después de haber sido sometidos a una medida de seguridad pueden ser pasibles de una pena de privación de libertad, subordinado aquello, a las facultades discrecionales del juzgador.

Las medidas de seguridad presuponen en realidad peligrosidad social *post delictum*, donde cumplida la misma, muy difícilmente podremos constatar una verdadera rehabilitación, sobre todo, en los sujetos infractores, que sufren graves trastornos mentales.

1058 Artículo 69° del CP.

1059 La LOGP (Ley Orgánica General Penitenciaria) española, en su Título IV, artículo 73°, declara normativamente lo siguiente: "*Los condenados que hayan cumplido su pena o los que de algún otro modo hayan extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en sus derechos como ciudadanos, sin que los antecedentes penales puedan ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica*".

1060 La libertad por cumplimiento de condena se encuentra prevista en los artículos 208° a 210° del Reglamento del CEP, que entre otras cosas, regula el procedimiento administrativo que se debe llevar a cabo para lograr la excarcelación del condenado, es decir, el egreso definitivo del establecimiento penitenciario; a tal efecto, se establece que en la fecha de vencimiento de la condena, la Oficina de Registro Penitenciario o quien haga sus veces dispondrá la excarcelación del interno que haya cumplido su condena, siempre que no registre proceso penal con mandato de detención u otra condena pendiente de cumplimiento. Dentro del término de cuarenta y ocho horas antes de la fecha de cumplimiento de la pena, a solicitud del interno, el director del establecimiento penitenciario organizará un expediente de libertad por cumplimiento de condena, que deberá contener los siguientes documentos: 1.-Copia certificada de la sentencia con la correspondiente constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada. 2.-Certificado de no tener proceso penal pendiente de juzgamiento con mandato de detención. 3.-Certificado de cómputo laboral o estudio; y, 4.-Informe del área legal en que se compute el tiempo redimido y el tiempo de la pena efectiva de modo que se acredite el cumplimiento total de la condena. Concluida la formación del citado expediente, el director del establecimiento penitenciario resolverá tal petición dentro de dos días hábiles. En caso de excarcelación, comunicará al director regional del Instituto Nacional Penitenciario de su jurisdicción.

Luego, nos preguntamos: ¿Si es que la imposición de una medida de seguridad acarrea su inscripción en el Registro de antecedentes penales y judiciales, en tanto, la codificación penal no dice nada al respecto? A nuestro entender, los efectos del cumplimiento de las medidas de seguridad son de naturaleza distinta a la de las penas, cuya regulación de *lege ferenda* debe insertarse en el Título correspondiente.

Asimismo, observamos, que el cumplimiento de las penas tampoco implica necesariamente la rehabilitación del condenado, tal como lo demuestran los datos reales que arrojan las estadísticas penitenciarias, de conformidad con la alta tasa de reincidencia en nuestro país.

Conforme lo anotado, este capítulo debería denominarse «De la cancelación de los antecedentes y de la restitución de los derechos suspendidos o restringidos»¹⁰⁶¹.

5. EFECTOS DE LA REHABILITACIÓN

A fin de dar contenido interpretativo, a esta temática en cuestión, hemos de invocar la literalidad del artículo 69º del CP, que reza de la siguiente manera:

“El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. *Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,*
2. *La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.*

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia, la cancelación será definitiva.”

Se tiene que, la «Rehabilitación», como institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 69º del CP, modificado por la Ley N° 29407, en cuyo Primer Párrafo se establece que: *“El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsa-*

¹⁰⁶¹ Así, BOLDOVA PASAMAR al analizar el Capítulo II del Título VII, del Código Penal español de 1995, que lleva por rúbrica: *“De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”*; op.cit., p. 345.

*bilidad, queda rehabilitado sin más trámite*¹⁰⁶², dicha proposición contempla la "Rehabilitación Automática", la cual significa que una vez cumplido el tiempo de la condena (de la pena o medida de seguridad), se extingue la responsabilidad penal, toda vez que el condenado se ha reivindicado con la sociedad, al haber cumplir su deuda punitiva a cabalidad, en concordancia con el fin preventivo-especial asignado a la pena¹⁰⁶³.

El cumplimiento de la condena importa una situación que concluye definitivamente con la ejecución penal, donde se comunica a la autoridad administrativa, de oficio o a instancia del condenado, el cumplimiento efectivo de la pena mediante una resolución judicial que ordena la excarcelación, denominada "licenciamiento definitivo", cursándose además al "Registro Nacional de Condenas", la resolución judicial de rehabilitación ordenando la cancelación de los antecedentes penales.

Ahora bien, es sabido por todos, que la sanción de la Ley N° 28730, supuso la modificación del artículo 69° del CP (Rehabilitación), habiendo incorporado un último párrafo, que señalaba a la letra lo siguiente "*La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena*"; en tal merced, los antecedentes penales que ya hubiesen sido cancelados en virtud de una pena ya cumplida, resurgirán o mejor dicho revivirán cuando el ex -penado vuelve a cometer un nuevo delito (doloso).

En este punto habíamos identificado, una incoherencia insalvable entre los artículos 69° y 70°, pues, el Juez para poder aplicar la reincidencia como circunstancia agravante, se debe solicitar información a la Gerencia de Servicios Judiciales del Poder Judicial que cuenta con el Registro Nacional de Condenas, pero, el artículo 70° prohíbe expresamente que esta información pueda ser remitida a ninguna entidad o persona, incluyendo esta proscripción a los jueces penales. Siendo así, el juez cuenta con un escollo legal que no le permitirá hurgar en los antecedentes penales del «Reincidente» y si éste lo solicita de todos modos sería pasible de ser denunciado por los delitos de Prevaricato o de Abuso de Autoridad.

El legislador en este caso, por la premura de ofrecer respuestas político-penales al fenómeno de la reincidencia delictiva, legisla de forma fragmentaria, sin tomar en consideración que un cuerpo sustantivo comprende una sistema-

1062 Las cursivas son mías.

1063 El fin preventivo - especial se encuentra contemplado en el numeral 22) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

tización de ordenaciones legales, cuya coherencia es la base de su plenitud y de seguridad jurídica.

Vemos, por tanto, que estos vacíos normativos colocaban al juzgador, en una disyuntiva normativa que difícilmente podía ser dilucidada, dejando a salvo la necesidad de una modificación de *lege ferenda*.

Hemos subrayado, en una capitulación precedente, que sólo puede tomar lugar una Reincidencia «temporal», a fin de cautelar la reinserción social del condenado, así también la *conexividad delictiva*, que sólo ha de advertirse en un espacio temporal debidamente determinado; de no ser así, deslegitimamos esta institución jurídico-penal y, de paso colocamos una serie de obstáculos a los fines que «constitucionalmente», debe perseguir el estadio de la ejecución penal.

Pasado ya un tiempo significativo, en el cual no se ha manifestado conductivamente la *reiterancia delictiva*, ya no puede dar paso a la conexividad, por tanto a la legitimación de que el Estado vuelva a recoger dicho hecho, para agravar la pena por el hecho punible subsiguiente.

Sobre este punto, la reforma, traída a más por la dación de la Ley N° 29407 de septiembre del 2009, ha significado la inclusión de un intervalo temporal, a efectos de incurrir en la comisión de un *nuevo delito doloso*: en un lapso que no *exceda de cinco años*. Por consiguiente, se establece un plazo racional, en vista de cautelar los fines *preventivo-especiales de la pena* así como las posibilidades de *reinserción social* del penado en el sistema social.

En monografías anteriores, habíamos advertido la inconsistencia de esta institución, refida con los cometidos de *rehabilitación social*, en lo que respecta a la previsión normativa del artículo 69° del CP, pues se había fijado, que la *Reincidencia dejaba sin efectos la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena*. Con la reforma in comento, su subsana dicha incongruencia, estableciéndose en dicho articulado, que *tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia, la cancelación será definitiva*.

Según lo expuesto, se pone un límite temporal, amén de poder valorar por el juez, los antecedentes penales del condenado, si es que reincide en la comisión de un nuevo delito doloso en un lapso de tiempo que no exceda de cinco años. Transcurrido dicho plazo, ya no será posible agravar la pena al condenado vía la institución de la Reincidencia, produciéndose la «Rehabilitación definitiva».

Lo dicho, debe ser confrontado con el último párrafo del artículo 46º-B, donde se prevé que: "*En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados*".

La modificación del artículo 69º del CP, implica el reconocimiento de una «Cancelación Provisional» y una «Cancelación Definitiva» de los antecedentes penales; siendo que por medio de la primera, el juzgador, está aún en condiciones de poder aplicar la figura de la Reincidencia —como circunstancia agravante—. Luego de transcurrido los *cinco años* que estipula la norma, la cancelación se torna en *definitiva*, de modo que ya no resulta jurídicamente admisible, que la judicatura pueda remitirse a los antecedentes penales para poder sustentar una agravación punitiva, al margen de poderse aplicar la figura de la Habitualidad —contenida en el artículo 46º-C—.

Consecuentemente, la previsión normativa —in comento—, resulta innecesaria, en la medida que dicha proscripción ha de inferirse lógicamente del tenor literal del primer párrafo del artículo 46º-B.

CAPÍTULO XXXVI

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. Causas de Extinción de la Responsabilidad Penal. 2.1. *La Muerte del Imputado*. 2.2. *La Prescripción*. A. *Consideraciones Generales*. B. *La Fundamentación de la Prescripción desde las Teorías de la Pena*: a. *Teoría Absoluta de la Pena*. b. *Teoría de la Prevención General Negativa*. c. *Teoría de la Prevención Especial*. d. *Teoría de la Prevención General Positiva*. C. *Naturaleza Jurídica de la Prescripción*. D. *Los Plazos de Prescripción*: Los Plazos Ordinarios: a. *Excepción Restrictiva*. b. *Excepción Ampliatoria*. c. *La Prescripción en el Concurso Real de Delitos*. d. *La Prescripción en el Concurso Ideal de Delitos*. e. *La Reducción de los Plazos Prescriptorios*. F. *La Iniciación de los Plazos Prescriptorios*: 1) *En la Tentativa*. 2) *En los delitos Instantáneos*. 3) *En el delito Continuo*. 4) *El Delito Permanente*. E. *La Interrupción de la Prescripción de la Acción Penal*: a. *Las actuaciones del Ministerio Público*. b. *Las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales*. c. *La comisión de un nuevo delito doloso*. F. *La Prescripción Extraordinaria*. G. *La Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal*. Causales de Suspensión: a. *La Cuestión Previa*. b. *La Cuestión Prejudicial*. c. *El Antejudicio Constitucional*. d. *El Desafuero Parlamentario*. b. *La Prescripción del delito y su relación con la Ley de Contumacia (consideraciones generales)*. H. *Individualización de la Prescripción*. *La Prescripción del Delito y su Relación con la Ley de Contumacia*. I. *La Renuncia de la Prescripción*. 2.3. *La Cosa Juzgada*. 2.4. *El Desistimiento*. 2.5. *La Transacción*. 3. Causales Exclusivas de Extinción de la Pena. 3.1. *La Prescripción de la Pena*. a. *Generalidades*. b. *El Inicio de los plazos prescriptorios*. c. *La Interrupción*. d. *La Prescripción Extraordinaria*. 3.2. *La Amnistía*. Generalidades. 3.3. *El Indulto*. 3.4. *El Perdón del Ofendido*. 3.5. *La Exención de Pena*. 3.6. *El Cumplimiento de la Condena*.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Ni bien conocida la *notitia criminis* por los órganos estatales predispuestos, aquéllos se encuentran obligados a reclamar ante la jurisdicción penal, la apertura de un procedimiento penal, a fin de que los supuestos autores sean

sometidos a la instancia judicial, en cuanto a la determinación de una supuesta culpabilidad por el hecho punible atribuido (*juicio de imputación*), en cuanto a la lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico, penalmente tutelado por la codificación punitiva.

Es de verse, que la materialización del Derecho penal, necesita de la instauración de un procedimiento formal, a efecto de que el *ius puniendi* pueda recaer sobre quien conscientemente vulneró la norma jurídico-penal; entonces, el Derecho penal sólo adquiere concreción, a partir de la activación del Proceso Penal.

Conforme lo anotado, el derecho a penar surge como una necesidad indispensable en una sociedad imperfecta como la de los hombres, a fin de tutelar los intereses o valores más fundamentales, tanto para el individuo como para la sociedad.

La elevación de estos valores fundamentales bajo la denominación de: «bienes jurídicos», supone una jerarquización valorativa de primer orden, que el Estado a través del control social punitivo se ha encargado de tutelar, en tanto, su vulneración o puesta en peligro produce una intolerabilidad social; hecho que amerita la automática respuesta de las agencias estatales funcionalmente encargadas para perseguir, acusar y finalmente decidir la imposición de una pena, siempre y cuando, se cumpla con ciertos requisitos derivados de principios materiales y procesales.

Ciertamente, es el principio de «legalidad procesal», como legitimación y limitación del poder penal estatal, que confiere a determinados órganos funcionales estatales, la competencia de perseguir y sancionar a todos aquellos sobre los cuales recae una vehemente sospecha de culpabilidad.

El principio de legalidad obliga a las agencias estatales, a actuar conforme a sus deberes *funcionariales*, de responder a los intereses generales de la sociedad; al Fiscal de iniciar una investigación ni bien toma conocimiento de la comisión de un hecho punible y de acusar si es que existen indicios razonables de la comisión de delito y de responsabilidad penal (promueve y defiende los intereses de la sociedad); y al juzgador, según el principio de jurisdiccionalidad, se le confiere la potestad de administrar justicia, que en materia penal, significará la imposición de la especie pública más grave: la pena, tal como lo delimita el principio acusatorio de acuerdo al modelo de Proceso Penal en el marco del estado Constitucional de Derecho; (...) de ahí que el principio de legalidad implique necesariamente la obligación de ejercicio de la acción de ese carácter en presencia de ciertos presupuestos suficientemente descritos en los rasgos que hagan posible su identificación¹⁰⁶⁴.

1064 PERFECTO AÑORES Ibáñez; *Entre Política y Derecho: El Estatuto del Actor Público en el Proceso Penal*. En: "Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales". Consejo General del Poder Judicial. Oseznó Editores. España, 2003, cit., ps. 14-15.

Visto así las cosas, la función punitiva queda relegada de la autonomía de las instituciones de persecución penal, en virtud de la naturaleza jurídica de la acción penal, la cual es indelegable, indisponible y no negociable.

Es de verse, que la consideración expuesta, puede encontrar objeción a partir de los nuevos mecanismos de justicia consensuada que se vienen incorporando a nuestro derecho positivo, gracias a la importación de instituciones propias del derecho anglosajón. Lo que queda claro, es que el ejercicio obligatorio en el ejercicio de la acción penal, se sostiene axiológicamente, de las funciones esenciales del Derecho penal: de la protección de bienes jurídicos y de prevenir la comisión de delitos actuando sobre la individualidad (prevención especial) o sobre el colectivo (prevención general).

En este orden de ideas, no podemos dejar de decir, que el Derecho penal, importa una de las funciones más esenciales e importantes del legislador y del ordenamiento jurídico, que a través del Derecho procesal penal se legitima la intervención del Estado en los bienes jurídicos del imputado, quien infringió culpablemente una norma de contenido penal. De aquello se deduce, que la manifestación punitiva comporta una expresión pura de soberanía nacional, donde el Estado se encuentra facultado a utilizar.

Con arreglo a los principios de «legalidad» y de «oficialidad», el órgano persecutor público —en principio—, no está en posibilidad de abstenerse de ejercitar la acción penal, puesto que sobre él recae un deber jurídico-público, actuando a nombre de la sociedad y en defensa de los bienes jurídicos fundamentales, no importa un derecho subjetivo a nombre propio, sino de naturaleza *sui generis*.

El nuevo CPP enfatiza esta función, y la desdobla en un sentido opuesto, estableciendo en el artículo IV del Título Preliminar, que el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad indagando los hechos constitutivos del delito, los que acrediten o determinen la responsabilidad o inocencia del imputado; en cuanto a la obligada verificación y comprobación probatoria, de los eximentes y atenuantes de responsabilidad penal, rol que se corresponde plenamente con la defensa material del principio de legalidad.

En el marco del Estado de Derecho, la acción penal se somete a determinados presupuestos, que el representante fiscal no puede desconocer; pues si bien aquél defiende los intereses de la colectividad, esta función no puede desbordar los márgenes normativos que regulan dicha actuación.

La realización del Proceso Penal en el Estado de Derecho, supone limitaciones (prueba prohibida, estado de indefensión, *nemo tenetur se aipso accusare*, actuación de las pruebas en el juzgamiento, *non bis in idem*, etc.); así como el reconocimiento de ciertas reglas probatorias (*in dubio pro reo*). Al constituirse

el Proceso Penal, en un procedimiento compaginado de un rosario de garantías, deben observarse determinadas formalidades, conforme a las normas que identifican el Debido Proceso (*Due process*).

Es de verse también, que existen determinados límites políticos a la efectiva realización y ejercicio del Derecho penal; límites políticos que hacen las veces de obstáculos, en cuanto a una justicia penal, percibida de forma rígida e inflexible, surgen determinados criterios políticos que aconsejan la constitución de ciertas instituciones que vienen a reafirmar la naturaleza política que cubre la potestad punitiva.

Estos controles políticos del Derecho penal -anota BACIGALUPO- son también controles políticos de la justicia penal, pues básicamente afectan a la aplicación del Derecho penal realizada por el Poder Judicial y se encuentran entre las prerrogativas de otros poderes del Estado, que no sólo se explican históricamente como sobrevivencia de instituciones propias de la Monarquía absoluta, es decir, de un Estado de poderes concentrados, por oposición a un Estado basado en la división de poderes¹⁰⁶⁵.

Lo anotado, se corresponde con una actual realidad normativa, si bien, los modelos estatales contemporáneos, han basado su estructura en el Estado Constitucional de Derecho y así lo han sostenido las últimas Cartas Políticas; aparecen aún vigentes determinadas instituciones que reafirman el poder político de los poderes del Estado, sea el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

La vigencia de estas instituciones, de prerrogativas -en todo caso-, se justifica en la necesidad de garantizar la estabilidad operativa de las entidades estatales, no imaginables en un Estado, donde el valor de la justicia se superpone ante cualquier otro valor, no menos importante.

A nuestro entender, resulta necesario y a veces fundamental, colocar ciertos límites a la pretensión punitiva del Estado, límites que resultan indispensables en una real democracia, que necesita de ciertos mecanismos para garantizar el equilibrio de poderes, y, sobre todo, para corregir los posibles errores y arbitrariedades que cualquiera de ellos pueda incurrir.

No obstante lo dicho, la aplicación operativa de estas instituciones debe estar estrictamente reglada, a fin de evitar cualquier desbordamiento de poder político, que a la postre puede significar la vulneración de determinados derechos fundamentales, impedir el uso arbitrario del poder político, como herramienta de interdicción pública, define la protección de la ley penal, como

1065 BACIGALUPO, Enrique; *Los Límites Políticos del Derecho Penal*. En: *"Justicia Penal y Derechos Fundamentales"*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2002, p. 12.

normativa que ha de aplicarse a todos por igual; *lo que queremos decir, es que los límites que hayan de contener el poder penal en un Estado Constitucional de Derecho, sólo han de operar, cuando las circunstancias así lo aconsejen, cuando se deba tutelar el óptimo funcionamiento de la institucionalidad democrática y, no como manto de impunidad, de encubrir, con dichas instituciones, evidentes y manifiestos actos de delictuosidad, que tienen como protagonistas principales a altos funcionarios públicos.*

La imposición de ciertos límites al Derecho penal, no presupone entonces, un relajamiento en el interés del Estado de garantizar la realización efectiva de la justicia, sino de poner un balance entre las poderes de dicho modelo, encaminados a preservar y garantizar la actuación eficiente y continua de la institucionalidad democrática, consustancial a la idea de la separación de poderes.

Siguiendo la línea argumental, vemos que la realización de un hecho punible trae como inmediata respuesta la activación del derecho persecutorio estatal, que legitima la intervención de la administración de justicia, a fin de sancionar punitivamente a quien se le ha probado su participación delictiva en el hecho penal atribuido (*proceso de imputación jurídico-penal*); empero, la realización del *ius puniendi* viene delimitada, por determinadas circunstancias, que en la práctica judicial impiden que la acción penal o la pena puedan ser legítimamente impuestas, muy a pesar de evidenciarse la lesión a un bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal.

Aparecen así, una serie de factores que el legislador ha compilado en este capítulo, que se constituyen en límites, en contenciones, normativamente regladas en el derecho positivo, que impiden de cierto modo, que a todo delito se le imponga una pena, como reacción legitimada del Estado.

Importan entonces, causas impositivas de la acción penal y de la pena, que extinguen en algunos casos la responsabilidad criminal, mientras que en otros, determinan la imposibilidad de aplicar ejecutivamente la pena, a quienes a pesar de haberse declarado judicialmente su responsabilidad, ya no son pasibles de alcanzarles los brazos sancionadores del derecho punitivo. Las causas de extinción de la responsabilidad penal son específicamente circunstancias que sobrevienen después de cometida la infracción y anulan la acción penal o la ejecución de la pena¹⁰⁶⁶.

El legislador ha comprendido una serie de causales o fundamentos agrupándolos como causales de extinción de la responsabilidad penal; en esos casos el Estado da por realizada su misión, ya sea porque la sanción penal ha sido cumplida o es de imposible cumplimiento («muerte del reo», «cumplimiento

1066 LANDROVE DIAZ, G.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 135.

total de la condena», etc.), ya sea porque el particular perjudicado por el delito perdona al autor —perdón que sólo tiene eficacia en algunos delitos—, o bien porque particulares sentimientos de justicia determinen al Estado, a través de sus instituciones, perdonar u olvidar el hecho (indulto o amnistía), o, por último, porque el espacio del tiempo transcurrido, desde la comisión del hecho a la imposición de la pena desaconsejan, por innecesaria, la persecución de aquél o la ejecución de ésta (prescripción del delito y de la pena)¹⁰⁶⁷.

En nuestras propias palabras, aparecen entonces factores o elementos temporales («transcurso inevitable del tiempo»), consecuencias naturales u orgánicas («la muerte»), actos de disposición y de liberalidad de carácter personalísimo, ajenos a razones de justicia («perdón del ofendido»), decisiones políticas en referencia a valoraciones extrapenales del hecho punible («amnistía») y actos de gracia o perdón por razones de humanidad y de justicia correctiva («indulto»).

Compaginan así, una serie de criterios que aconsejan —política y jurídicamente— que el Estado dé por fenecidas sus pretensiones, tanto persecutorias como sancionadoras, amén de dar por culminado el conflicto social producido por el hecho punible, a pesar de que no se manifieste sobre un pronunciamiento sobre el fondo de la imputación criminal; es de verse, que en el caso de la prescripción únicamente se toma en consideración el transcurso del tiempo fijado en la norma, y, en el caso de la amnistía, el hecho punible es sustraído del ámbito de competencia de la justicia penal, al ser declarado no justiciable penalmente.

Más allá de los sustentos que sirven para fundamentar cualesquiera de dichas instituciones, aparecen determinadas objeciones, en cuanto, algunas de estas instituciones no pasan de ser meras consideraciones políticas o criterios economicistas que pueden poner en entredicho valores fundamentales, como la realización de la justicia y los legítimos derechos reparatorios de las víctimas, así como razones de prevención —tanto general como especial—.

Esta pretensión jurisdiccional del Estado se ve entonces interrumpida, no por obstáculos circunstanciales de hecho, como la fuga del delincuente, sino por normas jurídicamente reconocidas y denominadas causales de extinción de la responsabilidad penal¹⁰⁶⁸.

Son en realidad obstáculos y limitaciones de orden político, fundados y sostenidos, sobre determinadas potestades públicas, elaborados y contruidos de los dictados del Estado de Derecho.

1067 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 677.

1068 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal implican por ello la renuncia del Estado a ejercitar su derecho a castigar tales conductas, bien no imponiendo una pena, bien no ejecutando o interrumpiendo la ejecución de la ya impuesta¹⁰⁶⁹.

A este nivel del análisis, resulta importante fijar distinciones entre las causas de extinción de responsabilidad penal con las causas que eximen o atenúan la responsabilidad criminal, estas últimas se encuentran comprendidas en el artículo 20º del CP; en específico, las «causas eximentes», comprende las denominadas «causas de justificación» y los denominados «estados de disculpa», importan determinadas circunstancias que impiden al Estado imponer una pena en razón de ciertas particularidades. En este caso, se encuentra acreditada la comisión de un hecho típico en algunos casos, pero al confrontarse el hecho típico con valores jurídicos de orden superior, éste se convierte automáticamente en un hecho lícito y permitido por el ordenamiento jurídico (preceptos permisivos que agrupan las causas de justificación); y, en otro caso, estamos ante un verdadero injusto penal, pero que realizado el juicio de imputación individual o el denominado «reproche culpable», nos encontramos ante sujetos infractores, que por determinados déficits personales, estructurales o motivacionales, hacen decaer fuertemente la necesidad y el merecimiento de pena por razones de racionalidad, y en otros por consideraciones preventivas (entre éstas, los estados de inimputabilidad y las causas de disculpa - *Schuldbegründe*).

Conforme lo anotado, las causas de exención de pena tienen que ver con el Injusto y con la Culpabilidad; mientras que las causas de extinción de responsabilidad criminal, se construyen jurídicamente, a partir de valoraciones al margen del injusto y de la culpabilidad, que vienen a recalcar en consideraciones políticas y de orden semejante.

En palabras de BOLDOVA PASAMAR las causas de extinción de la responsabilidad penal se diferencian de las «causas que eximen de responsabilidad penal» en que éstas impiden la existencia de un elemento esencial del concepto de delito y, en consecuencia, de la responsabilidad penal misma, en tanto que las causas de extinción de la responsabilidad penal parten de la existencia previa de un delito con todos sus caracteres, incluidas, en su caso, la ausencia de excusas absolutorias y la presencia de condiciones objetivas de punibilidad, negando tan sólo el ejercicio del *ius puniendi*¹⁰⁷⁰. Vemos, por tanto, que nos en-

1069 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 317.

1070 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., ps. 317-318; así, LANDROVE DIAZ; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 135; PEÑA CABRERA, R.; op. cit.

contramos ante una acción u omisión típica y penalmente antijurídica atribuible a un sujeto penalmente responsable y finalmente punible, que por determinadas circunstancias y constelaciones valorativas, se impide legalmente, el ejercicio de la pretensión punitiva estatal.

Resulta preciso destacar, que todas estas causas de extinción de responsabilidad criminal, si bien están compiladas en su solo concepto, no responden a un criterio homogéneo, dadas las diferencias que se evidencian en la naturaleza jurídica de cada una de ellas; en tanto, unas emanan del derecho natural que impiden la instauración del Proceso Penal, en ausencia del actor principal, otras obedecen a determinados efectos que produce el transcurso del tiempo -de naturaleza mixta-, otras se construyen a partir de facultades, que emanan de un alto cargo público en razón de finalidades humanitarias, otras del poder político, en cuanto al poder despenalizador del legislador, mientras que otras del reconocimiento de la voluntad de quien dispone de un determinado bien jurídico.

En resumidas cuentas, identificamos una serie de instituciones, que por su particular naturaleza jurídica, responden a un sentir distinto, empero, se conjugan en una sola dirección política criminal: *de fijar límites al ius puniendi estatal*.

2. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Según lo previsto normativamente en el artículo 78° del CP, modificado según el artículo 1° de la Ley N° 26993 del 24 de noviembre de 1998, la acción penal se extingue por:

1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.
2. Por autoridad de cosa juzgada.
3. En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷¹ La modificación efectuada por el artículo 1° de la Ley N° 27115 del 17/05/1999, produjo sustantivas modificaciones en el Capítulo IX del Código Penal - los delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual; la reforma introducida vino propugnada por un sesgo reivindicatorio de determinados sectores de la sociedad (izquierda y feministas), no por ello ilegítimos, en tanto, se pretende tutelar a las víctimas más débiles de estos delitos, como las menores de 14 años así como de los enajenados, bajo el amparo de los organismos tutelares competentes en aras de evitar una segunda victimización; es de verse, que al tratarse de un horrendo y execrable crimen se protege a la víctima, para que no sea confrontada con su agresor y otras diligencias, que puedan hacerle recrudecer los momentos tan dramáticos que tuvo que vivenciar, así como la disposición de que todos los delitos comprendidos en este capítulo pasan a ser perseguibles por acción penal pública, a fin de reducir la cifra negra de la criminalidad y de asegurar los efectos preventivos de la pena; conforme dicha postura, la referida ley elimina la posibilidad de que el agente pueda ex-

2.1. La Muerte del Imputado

La muerte importa la conclusión definitiva de la vida, inevitable para el ser humano, dada su naturaleza antropológica y biológica; aquella situación que viene dada desde el propio inicio de la vida a todos los mortales, una crónica anunciada del hombre, del cual nadie puede salvarse, manifiesta el propio devenir de la existencia humana.

La estructura orgánica del ser humano se viabiliza a partir del funcionamiento de una serie de órganos, que en conjunto permiten que el hombre pueda desarrollarse psíquica y corporalmente, como apunta el gran filósofo racionalista francés DESCARTES, el hombre posee una dualidad psicofísica: Los seres humanos son alma y cuerpo, el alma es de naturaleza pensante (*res cogitans*) y el cuerpo una naturaleza física (*res extensa*)¹⁰⁷².

Sin entrar al debate de la materia y de la existencia humana, la vida como bien jurídico vital del individuo, permite al hombre desarrollar sus demás bienes jurídicos, por eso se dice, que más allá de la naturaleza material del valor "vida humana", ésta es *conditio sine qua* non para que pueda desarrollar y realizar el resto de intereses jurídicos, conforme a una plataforma de interrelación social.

Conforme lo dispuesto en el artículo 61° del CC, la muerte a efectos jurídicos es la denominada «muerte clínica», definida por el cese irreversible de las funciones cerebrales; de ahí, se produce una serie de efectos jurídicos, donde el hombre pasa de ser sujeto de derecho a un objeto de derecho, importante para permitir la donación de tejidos y órganos.

Lo que a este estudio interesa, importa la relevancia que tiene la extinción de la vida humana a efectos de extinguir la responsabilidad penal.

El Proceso Penal tiene por protagonista principal al imputado, sobre quien recae una imputación *jurídico-penal*, por lo cual es requerido coercitivamente a comparecer ante la justicia penal, sometiéndose a tal efecto, a un procedimiento formal, cuyos fines esencial es la averiguación de los hechos investigados, en cuanto a la punibilidad de la conducta así como la consiguiente responsabilidad penal del indiciado¹⁰⁷³.

tinguir su responsabilidad penal mediante el matrimonio subsiguiente con la agraviada en concordancia con la dación de la Ley N° 26770 del 15 de abril de 1997.

1072 Rene, DESCARTES; *Discurso del Método*. Edición y estudio preliminar de Raymundo CASAS NAVARRO. Editorial Mantaro. Primera edición: julio de 1996, cit., p. 21.

1073 A diferencia del proceso civil donde las partes acuden a la tutela jurisdiccional efectiva a fin de que el juez dirima una controversia aplicando para ello el derecho positivo, que en rigor resulta aplicable a las características del caso concreto.

El Proceso Penal, se construye a partir de una función de derecho público, sabedores que la realización del Derecho penal material, importa una función monopolizadora del Estado, quien a través de las agencias estatales competentes promueven ante la instancia jurisdiccional, la acción penal ante quien con su obrar ha vulnerado los valores fundamentales de una sociedad democrática; por consiguiente, dicha cualidad jurídico-procesal así como de naturaleza material, es personalísima, indelegable e intransferible, a diferencia de la responsabilidad civil, que puede ser transferida a los sucesores del difunto, tal como se desprende de la normativa penal; quiere decir esto, que la responsabilidad penal no puede ser transmitida ni transferida, en virtud de ningún título.

Nuestro Sistema Penal recoge una imputación de carácter individual, revestida de naturaleza psico-física, sólo el ser humano tiene capacidad de responsabilidad penal, puesto que sólo él posee los elementos básicos sobre los cuales se construyen conceptualmente, los conceptos de acción y de culpabilidad; consecuentemente, sólo sobre aquel autor que ha cometido un injusto, puede recaer una sanción tan aflictiva, como lo es la pena.

El *corpus* punitivo vigente, proclama y simboliza normativamente, un «Derecho penal del acto», en cuanto una relación entre injusto y autor responsable, cuyo dualismo existencial interdependiente sirve de base programática al Derecho penal.

Siendo el imputado, la piedra angular del Proceso Penal, su muerte afecta inevitablemente su propia legitimación; sin una persona que se le pueda definir como *inculpado, como sujeto a quien se le atribuye la perpetración del injusto penal, no hay posibilidad material de imponer pena alguna*, su posición en el proceso no resulta susceptible de ser transmitida a título hereditario¹⁰⁷⁴; en concordancia el principio de «responsabilidad penal individual».

La responsabilidad criminal no se hereda -como recalca LANDROVE DIAZ- en contraposición al criterio vigente en anteriores momentos históricos¹⁰⁷⁵, a diferencia de cómo se estipulaba en antiguas codificaciones.

En concreto, la acción penal y la pena se extinguen con la muerte del imputado, como consecuencia directa del principio de personalidad de las penas,

1074 Según lo previsto en el artículo 96° del CP, la obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos hasta donde alcancen los bienes de la herencia; pero, para poder fijarse la Reparación Civil, se necesita imperiosamente de una condena penal, y, si antes de que ésta se pronuncie el imputado fallece, ya no habrá posibilidad de fijar reparación civil alguna, lo cual no obsta a que la víctima o sus familiares, puedan acudir a la vía civil a fin de accionar jurídicamente para obtener tutela para con sus legítimos intereses indemnizatorios.

1075 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 136.

por lo que algunos autores consideran innecesaria su mención¹⁰⁷⁶, es pues, una consecuencia inevitable y automática, que sólo deberá acreditarse con la partida de defunción del imputado, es la aplicación no absoluta desde luego, del aforismo latino *mors omnia solvit* (la muerte lo deshace todo)¹⁰⁷⁷; no es absoluta, puesto que la responsabilidad civil *ex delicto* queda vigente a efectos de promover una acción indemnizatoria, en la vía judicial correspondiente.

Encaminando el análisis jurídico, debemos definir quien tiene la cualidad jurídico-procesal de «imputado», tal como lo ha definido el legislador en esta causal extintiva de responsabilidad.

Imputado vendría a ser todo aquel sujeto, sobre el cual pende una imputación jurídico-penal, de atribuirse a su esfera de organización personal, la comisión de un injusto penal, en cuanto a la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico; sindicación que ha de tomar lugar de forma formal, en cuanto a la garantía del principio acusatorio, nos referimos al derecho que tiene todo sospechoso de conocer la imputación que se formula en su contra; pues a partir de dicho momento, el sindicado tiene todo el derecho de ejercer las acciones propias de su defensa y de contradecir la hipótesis de incriminación, median-do el uso de todos los mecanismos que la ley y la Constitución le reconocen.

Vendría a ser todo aquel sujeto, sobre quien recae una imputación de naturaleza criminal, imputación que puede verse en una denuncia en sede policial, que trae como consecuencia la apertura de una «Investigación Preliminar» o «Diligencias Preliminares», dirigida y conducida por el representante del Ministerio Público.

La calidad de imputado recorre toda la fase de Instrucción, la etapa intermedia, e incluso adquiere vigencia en la etapa del juzgamiento, no obstante ya ser calificado como «acusado», puesto que sobre él recae una acusación fiscal (formal o sustancial); empero, culminado el juzgamiento mediante el acto decisivo de la sentencia de condena, aquél ya no podrá denominarse imputado, sino adquiere la calidad jurídica de «condenado» o «reo»; es en mérito de tal condición, que el legislador consideró conveniente, comprender la muerte del imputado como una causal de extinción de la acción penal en el artículo 78º, y la muerte del condenado, como una causal de extinción de la ejecución de la pena, regulado en el artículo 85º del CP.

1076 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 312; el CP español recoge las causas de extinción de responsabilidad criminal en su artículo 130º y esta causal la define como la «muerte del reo», la salvedad es importante, puesto que la calificación jurídica de «reo» presupone un sujeto condenado.

1077 PEÑA CABRERA, R.; cit.

Si bien la extinción de responsabilidad criminal produce sus efectos jurídicos, tanto en el imputado como en el condenado, ambas situaciones son en realidad distintas; en el caso del imputado, aún no hay certeza y certidumbre acerca de su responsabilidad penal, sobre el injusto cometido, a quien le asiste el principio de presunción de inocencia, como una máxima ético-política; en cambio, sobre el condenado ya existe una certeza y convencimiento sobre su responsabilidad penal, en tanto, se ha cumplido con enervar o destruir el principio de presunción de inocencia.

Dicho lo anterior, en el primer caso podemos hablar de una sospecha de culpabilidad y, en el segundo caso, una responsabilidad ya acreditada judicialmente, denominación más coherente que la llamada «extinción de responsabilidad penal».

En resumidas cuentas, si bien se extingue la posibilidad de perseguir penalmente por la muerte del imputado, la responsabilidad civil queda intacta y susceptible de ser reclamada en la instancia jurisdiccional competente, y ello es así, en virtud de que los criterios de imputación del Derecho penal con el Derecho civil son de naturaleza jurídica distinta, siempre y cuando, las víctimas o sus parientes no se hayan constituido como Parte Civil en el curso del Proceso Penal; a ello cabe añadir, que si la responsabilidad por el daño ocasionado, se encuentra debidamente acreditada así como la responsabilidad subjetiva, a título de dolo o de culpa, no hay reparo alguno, en que la jurisdicción penal, pueda pronunciarse al respecto, muy a pesar de haberse declarado el sobreseimiento de la causa penal.

La responsabilidad penal presupone un sujeto consciente y libre que haya cometido un injusto, pues sólo a aquél se le puede sancionar con una pena, como consecuencia cuasi inevitable de la comisión de un delito.

En cuanto, al caso de la extinción de la pena por muerte del condenado, es claro, que ya existiendo un pronunciamiento judicial firme sobre la culpabilidad del imputado, éste es ahora un condenado, subsistiendo, la pretensión reparatoria de la víctima cuando el reo fallece, pues la responsabilidad se transmite a sus herederos, en cuanto alcance el patrimonio (activos) de la masa hereditaria dejada por el causante, así lo dispone el artículo 96º del Código Penal¹⁰⁷⁸.

1078 Artículo que dispone a la letra lo siguiente: *“La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia...”*.

2.2. La Prescripción

A. Consideraciones Generales

La selectividad de determinadas conductas, como *jurídico-penalmente* relevantes, obedece a un presupuesto material, nos referimos la lesividad social, la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, como el fundamento material, que legitima la intervención del Derecho penal en la esfera de libertad de los ciudadanos; sin embargo, es de verse también, que la lesividad social o el principio de lesividad (*nullum crimen sine nuria*), reposa sobre el principio de fragmentariedad, en tal merced sólo *deben ingresar al ámbito de punición, aquellos comportamientos que manifiestan ámbitos intolerables de convivencia social*.

Ante toda acción se genera una reacción, y, en este sentido, ni bien se toma conocimiento de la *notitia criminis* el Estado activa su potestad persecutoria y enfila su poder penal sobre aquellos que infringieron la norma jurídico-penal; dicha reacción debe ser inmediata, puesto, que los intereses en conflicto que se generan a instancia de la comisión del hecho punible, demandan una impronta respuesta de acuerdo a los valores de justicia y de utilidad.

No obstante lo afirmado, resulta lógico que en el Estado de Derecho se pongan límites a las potestades persecutorias y sancionadoras del poder penal estatal, de forma específica, el transcurso inevitable del tiempo genera consecuencias jurídicas importantes en el marco de la acción penal, en cuanto a su validez y legitimidad.

El paso irremediable del tiempo diluye inoperablemente la alarma social producida por el delito, las necesidades conminatorias no son ya tan fuertes, así como determinadas dificultades probatorias, aconsejan cesar la pretensión persecutoria, en concreto, la realización del Derecho penal en la persona del culpable.

Dicho lo anterior, convenimos que el transcurso del tiempo conlleva una serie de cambios en las relaciones jurídicas¹⁰⁷⁹ entre ciudadanos y entre ciudadano-Estado. Por eso, la prescripción sirve sobre todo a la seguridad jurídica, en la que se encuentra una parte de su legitimación constitucional (*art. 9.3 de*

1079 En materia de derecho civil se observa una serie de efectos, algunos constitutivos, otros declarativos y otros extintivos, como también la prescripción (extintiva y adquisitiva), la caducidad y otros.

la CE; art. 139 inc. 13 de la CP)¹⁰⁸⁰, permitiendo, a su vez, un desenvolvimiento dinámico del orden jurídico¹⁰⁸¹.

Sostuvimos líneas atrás, que aparecen una serie de limitaciones políticas al poder punitivo del Estado, que de cierta forma se oponen a una absoluta realización de la justicia.

A este nivel del análisis, corresponde también destacar, que la realización de la justicia, importa un valor de primer orden, según los dictados del «Estado Constitucional de Derecho», supone un clamor de la ciudadanía, que quienes afecten bienes jurídicos fundamentales, sean sancionados bajo los cauces sancionadores del Derecho penal; en el sentido, de una justicia penal inoperante, debilita la institucionalidad democrática y, más grave aún, despierta la desconfianza en la ciudadanía.

Lo dicho encuentra, plena validez, conforme ciertas descripciones criminológicas, sobre todo en crímenes de lesa gravedad, donde se cuestiona la legitimidad de la prescripción; encaminada la argumentación, a razones puras de justicia, en cuanto a una impunidad intolerable, que los comunitarios no están dispuestos a admitir; por consiguiente, se postula, desde las aristas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, la imprescriptibilidad de los delitos de «lesa humanidad», en cuanto a la lesión de normas de *ius cogens*, donde la ofensa se extiende a toda la comunidad internacional. A partir de dicha estimación, se refuerzan los fines preventivo-generales de la pena, así como el fortalecimiento de los sentimientos de justicia.

En esta perspectiva se pronuncia BUSTOS RAMÍREZ al señalar que la necesidad de pena mantiene intacta la facultad punitiva estatal, respecto a los delitos de *lesa humanidad* y crímenes de guerra¹⁰⁸².

La prescripción en derecho penal consiste en la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo; este es un factor determinante para fijar o no la sanción penal o el cumplimiento de la pena¹⁰⁸³. Para ello, el legislador ha fijado determinados plazos en la ley a fin de adecuar la prescripción a la naturaleza de cada figura delictiva en particular.

Desde una singular posición, se argumenta que las pretensiones persecutorias y sancionadoras del *ius puniendi* no pueden estar vigentes indefinidamente, es decir, los hechos punibles no deben ser susceptibles de persecución por siempre, y, ello por una serie de factores y elementos que podrían poner en

1080 Las cursivas son del autor.

1081 BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 331.

1082 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 414.

1083 PEÑA CABRERA, R.; cit.

riesgo la seguridad jurídica así como otras consideraciones, de orden material. Así ROY FREYRE al apuntar que la vida humana es única e irrepetible y está sujeta a una limitación temporal, por haber determinado la naturaleza de su extinción ineludible, ya sea por degeneración orgánica espontánea o microbiológica, o también por potencia de factores físicos o mecánicos que son extraños a la voluntad, entonces deviene absurda cualquier pretensión de la ley de mantener perpetuamente la posibilidad de ejecutar un castigo cuando su efectividad se ve frustrada por cualquier circunstancia¹⁰⁸⁴.

Se justifica esta regulación legal de algo inicialmente injusto, con muy diversas argumentaciones a saber: el ya mencionado efecto destructor del tiempo, que borra de la mente de los hombres el recuerdo del delito cometido; la destrucción de las pruebas, que dificulta la correcta instrucción de un proceso; la improcedencia de castigar a alguien que lleva muchos años desarrollando una vida honrada en libertad, con lo que se demuestra su falta de peligrosidad; incluso se ha llegado a hablar del aprovechamiento del delincuente de una negligencia o abandono por parte del Estado en el ejercicio de la acción punitiva¹⁰⁸⁵.

Vemos, que son variados los fundamentos para legitimar la validez jurídica de la prescripción, algunos de ellos fácilmente rebatibles de acuerdo a estimaciones fácticas y de pura praxis judicial.

Lo cierto, es que la procedencia de la prescripción impide que el Estado ejerza una de sus funciones más importantes a saber, en cuanto a la *materialización del ius puniendi estatal, sobre todos aquellos, que con su proceder anti-jurídico, han lesionado o puesto en peligro, los bienes jurídicos fundamentales, tanto del individuo como de la sociedad*; siendo que de su sustentación programática, su validez en injustos sumamente graves -como los delitos de *lesa humanidad*, así como los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado- está siendo duramente cuestionada, de porqué, se debe cesar con la facultad persecutoria ante agentes delictivos que han cometido los más horrendos crímenes o por aquellos que aprovechándose de la función pública encomendada, han defraudado los intereses del colectivo, en cuanto plataforma social, sobre la cual se asienta y encamina toda la labor de la Administración Pública.

Incluimos esta acotación en la presente discusión, por la sencilla razón, de que un análisis riguroso de la institución de la prescripción, no la podemos sustraer de valoraciones político-criminales y político-sociales.

El enfoque criminológico resulta también contundente en sociedades como la nuestra, donde muchos de los conflictos penales que se tramitan en

1084 ROY FREYRE, Luis E.; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*. Editorial Grijley. Lima, 1998, cit., p. 115.

1085 LANDROVE DIAZ; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, cit., p. 144.

nuestros tribunales de justicia penal, culminan a instancia de la prescripción; el delincuente sabe a ciencia cierta, sobre todo el habitual y el reincidente, cuál es el tiempo que debe transcurrir para que pueda darse por extinguida la facultad persecutoria del Estado.

Al margen de declaraciones de «contumacias», delincuentes de alto *status* económico y social (cuello blanco; *white collar crimes*) así como los sujetos infractores de bienes jurídicos institucionales, cuentan a su favor, con una serie de argucias y mecanismos dilatorios a fin de entrapar el Proceso Penal por un buen tiempo y, así pretenden beneficiarse con el transcurso del tiempo; aspecto a saber, que debe evitarse a toda costa, en el sentido de que la judicatura, al momento de examinar el transcurso del tiempo, ha de valorar las conductas obstruccionistas de las partes en conflicto, en pos de rechazar una solicitud de prescripción de la acción penal, peticionada por la defensa.

Aparecen así otros factores, como el cáncer de la corrupción, de quienes manejan y administran la justicia penal, componendas políticas, a nivel de los altos poderes del Estado así como otras anomias, que en puridad obstaculizan una labor eficiente de las agencias de persecución; con ello queremos decir, que la lentitud, con cual se tramitan las causas penales, hacen del procedimiento penal, un campo fecundo, para que sujetos, procesados por la comisión de una serie de hechos punibles, hagan uso de la prescripción y, así sustraerse del ámbito de punición, con la consiguiente impunidad que ello genera. A tal efecto, la entrada en vigencia del nuevo CPP, afianza la idea de un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho de todo justiciable de ser sometido a un plazo razonable; vemos, conforme se desprende de los preceptos legales, de la nueva codificación adjetiva, que los plazos procesales son más cortos y de estricta observancia, apareciendo en escena los controles que toman lugar en las audiencias, ante el juez de la IP.

En este contexto, el reconocimiento de que el tiempo transcurrido desde la comisión de un delito puede operar como una solución sin pena del conflicto no ha sido hasta ahora fácil de admitir¹⁰⁸⁶.

Su explicación material, porque no decirlo racional, en cuanto a revestir a la institución de la «Prescripción», de legitimidad, a tratado construirse desde las diversas teorías de la pena; en cuanto a los fundamentos jurídico-filosóficos, que pueden justificar su existencia, conforme la estructura de un Estado Constitucional de Derecho.

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Expediente N° 1805-2005-HC/TC:

1086 BACIGALUPO, E.; *Los Límites Políticos del Derecho Penal*, cit., p. 26.

6. *La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius punendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma.(...)*
11. *De acuerdo con lo establecido en la ley penal material, la prescripción es un medio para librarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley.*
Por consiguiente, la prescripción igualmente constituye un supuesto de extinción de la acción penal tal como lo prevé el artículo 78.1 del Código Penal, y la norma material reconoce también la prescripción de la ejecución de la pena (artículo 85.1).
12. *Así, la primera prescripción, llamada de la persecución penal, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal, en tanto que por la segunda, llamada de la ejecución penal, se excluye la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido un plazo determinado, de lo cual se infiere que la prescripción del delito extingue la responsabilidad penal, en tanto que la prescripción de la pena lo que extingue es la ejecución de la sanción que en su día fue decretada”, cuyo plazo según lo expone en el artículo 86° del Código Penal, se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.*

B. La Fundamentación de la Prescripción desde las Teorías de la Pena

a. Teoría Absoluta de la Pena

Como ya lo hemos señalado en capítulos precedentes, la teoría absoluta de la pena encarnizada por HEGEL, y KANT parten de presupuestos filosóficos que afirman un valor de justicia inoponible a otros intereses, que no sean la realización de la justicia como paradigma esencial imprescindible para restablecer el orden social alterado por la comisión del delito.

En ese sentido, nos encontramos ante una justicia penal, que únicamente se retrotrae en el pasado, a fin de imponer una justicia ciega a los hombres, como si estos no tuviesen más destino que purgar sus pecados, sin ninguna esperanza de rehabilitación o de enmienda.

Conforme lo anotado, estas teorías no realizan ningún juicio de selectividad a los hechos punibles, pues, la realización de la justicia debe imponerse a todos los delitos sin excepción.

Ciertamente, una justicia así concebida, sin valoraciones más allá del cuerpo jurídico -aunque fuertemente arraigado con matices éticos y religiosos-, no puede arribar a soluciones pacíficas a la solución de la conflictividad social, desencadenada por la comisión del hecho punible.

En esta formulación teórica-conceptual, por tanto, la prescripción como medio extintivo de la responsabilidad criminal, no tiene cabida ni sustento, ante una justicia penal que no declina ni renuncia a sus pretensiones punitivas, por razones que no compatibilizan en sus postulados epistemológicos.

Una concepción de Estado, bajo estas premisas filosóficas ha sido ampliamente reformulada por las bases ideológicas y políticas del «Estado de Derecho»; una justificación axiológica de la pena, no puede centrarse únicamente en razones de justicia, sustrayendo del diálogo y de la explicación a los protagonistas del suceso delictivo, en cuanto a una respuesta jurídico-penal llevada a su humanización.

b. Teoría de la Prevención General Negativa

Esta teoría punitiva, influenciada por la corriente de la psicología (*coacción*) de VON FEUERBACH, que ve en la exasperación de las penas, el punto medular de la prevención, en cuanto al empleo de la amenaza penal en abstracto, como efecto encaminado a disuadir de delinquir a los potenciales infractores de la norma.

Posición cargada de una fuerte dosis psicológica, que intenta penetrar en la sigue de los individuos, como si estos respondiesen de una forma homogénea a los estímulos externos, pues en puridad de la verdad, la amenaza de pena no siempre terminará por inhibir los frenos delictivos.

A partir de esta premisa a saber, no parece muy lógico que el transcurso del tiempo tenga los efectos poderosos de dar por concluida la pretensión persecutoria del Estado.

La no aplicación de una pena al supuesto culpable, terminará por desmoronar los efectos de la prevención general negativa; la intimidación como efecto de cognición comunicativa al colectivo, perderá su vigencia efectiva, con ello, la direccionalidad normativa, de incidir en el plano motivador de la norma, en cuanto a la abstención de la conducta prohibida.

La prevención general así formulada no sólo se refiere a la amenaza en abstracto, pues esa amenaza de nada serviría como fuente de cognición, si es que finalmente no se aplica en concreto, en lo concerniente a la aplicación en un caso judicial.

Sin embargo, FEUERBACH admitió, la renuncia a la pena en estos casos -tal como escribe BACIGALUPO- como "exclusión de la consecuencia jurídica por el mero paso de un tiempo determinado"¹⁰⁸⁷.

A nuestro entender, la institución de la «prescripción», no puede ser explicada y sostenida, a partir de un concepto de justicia material, encaminado fundamentalmente a evitar la comisión de delitos, de cara a la intimidación de la colectividad, a través del terror penal, que ha de infundir sobre los ciudadanos la amenaza punitiva.

c. Teoría de la Prevención Especial

Es sobre esta formulación teórica-conceptual, que se sostiene la mayoría de argumentaciones a favor del instituto de la prescripción, que a partir de un análisis más franco y sincero, ha producido dudas, difícilmente rebatibles.

Se incurre en estas equivocidades, cuando se pretende elaborar el análisis apegado fuertemente por consideraciones estrictamente filosóficas¹⁰⁸⁸, al margen de valoraciones empíricas y cercanas a la realidad social.

La teoría de la prevención especial propugnada por el positivismo criminológico, tanto por FERRI (etiológico) y VON LISZT (descriptivo), intentó atribuir a la finalidad de la pena, como combate al delito, mediante el tratamiento correccional, en específico con un programa que conjugue rehabilitación con resocialización. Pues, las causas del delito habría que confrontarlas individualmente, es decir, según las diversas particularidades que presenta el autor había que estructurar el tratamiento penitenciario.

Una formulación -así concebida-, conlleva un desplazamiento de análisis, del delito al delincuente, que terminó por compaginar un «Derecho penal de autor», que llevado a todas sus consecuencias, terminó por propugnar una sanción monodimensional, pues si el presupuesto de punibilidad era la «peligrosidad social», las medidas de seguridad habrían de imponerse ante la pena y la posibilidad de aplicar una sanción pre-delictiva cobró vigencia normativa.

Lo cierto, es que a mediados del siglo pasado se conformó toda una corriente doctrinaria y otra práctica, que empezó a cuestionar las verdaderas po-

1087 BACIGALUPO, E.; *Los Límites Políticos del Derecho Penal*, cit., p. 27.

1088 No hay duda, tal como lo hemos esgrimido en los primeros capítulos de la presente investigación, que las teorías de la pena, son parte más de un capítulo de la filosofía penal que de la dogmática penal, para analizar el problema de acuerdo a la realidad, se debe impregnar estas teorías con valoraciones y críticas socio-criminológicas.

sibilidades *rehabilitadoras* de la pena de prisión, resolviéndose por declarar su naturaleza utópica.

El Estado, afectado por fuertes crisis económicas no estaba en condición de estructurar establecimientos penitenciarios de acuerdo a determinados cánones, que pudiesen al menos presentar propiedades positivas para lograr el pretendido programa resocializador (prevención especial positiva).

Conforme lo anotado, cabe una conclusión lógica: -la rehabilitación social es casi imposible de obtener en un régimen custodial, conforme a la naturaleza de la pena privativa de libertad; de ahí parte el análisis importante en este nivel de la discusión.

Nos preguntamos al respecto, lo siguiente: ¿El hecho de que el supuesto autor de un delito sea sustraído de la pretensión persecutoria y punitiva del Estado, como consecuencia del paso del tiempo, puede sostener que ese transcurrir temporal haya logrado rehabilitarlo, o es en verdad al contrario? -A esta interrogante cabe una primera respuesta, si el imputado, sabe que transcurrido determinado lapso de tiempo, el Estado ya no va a poder imponerle una sanción, éste se sentirá cubierto con una coraza impenetrable, que muy difícilmente tendrá el efecto de rehabilitarlo, empezando por el arrepentimiento del hecho penal cometido, no parece posible afirmar con seguridad que el mero transcurso del tiempo pueda determinar la innecesariedad de la pena¹⁰⁸⁹.

En realidad, habría que realizar un análisis estadístico, que nos permita conocer la reincidencia delictiva de quienes son beneficiados mediante el uso del transcurso del tiempo, para poder identificar los reales efectos de la prescripción al beneficiado, que puede ser considerado por algunos de ellos: como un puente de plata hacia la impunidad; estadística criminal, que puede reflejarnos un panorama desolador.

d. Teoría de la Prevención General Positiva

Esta formulación teórica-conceptual, trata de explicar los fines de la pena, desde argumentos sistémicos, sociológicos y hasta psíquicos, en los cuales la pena cumple un rol de fomentar la conciencia jurídica de la comunidad a través de los efectos cognitivos que se transmiten por medio de la condena.

Importa una especie de reequilibrio psíquico sostenido por un sistema socio-político, de restablecer la confianza en el orden jurídico a partir del restablecimiento imperativo de la norma, mediante la sanción que desautoriza al desobediente infractor de la norma.

1089 BACIGALUPO; ob. cit., p. 29.

De los partidarios de la prevención general positiva, podemos rescatar al gran penalista hispano SANTIAGO MIR PUIG, quien pretende ajustar esta teoría a las exigencias de un Derecho penal democrático, y a JAKOBS, quien construye prevención general positiva estabilizadora de la validez fáctica de la norma.

Si acogemos una sustentación legitimadora, en el sentido de asumir a la prevención general positiva como la forma de enlazar el orden jurídico con la comunidad, a través de la confianza hacia su validez material y de fomentar la conciencia jurídica del colectivo hacia el ordenamiento jurídico, confianza que se logra a través de las imponentes resoluciones judiciales de los conflictos sucedáneos con el hecho punible. Es decir, el conflicto social que se somete al Proceso Penal, propone la confrontación de una serie de intereses: -de la víctima, del Estado, del imputado y de la sociedad; dichos intereses confluyen por medio de una justicia material que necesita apoyarse en una serie de criterios rigurosos, que se viabiliza a partir de la relación «delito-pena».

Como bien dice SCHÜNEMANN, la sentencia condenatoria produce efectos comunicativo-simbólicos innegables a la comunidad, en el sentido de fomentar el respeto hacia los bienes jurídicos de terceros. Entonces, estos efectos puramente cognitivos deben producirse en un tiempo corto, por cuanto, una justicia material tardía, no llegaría a colmar estas legítimas pretensiones; donde las legítimas pretensiones de los no desviados, permanecerían inalterables con el paso del tiempo; máxime, cuando el contenido material del injusto es mayor, donde la ofensa hacia el colectivo es mayor, mayor será el interés general de la colectividad, de que dichos delitos sean perseguidos y alcanzados por una pena; por lo que muy difícilmente, podrá decirse, que la necesidad de fortalecer los sentimientos de justicia entre la comunidad y el sistema, puedan dejarse de lado, por el solo devenir del tiempo.

En el fondo, se parte entonces de un criterio material para fundamentar y sostener la validez fáctica del instituto de la Prescripción en el marco del Estado de Derecho.

Esta argumentación se sostiene estrictamente en razones de «Justicia Material», en tanto la aplicación o realización de la ley penal, como objetivo esencial y primario, del Proceso Penal, encuentra legitimación cuando su aplicación en la persona del culpable se realiza con prontitud.

Convenimos, que la justicia penal debe resolver con celeridad el conflicto social judicializado, tomando en cuenta la naturaleza jurídica de los intereses jurídicos en juego.

Es de verse, por tanto, que el *ius puniendi* importa una de las funciones más esenciales del ordenamiento jurídico, si esta justicia llega en forma tardía, los intereses depositados serán por entero defraudados.

Asimismo, la aplicación de los principios materiales al caso *subjudice* pierden eficacia probatoria y un soporte formal que es imprescindible a la admi-

nistración de justicia: la «seguridad jurídica» como paradigma del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

Son en síntesis, criterios de justicia material que se enlazan en una finalidad sustantiva, con el Proceso Penal, *de que la respuesta jurídico-penal de la justicia, adquiere ciertos ribetes de seguridad en su resolución, en cuanto a la certeza del veredicto final, lo cual viene aparejado por factores que aquejan nuestra administración de justicia, la sobrecarga procesal, es por ello, que no puede dejarse de lado, criterios prácticos en la problemática, que aconsejan contar con mecanismos como la prescripción, coadyuvantes a la mejora del sistema en su conjunto.*

Dicho lo anterior, las explicaciones materiales así como las justificaciones axiológicas, no pueden estar desprovistas de estimaciones de política criminal; si bien es cierto, que razones de justicia material exigen determinados límites políticos al *ius puniendi*, no pueden dejarse de lado razones estrictamente procesales, al pretender someter el Proceso Penal a un trámite sin «dilaciones indebidas».

Nuestra realidad de justicia penal, evidencia una administración, mellada y debilitada, por una serie de factores, v.gr., sobrecarga procesal y otros elementos técnicos y materiales, es por ello, que la prescripción tiende a ser un buen remedio en los injustos menos graves¹⁰⁹⁰.

BACIGALUPO es ajeno a fundamentos materiales en su posición, al argumentar, que (...) todas estas cuestiones sólo se explican por razones puramente político-prácticas, porque la justicia no podría funcionar manteniendo todos los procesos vivos¹⁰⁹¹.

C. La Naturaleza Jurídica de la Prescripción

Acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción, mucho se ha escrito, partiéndose de una serie de criterios, sean éstos materiales, procesales o mixtos, etc.; consideraciones que se orientan en una serie de planos a saber, pero que finalmente coinciden en aspectos finalistas, comúnmente asignados al sistema penal.

Nuestra legislación positiva, en concreto el legislador del 91, decidió conveniente ubicar la «prescripción» en el texto punitivo; las razones habría que buscarlas en criterios materiales, en tanto la prescripción produce indefectible-

1090 MANZINI, sintetiza una serie de fundamentos, destacando la teoría de la enmienda, la de la expiación moral o indirecta, la del olvido, la del interés disminuido, la de la prueba, la de la extinción de los efectos antijurídicos y la psicología; *Tratado de Derecho Penal*. Vol. III, cit., p. 1134.

1091 BACIGALUPO, E.; *Los Límites Políticos del Derecho Penal*, cit., p. 29.

mente la extinción de la responsabilidad criminal, sin pronunciarse sobre el fondo, es decir, sobre el injusto y la responsabilidad penal del imputado.

Por efectos de la prescripción el Estado pierde la posibilidad de perseguir punitivamente un hecho aparentemente punible; es de verse, que el paso inevitable del tiempo evita que se pueda accionar contra quien recae una sospecha vehemente de culpabilidad.

La acción penal importa el medio por el cual las agencias de persecución penal, demandan ante la jurisdicción el procesamiento, juzgamiento y posible sanción a quien culpablemente ha vulnerado la norma jurídico-penal.

La acción penal tiene por lo tanto una naturaleza sustantiva, si bien a través de su promoción es que se ejercita la actividad persecutoria del Estado, es a través de la acción penal que puede finalmente procurarse la realización de la ley penal.

Si bien es cierto que el fin del Proceso penal, es arribar a la verdad formal o jurídica, de acuerdo a criterios epistemológicos, no es menos cierto que su objetivo primordial es la aplicación de una norma objetiva, sobre quien ha recaído una imputación *jurídico-penal*.

Dicho lo anterior, destacamos la estrecha interrelación que se extiende entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal; ambas parcelas jurídicas, pertenecen al Sistema Penal, sistema que tiene por principal función regular las relaciones más gravitantes de derecho público entre el Estado y los ciudadanos, una relación de delito-pena¹⁰⁹², y, esta relación es finalmente la que toma lugar en el «Proceso penal».

Sólo a partir de la iniciación de un Proceso Penal, es que legítimamente se le puede imponer una pena a un sujeto culpable en el marco del Estado de Derecho¹⁰⁹³.

ROY FREYRE al respecto señala que las causas de extinción de la acción penal encuentran su fundamento en la impunidad¹⁰⁹⁴. Por tanto, escribe el autor, deviene impracticable, al carecer de todo objeto, promover o proseguir

1092 La pena, es en principio, una consecuencia inevitable de un pronunciamiento judicial de condena.

1093 Cuestión aparte es que el legislador haya comprendido la Excepción de Prescripción en el Código de Procedimientos Penales (artículo 5º) y en el nuevo CPP de noviembre del 2003 (artículo 6º), como una causal de extinción de la acción penal, en tanto su oficiosidad es de naturaleza eminentemente procesal, como un medio de defensa técnica que se opone a la acción penal, como un desdoblamiento de aquélla que llevado al proceso civil sería constitutivo de una contradicción; en el proceso civil, la prescripción extingue la acción, mas no el derecho; en tanto, que en el Proceso Penal, la prescripción pone fin a la pretensión persecutoria del Estado de forma definitiva.

1094 ROY FREYRE, L.; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*, cit., p. 31.

la actividad procesal cuando ha operado una de dichas causales, ya que la extinción del *ius puniendi* conlleva también la caducidad del *ius procedendi*¹⁰⁹⁵. El autor citado llega a la misma consideración sobre la estrecha relación entre las potestades persecutorias y sancionadoras del Estado, donde una serie de criterios político-materiales, impide que se imponga una pena al presunto autor de un hecho punible

En cuanto a la discusión de la naturaleza jurídica de la prescripción, se sostiene en la doctrina, que pareciera que el problema de su naturaleza va muy ligado al de su fundamento que está en relación a la necesidad de pena, después de pasado un determinado tiempo, se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo de prevención general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de pena¹⁰⁹⁶.

Conforme lo anotado, tenemos que sobre la naturaleza jurídica de la prescripción, se extienden perspectivas «materiales», «procesales» y «mixtas».

Anota JESCHECK al respecto que la naturaleza jurídica de la prescripción del delito (su perseguibilidad) ha sido discutida por la doctrina y jurisprudencia alemanas, siendo más antigua la teoría jurídico-material que ve en la prescripción mencionada una auténtica causa de anulación de la pena al borrarse el castigo con el transcurso del tiempo; por el contrario, apunta que desde 1942 se produce un cambio, sobre todo en la jurisprudencia, haciéndose dominante la teoría procesal que considera a la prescripción como un simple obstáculo procesal¹⁰⁹⁷.

Quienes sostienen el fundamento jurídico-material, aseveran que el paso del tiempo se halla vinculado a la falta de necesidad de pena, relacionado a los fines preventivos de la pena. Sobre la necesidad material de pena, MIR PUIG apunta lo siguiente "Ello influye en la desaparición de la necesidad de pena, que en ambas clases de prescripción se produce por lo demás, cuando se oscurece o apaga el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir, y el tiempo transcurrido ocultándose de la justicia y, con la amenaza de pena pendiente de la pena parece ya suficiente castigo -todo ello puede hacer innecesaria la prevención general, especialmente si el delincuente no ha vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social- lo que eliminaría la necesidad de prevención especial¹⁰⁹⁸.

1095 ROY FREYRE; Cfr.

1096 Cfr. MORILLAS CUEVA; *Teoría de las Consecuencias Jurídicas*, cit., p. 27.

1097 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 821-822.

1098 MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 774.

Resulta importante destacar, que la innecesariedad de pena no tiene relación directa ni con el injusto ni con la culpabilidad, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad o de las llamadas excusas absolutorias.

Por otro lado, se afirma que es un presupuesto de procedibilidad, ya que se trata de un suceso situado totalmente fuera de lo que sucede en el hecho y que contempla a la prescripción como un puro impedimento¹⁰⁹⁹. Así lo sostiene JIMÉNEZ DE ASÚA, "se trataría sólo de un impedimento a la acción persecutoria penal"¹¹⁰⁰.

Otro sector de la doctrina, hoy dominante, le confiere naturaleza mixta a la prescripción, como una institución jurídico-material-procesal, así JESCHECK al considerar que su fundamento se halla vinculado a la falta de necesidad de pena tras el transcurso de un determinado espacio de tiempo (fundamento material) y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo¹¹⁰¹. Mientras que WELZEL considera que la prescripción tiene un doble carácter; es tanto causal de extinción jurídico-material de la pena, como obstáculo procesal para su persecución¹¹⁰².

Habiendo sustentado en líneas precedentes, el fundamento material, faltaría explicar el fundamento procesal.

El Proceso Penal *manifiesta un procedimiento evidentemente formal, estructurado y encaminado por una serie de etapas, que han de tomar lugar de forma preclusiva; desde los primeros actos de investigación, que toman lugar en la Investigación Preliminar, en términos normativas del nuevo CPP, en las Diligencias Preliminares, para dar paso, a la Instrucción o la IP, donde el persecutor público, conjuntamente con los efectivos de la policía nacional, encaminan su actuación, al recojo, acopio y adquisición de evidencias, de fuentes de información suficientes, que permitan al Fiscal, construir su teoría del Caso que presentará en la Etapa Intermedia, a través de su Acusación y que pretenderá acreditar, con solvencia y credibilidad en la etapa del juzgamiento, si es que logra persuadir al juzgador de su versión de los hechos; sólo así, podrá la judicatura, emitir una sentencia de condena, imponiendo una pena o una medida de seguridad, a quien ha sido judicialmente declarado culpable.*

Resultando el cometido del procedimiento penal, arribar a la verdad formal o jurídica, necesita de una base probatoria cognitiva que despliegue un alto grado de confiabilidad y de certeza, y es que las pruebas se constituyen en el alma del proceso, al permitir una reconstrucción histórica del hecho punible,

1099 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*, cit.

1100 JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado de Derecho Penal. Volumen II*, cit., p. 642.

1101 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit. ps. 820 y ss.

1102 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 359.

conforme a las versiones, o relatos fácticos, que las partes tiendan a presentar al órgano jurisdiccional. Y es que en materia probatoria pueden surgir determinadas dificultades en cuanto a su obtención, producción y actuación, como todo un proceso probatorio que necesita ser sometido a todas estas etapas a fin de esclarecer el objeto de prueba, de esclarecer la materia de controversia, conforme las aseveraciones fácticas que construyen la Teoría del Caso, que proponen los sujetos procesales al órgano jurisdiccional dirimente.

En este orden de ideas, tenemos que determinadas pruebas según su naturaleza, necesitan ser adquiridas e inmediatamente actuadas en razón del peligro en la demora que el tiempo puede producir, conforme es de verse con la prueba preconstituida, que por sus especiales circunstancias o características, resulta impracticable en la fase de juzgamiento, pero su constitución o producción de estar sometida a la plena contradicción de las partes y al derecho de defensa¹¹⁰³.

Pasado cierto tiempo, puede que algunas evidencias no puedan ser ni adquiridas ni ser sometidas a determinados grados de certeza y de cognición, que en la práctica judicial pondrían en peligro la verdad formal. Sin embargo, se trata de un fundamento que, en todo caso, sólo podía ser alegado respecto a la prescripción de la acción para perseguir el delito, pero que será totalmente ineficaz para explicar el fundamento de la prescripción del derecho estatal de ejecución¹¹⁰⁴.

Afirmación que se corresponde plenamente con la realidad de los hechos, pues, la condena supone una sentencia consentida y/o ejecutoriada, donde los medios de prueba han sido ya producidos y debidamente actuados en el juzgamiento; en tal medida, la «prescripción de la pena» apunta otros fundamentos, pues aquí el condenado se sustrae de la ejecución penal, a diferencia de lo que sucede en la prescripción de la acción, aquí ya estamos ante un autor declarado judicialmente «culpable»; es a tal efecto, que un sector de la doctrina propone que los plazos de prescripción de la pena sean más largos que los de la acción penal.

Nuestro Derecho penal posee, respecto a la prescripción, naturaleza mixta, naturaleza mixta sólo en consideración a la prescripción de la acción penal, puesto que en la prescripción de la pena se ponen en movimiento criterios exclusivamente materiales.

1103 En principio las pruebas para poder sostener la base probatoria, que genera convicción en una sentencia judicial en el marco del debido proceso, supone su actuación únicamente en la etapa del juzgamiento, etapa manifestada por una serie de propiedades garantistas, como la oralidad, inmediación, de debate pleno entre las partes, contradicción y uso irrestricto del derecho de defensa, según las aristas fundamentales del modelo acusatorio.

1104 BACIGALUPO, E.; *Los Límites Políticos del Derecho Penal*, cit., p. 28.

La finalidad de la prescripción de la acción penal es poner término a la facultad represiva del Estado al verificarse el mero transcurso del tiempo y antes de que medie la sentencia condenatoria¹¹⁰⁵; de este modo, la realización del ius *puniendi* estatal se encuentra sometido a una limitación de naturaleza temporal.

La naturaleza jurídica que se confiera a la prescripción es también relevante en orden a sostener la irretroactividad o no de las leyes procesales penales, es decir, en relación a considerar a la prescripción, ora de naturaleza mixta, ora de naturaleza procesal, siendo la primera variante la actualmente dominante -tal como lo hemos apuntado en líneas anteriores-¹¹⁰⁶.

Al respecto nos tendremos que reconducir a un principio básico y legitimador que irradia de garantía a todo el Sistema Penal, en cuanto al «principio de legalidad».

Es de verse, que el principio de legalidad garantiza que el ciudadano sea únicamente sometido a la aplicabilidad de leyes que se encontraban vigentes al momento de su comisión (*tempus commissi delicti*), pues una ley posterior (*ex-post facto*) que significa una afectación de sus derechos adquiridos, sería considerada "infavorable" para sus intereses jurídicos.

De las argumentaciones esgrimidas, se infiere claramente que la prescripción es de naturaleza mixta; en consecuencia, una ley penal que entre en vigencia de forma ulterior a los hechos punibles perpetrados, que establezca por ejemplo mayores plazos prescriptorios en razón de la gravedad del injusto, importaría una restricción al contenido esencial de las libertades fundamentales.

En cambio, si en tal hipótesis se estimara que la prescripción es de naturaleza procesal, habría que estarse a la ley vigente al momento de los actos procesales¹¹⁰⁷, dependiendo de la naturaleza de la ley procesal en cuestión.

Asimismo, debe decirse que las leyes de naturaleza estrictamente procesal pueden significar en la práctica una mayor afectación de los derechos individuales vigentes al momento de la comisión del hecho punible, de modo gráfico consignamos el artículo 137º del CPP de 1991, modificado por las Leyes Nos. 27553 del 13/11 /2001 y la 28105 del 21/11/2003; normativa que en su conjunto han permitido ampliar sustancialmente el plazo de detención preventiva, por el cual, un imputado puede estar detenido provisionalmente sin haberse pronunciado sentencia, hasta un plazo de 36 meses.

1105 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit.

1106 Así, BOLDOVA PASAMAR; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 332.

1107 Así, M. COBO DEL ROSAL, / T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 206.

El problema de la retroactividad, va más allá de la prescripción, como reconocen COBO y VIVES, ya que como se ha señalado no sólo la institución de la prescripción puede implicar una restricción de los derechos individuales, sino muchas otras de carácter procesal penal¹¹⁰⁸.

En tal sentido, resulta plausible proponer una diferenciación entre aquellas normas procesales penales únicamente orientadas a hacer más expeditivo el impulso del proceso, así como las de organización interna de la jurisdicción, con aquellas que implican una afectación de derechos fundamentales, sólo a estas últimas se prohíbe la aplicabilidad retroactiva, a menos que éstas sean favorables al procesado (*favor rei*)¹¹⁰⁹.

En consecuencia, la aplicación retroactiva en materia de leyes procesales penales debe ser relativa¹¹¹⁰, dependiendo de su naturaleza instrumental.

Empero, en todos aquellos casos en que la ley procesal posterior al delito suponga una disminución de garantías o implique afectación de derechos y libertades individuales, no regirá la regla "*tempus regit actum*", sino se aplicará la

1108 Citado por BUSTOS RAMÍREZ; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 143 y ss.

1109 La vigente Carta Política consagra la irretroactividad de las normas, salvo en materia penal cuando sean favorables al reo (artículo 103°), es decir, una retroactividad benigna. Si bien es cierto, que nuestro derecho positivo no hace mención expresa a la retroactividad de las leyes procesales penales, la interpretación exige una integración sistemática a partir de la naturaleza de los bienes que se someten en conflicto en el proceso penal, que al fin y al cabo de su resolución última dependerá la aplicación de una norma penal sustantiva. En ambas disciplinas (material y adjetiva) se trata de una específica relación delito-pena que tiene que ver con las facultades persecutorias y sancionadoras del Estado, que constituyen el Sistema Penal; HURTADO POZO citado por ROY FREYRE, señala que es preferible una aplicación discriminada de la regla de la retroactividad de las leyes procesales, no debiendo admitirse su aplicación en los casos que comporten una agravación de la situación del procesado, quien no es necesariamente el delincuente; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2da. Edición EDDILI, Lima, 1987, ps. 296 y ss.; en palabras de ROY FREYRE "(...) la aplicación retroactiva de la ley procesal-penal más favorable al reo ya no era en 1987 (fecha de la nueva edición del libro de Hurtado Pozo) solamente una propuesta de la mejor doctrina, sino, en primer lugar, una decisión tomada por la ley en su más elevada jerarquía. Igual sucede en la actualidad con la Constitución de 1993"; *Causas de Extinción de la acción penal y de la pena*, cit., p. 28; al respecto el nuevo CPP del 2003 promulgado el 29/07/2004, trae importantes innovaciones en este aspecto, que en el Título VII del Título Preliminar, abordan la "Vigencia e interpretación de la ley procesal penal", que en su inc. 2, dispone lo siguiente: "*La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible*", así también el inc. 4: "*En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo*"; Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, cit., ps. 134-143.

1110 Así, M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN, al referirse a la regla del *tempus regit actum*, "En nuestro derecho positivo dicha regla ha de tener, necesariamente, un carácter relativo. La aplicación indiscriminada y absoluta de la regla *tempus regit actum*, produciría consecuencias inconstitucionales": *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 206-207.

legislación procesal vigente al momento de cometerse la infracción normativa, presupuesto material al que tales consecuencias "procesales" se hallan indiscutiblemente ligadas¹¹¹¹.

En cambio, otros autores como BUSTOS RAMÍREZ, conciben a la prohibición de retroactividad de modo absoluto con respecto a las leyes procesales penales, al señalar: "Es por eso entonces que la irretroactividad en relación al hecho delictivo cometido (no sólo respecto a los actos anteriores del proceso) debe regir plenamente, conforme el precepto constitucional, respecto de las leyes procesales penales (de igual forma, prisión provisional)"¹¹¹².

La problemática reside, a nuestro entender, que se ha pretendido establecer reglas interpretativas unificadoras entre el proceso civil con el proceso penal, a partir de una «teoría general del proceso», lo que ha conducido a una serie de equívocos, puesto, que de primer plano afirmamos que los bienes jurídicos que se someten al conflicto llevados al Proceso Penal, son en suma distintos a los que se someten a la instancia del Proceso Civil.

Los bienes jurídicos que se someten a la justicia penal son considerados preponderantes, en vista de que la decisión final en el Proceso Penal, puede importar la afectación de bienes jurídicos fundamentales. Como bien argumenta el penalista argentino MAIER "es por ello que el Derecho penal material y el Derecho procesal penal deben ligarse estrechamente en la teoría y en la práctica, aspecto que, lamentablemente ha sido descuidado en nuestro ámbito jurídico"¹¹¹³.

Nuestra propuesta teórica-conceptual, es de elaborar criterios de sistemática interpretación, entre el Derecho penal y el Derecho penal práctico, en cuanto al empleo y valoración del contenido material del injusto, que permitan elaborar respuestas racionales al delito, tomando en cuenta filtros de selectividad, mecanismos de composición procesal, incidiendo en una reducción gradual del derecho punitivo.

D. Los Plazos de Prescripción

El legislador del 91 ha establecido normativamente una serie de espacios temporales para que el juzgador -de oficio o a petición del interesado- pueda declarar judicialmente prescrita la acción penal o la pena.

El cómputo de dichos plazos se encuentra regulado, según la naturaleza del ilícito penal, pues no todas la figuras delictivas comprendidas en la Parte

1111 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; (Parte General), cit., p. 207.

1112 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 84.

1113 MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*. Tomo I - "Fundamentos". 2da. Edición. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1999, p. 147.

Especial, se perfeccionan típicamente de una forma homogénea, es decir, especifican una particular forma de configuración típica.

La descripción de su realización típica es de relevante, en tanto, el legislador al haber penalizado las *formas de imperfecta ejecución*, aparejado ello, a la naturaleza del injusto penal, cuya particularidad incide en su perfección delictiva, las cuales son tomadas como el inicio del cómputo de los plazos prescriptorios.

Es de verse también, de acuerdo a la naturaleza personal del ilícito, que aquél se descompone en el «disvalor del acto» y en el «disvalor del resultado», en tanto el parámetro de punición, lo constituye la realización de un *riesgo jurídicamente desaprobado*; de esta forma, se penaliza también la tentativa (artículo 16°); lo que se propone, en todo caso, son principios rigurosos de aplicación, en cuanto a la aplicación práctica de la prescripción.

En resumidas cuentas, los plazos prescriptorios no sólo obedecen a un cómputo matemático del operador, sino a una intelección abstracta, acerca de la naturaleza del delito y de sus formas de imperfecta ejecución.

A estas consideraciones, el legislador ha agregado otras, que específicamente se encuentran comprendidas en el artículo 80°; entre aquéllas, la clase de pena, pues aparte de la pena privativa de libertad, se comprenden las penas «limitativas restrictivas y limitativas de derecho», de las cuales la prisión, al constituir su eslabón más importante, presupone obviamente, plazos de prescripción más largos en relación a la otra clase de penas.

En lo concerniente, a los plazos previstos a esta clase de pena, se atiende a las penas abstractas conminadas en la correspondiente figura delictiva -determinadas en marcos penales-, no a la pena en concreto, en tanto el proceso de concreción legal, toma lugar en el momento de la «determinación judicial de la pena», que en el caso de la prescripción de la acción penal, importa una prognosis, de cara a futuro.

Mención aparte merece el caso de la pena de cadena perpetua, ampliamente analizada en un capítulo precedente¹¹¹⁴.

Asimismo, las figuras «Concursales», sea el concurso real y el concurso ideal, al merecer político-criminalmente un tratamiento punitivo diferenciado, se sujetan también a los plazos prescriptorios, que de forma particular ha fijado la

1114 La pena de cadena perpetua fue introducida al catálogo de penas, mediante las modificaciones efectuadas por el decreto legislativo N° 895, así como por la Ley N° 25475, que produjeron en el artículo 29° del CP, variabilidad normativa que provocó la modificación efectuada al artículo 80° del CP, mediante la dación de la Ley N° 26360, fijando el plazo de prescripción de la acción penal en treinta años en el caso de los delitos sancionados con pena de cadena perpetua.

lege lata; que luego de la dación de la Ley N° 28276, suponen una aplicación de mayor alcance, al haberse derogado implícitamente el sistema de exasperación punitiva.

Finalmente, el articulado en mención, describe un tratamiento especial en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, es el caso de los delitos «especiales propios», que suponen de la infracción *de los deberes funcionariales propios del cargo público*; incidiendo en la duplicidad de los plazos prescriptorios, siempre que el injusto atente el patrimonio estatal. Situación que a consideración de ROY FREYRE el texto acogió un segundo criterio mixto, de ascendencia constitucional, formado en base a las calidades de los sujetos activo y pasivo de la infracción punible, así como a su objeto jurídico¹¹¹⁵.

Por consiguiente, vemos que los «plazos prescriptorios», se encuentra fijados normativamente conforme la naturaleza de la pena incriminada, según las figuras concursales delictivas, dependiendo de la gravedad de la pena así como en función de la cualidad funcional del autor; habiéndose establecido topes legales a los plazos prescriptorios.

- Los Plazos Ordinarios

Los «plazos ordinarios», son aquellos que se computan de acuerdo a las reglas normales establecidas en el artículo 80° del CP, cuyo cómputo no esta afecto a interrupciones de acuerdo a los plazos previstos en el artículo 82°, es decir, si es que, fruto de la *notitia criminis*, el hecho punible es ya o no objeto de una investigación preliminar por parte del representante del Ministerio Público o de las autoridades judiciales competentes.

La aparición de esta clase de interrupciones, provoca que quede sin efecto el tiempo transcurrido, comenzando a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia realizada, tal como lo dispone el artículo 83° *in fine*.

Los plazos son ordinarios cuando se cumplen en la cantidad exacta de tiempo a que se remite o señala, según el caso, el artículo 80° del CP, términos que serán contados, si no hubo interrupciones, comenzando por el día que se indica en el artículo 82° del CP para la tentativa y los delitos instantáneo, continuado y permanente¹¹¹⁶.

Los plazos ordinarios son los siguientes:

1115 Roy FREYRE, L. E.; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*. cit., p. 57.

1116 ROY FREYRE, L.; ob. cit., p. 58.

- a. Los previstos en el primer párrafo, en el caso de los delitos sancionados con pena privativa de libertad, habrá que tenerse en cuenta la pena en abstracto conminado para el delito en específico, es decir, el máximo de la pena fijada por la ley para el delito, tomando en cuenta el máximo de exasperación de pena para el injusto cometido; sin embargo, la ley ha impuesto un límite de 20 años a este plazo máximo (excepción restrictiva) y lo ha duplicado en el caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado (excepción ampliatoria)¹¹¹⁷.
- b. El caso de los delitos sancionados con pena de cadena perpetua se constituye en una excepción de la fórmula antes aludida, en esta hipótesis, la acción penal se extingue a los treinta años.
- c. En el caso que el delito incriminado esté sancionado con una pena distinta a la de privación de libertad (pena de limitación de días libres, prestación de servicios a la comunidad, inhabilitación, multa, expatriación y expulsión del país), la acción penal se extingue a los dos años, según la modificación efectuada por la Ley N° 28117 del 10 de diciembre del 2003, en cuanto imprimir una mayor celeridad y eficacia procesal, que en términos de descarga procesal y en razón de un proceso sin dilaciones indebidas, consideramos positivo, en tanto la pena probable a imponer se encuentra en relación a un injusto de mínima gravedad.

En lo concerniente a la prescripción de la acción penal, para delitos conminados con penas conjuntas y alternativas, se ha fijado en el Acuerdo Plenario N° 5/97, lo siguiente:

- PRIMERO: Que el término de prescripción de la acción para los delitos conminados con penas conjuntas debe fijarse atendiendo al plazo que corresponda al elemento más grave integrado a la sanción, que en su caso será la pena privativa de la libertad, incluso aunque ésta sea no mayor a dos años.
- SEGUNDO: Que en el caso de delitos conminados con penas alternativas la acción penal sólo debe considerarse prescrita cuando se haya cumplido el plazo más largo que resulte de las penas susceptibles de imposición.

Tal como lo hemos mencionado, a los plazos ordinarios se establecen dos excepciones en base a criterios de política criminal, los cuales son los siguientes:

1117 PEÑA CABRERA, R.; cit.

a. Excepción Restrictiva

Se fija un tope a los plazos prescriptorios, que en este caso es de 20 años en el caso de que el delito sea sancionable con pena de privación de libertad, plazo que es coherente conforme con un criterio de seguridad jurídica, promover una acción más allá de ese plazo pondría en riesgo la certeza y fiabilidad de las resoluciones judiciales.

b. Excepción Ampliatoria

El legislador de la Ley Fundamental de 1993, consideró conveniente a efectos de la represión de los delitos cometidos a instancia de la función pública, duplicar los plazos prescriptorios cuando los efectos perjudiciales del delito afectan el patrimonio público, conforme lo consagró en el último párrafo del artículo 41, es así, que había que modificar al respecto el artículo 80° del CP, en cuanto a garantizar una sistematización coherente del ordenamiento jurídico, la cual tomo lugar mediante la sanción de la Ley N° 26360 del 29 de septiembre de 1994.

Dicho lo anterior, los plazos prescriptorios podrán rebasar el plazo temporal de 20 años, cuando el injusto lesiona bienes jurídicos institucionales, siempre que se advierta una relación normativa entre el disvalor del resultado y el prevalimiento de la actuación *funcionarial atribuida a la esfera competencial del sujeto público*.

Los ilícitos penales que pueden ser comprendidos en esta excepción ampliatoria, se encuentran comprendidos en el Título XVIII, Capítulo II del Código Penal - delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, y son los siguientes: -los delitos de concusión impropia (artículo 384°), peculado doloso (artículo 387°, primer párrafo, modificado por la Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993), peculado culposo (artículo 387°, 2do. párrafo, modificado por la Ley N° 26198), peculado por uso (artículo 388°), malversación de fondos (primer y segundo párrafo del artículo 389°, modificado por la Ley N° 27151 del 07/07/1999), y el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°), modificado por el artículo 7° de la Ley N° 27482 del 15 de junio del 2001 así como por el artículo 1° de la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2005); asimismo, es de verse, que habrá que remitirse al artículo 425° del CP¹¹¹⁸, que detalla quiénes pueden ser considerados funcionarios y servidores públicos a efectos penales (artículo modificado por la Ley N° 26713 del 26 de diciembre de 1996), concordante con la denominada «Extensión de Punibilidad», contenida en el artículo 392° del CP, modificado por la Ley N° 28165 del 10 de enero del 2004.

1118 En concordancia con los artículos 39 y 40 de la Constitución Política del Estado.

En lo referente, al proceso de subsunción típica, de adecuar el relato fáctico a los elementos constitutivos del tipo penal en cuestión, resulta importante destacar los siguientes elementos a saber, según la premisa que se ha encargado de sostener el fundamento material del injusto, «la infracción del deber funcional»: la infracción del “deber”, puede resultar válida como premisa, para fundamentar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento que pueda realmente poner en peligro al bien jurídico, pero si no se le complementa con otros añadidos, que hayan de incidir en su contenido material de injusto penal “cualificado”, éste dato será insuficiente, permitiendo la punición de conductas carentes de dicha concreción material¹¹¹⁹, constitutivos únicamente de una contravención administrativa¹¹²⁰.

Como expone OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, esta postura supone una visión del funcionario solamente en interés del Estado, de la Administración, olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve¹¹²¹.

Siguiendo la doctrina de la *infracción del deber*, no sería el dominio del hecho lo que da sustento a la calidad de autor, sino más bien la infracción de un deber extra-penal, de quien revestido de ciertas obligaciones, infringe normas propias del cargo. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho¹¹²².

Expresado en otros términos, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, sino que es necesario que esa infracción comporte una cierta entidad para afectar a un correcto funcionamiento de la Administración, que incluso sin ulterior especificación constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar la necesidad de tutela penal¹¹²³.

A decir, de SUÁREZ GONZÁLEZ, a los efectos de establecer la barrera entre la infracción administrativa y la sanción criminal, es necesario concretar, a partir

1119 A lo dicho añade REBOLLO VARGAS, que no todos los sujetos activos son funcionarios públicos o autoridades con lo cual ese “deber”, que en principio, les era exigible ya no puede requerirse a todos los sujetos activos, en tanto que algunos son simples particulares; *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, cit., p. 552.

1120 Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., ps. 87-88.

1121 Octavio de Toledo y Ubieto; *La prevaricación*, cit., ps. 238 y ss.

1122 Sobre las objeciones sobre esta concepción, es de verse en DONNA, al señalar que la crítica más fuerte estaría en la contraposición con un Estado de Derecho, debido a la vaguedad de los deberes; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., p. 19.

1123 De La Mata Barranco, N.J.; *La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 62.

de esos "mínimos", cuáles son los comportamientos que dotan de contenido al injusto penal¹¹²⁴.

Luego, vemos que la excepción ampliatoria sólo asume que el delito debe ser cometido por funcionario público, sin mencionar al respecto, si esta regulación comprende -tanto al autor como al partícipe-, a partir de una interpretación sistemática; habrá que asumir ambas formas de intervención delictiva, en tanto, quien actúa como cómplice primario y secundario tengan como autor a un funcionario público que tenga una específica relación con el objeto material del delito; *contrario sensu*, si participan en un evento delictivo que tiene como principal protagonista a un particular, podría afectarse el patrimonio del Estado, pero no se configuraría la hipótesis en análisis, no se perpetraría alguno de los ilícitos antes mencionados.

En el caso de la «inducción», es el autor inducido quien domina la ejecución del hecho, el inductor se encarga de ejercer un influjo psíquico a fin de determinar al inducido a cometer el hecho punible; si bien es cierto, que el inductor según lo previstos en el artículo 24º, resulta penado con la misma pena que el autor inducido, el asunto es que si el autor no detenta la especial característica exigida por el tipo legal, la inducción será punible conforme al delito común aplicable, pues, se rompería la «unidad en el título de la imputación», si el particular-inducido es penado por el delito común y el inductor- *intraneu* por el delito especial, pero si los roles se invierten, el autor funcionario (inducido) sí estaría comprendido en la excepción ampliatoria, mas no el inductor por faltarle el deber específico de la función; cuestión distinta ocurriría en el caso de la autoría mediata, donde el ejecutor es un mero instrumento ejecutor, ignorante sobre los elementos típicos de la acción que está realizando.

Finalmente, no bastará que se haya afectado el patrimonio del Estado y que el autor o partícipe sea considerado funcionario público a efectos penales, el delito que se imputa debe ser estrictamente, aquellos comprendidos en el Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del CP. En el supuesto caso, de que tanto autor como partícipe sean funcionarios públicos y, evidentemente se haya afectado el patrimonio público, para que el partícipe-, *intraneu* sea comprendido en esta excepción ampliatoria, sobre él debe recaer una imputación como cómplice (primario o secundario) del ilícito penal atribuible al autor, como peculado, concusión o malversación de fondos.

Si es que por ejemplo, se ha imputado un delito de estafa o receptación, como autor, a quien realmente ha actuado como coautor o cómplice en el delito

1124 Suárez González, C.; *Los delitos consistentes en la infracción de un deber...*, cit., p. 162.

especial, no se podrá aplicar esta excepción, de ser incurrido en esto, se estaría vulnerando el principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege praevia*).

Si los órganos de justicia u otros entes administrativos realizan un erróneo juicio de tipicidad, únicamente sobre ellos debe recaer los efectos negativos de su deficiencia interpretativa, mas no sobre el imputado¹¹²⁵.

c. La Prescripción en el Concurso Real de Delitos

Esta figura concursal, toma lugar cuando un autor comete mediante acción u omisión varias infracciones penales, infracciones que se encuentran separadas en el tiempo y en el espacio, pero que a efectos de punición son integradas en base a una unidad subjetiva, al estar conectados por un mismo *sujeto infractor*.

En el caso, de que estas infracciones punibles sean sometidas a un proceso penal, éstas se llevarán en una sola causa y se integrarán en una única resolución judicial; cuya resolución punitiva ya no puede ser explicada según el principio de «exasperación de penas», al aparecer ahora en nuestra *lege lata*, el «sistema de acumulación jurídica», conforme a la dación de la Ley N° 28726 del 2006.

En esta hipótesis, las acciones penales prescriben separadamente, es decir, cada uno independiente del otro, situación que en la práctica llevará a que la prescripción se someterá al delito más grave. Por lo tanto, el autor estará librado de someterse a la justicia penal, cuando prescriba el injusto sancionado con la penalidad más exasperada¹¹²⁶.

Lo dicho confrontado, con la normativa penal en rigor, presupone ahora, que los plazos de prescripción, habrán de ser computados, luego de la sumatoria, que cabría de las penas conminadas para cada delito, con arreglo a la redacción normativa contenida en el artículo 50° del CP, luego de la modificación producida por la dación de la Ley N° 28730; muy a pesar, de que el artículo 80° no haya sido adecuado a las nuevas reglas del «concurso real de delitos».

1125 Más allá de la alternativa que tiene el imputado y otros sujetos procesales, de ser el caso, interponer la nulidad de una posible sentencia condenatoria emanada de las instancias jurisdiccionales superiores, al haberse vulnerado el principio de subsunción típica; la sala penal de la Corte Suprema no podrá hacer uso del cuestionado principio de determinación alternativa, en virtud de que los marcos penales resultarían sustancialmente infavorables para el imputado, al margen de la heterogeneidad del bien jurídico objeto de tutela. Declarándose la nulidad se ordena al fiscal competente denunciar por el delito que corresponda, sin que ello afecte el principio del non bis in *idem*.

1126 Así, ROY FREYRE; ob. cit., p. 61.

d. La Prescripción en el Concurso Ideal de Delitos

El «concurso ideal de delitos», importa una unicidad de conducta que infringe varias disposiciones penales, conectadas por un mismo autor y resolución criminal.

Puede ser homogéneo y heterogéneo, de acuerdo a la naturaleza del bien jurídico vulnerado; no podemos confundirlo con un concurso aparente de normas, que se da cuando supuestamente una sola conducta criminal se subsume en varios tipos penales, cuando luego de una depuración interpretativa se llega a la conclusión que sólo uno de ellos es aplicable a la conducta incriminada.

En este caso, el artículo 80° del CP, dispone que *la acción penal prescribe cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave*.

e. La Reducción de los Plazos Prescriptorios

El ilícito personal está compuesto por dos elementos a saber, integrados de forma sistemática: el «injusto» y la «culpabilidad»; la culpabilidad mejor llamada categoría de la «responsabilidad personal», viene comprendida por las capacidades psicofísicas del autor, así como por su mayor o menor vulnerabilidad frente al sistema en su conjunto.

Factores que valorados en conjunto podrán determinar, si es que el sujeto estuvo en posibilidad de dirigir su conducta conforme al conocimiento del injusto; valga la salvedad decirlo, si tenía capacidad de motivación normativa, de cuya asequibilidad pueda o no comportarse conforme al directivo de conducta contenido en la norma jurídico-penal.

Estas facultades adquieren pleno desarrollo en la edad de madurez del individuo (*genésica*), que para efectos legales se ha establecido la edad de 18 años (para alcanzar la mayoría de edad; empero, vemos que el legislador ha considerado que en los primeros años de su adultez el individuo puede presentar una imputabilidad disminuida o de cierta forma dicho: *-una motivación normativa que decae por motivos estrictamente personales, según la estructura de las facultades psico-motrices del sujeto infractor*.

Importa en realidad una presunción de *iuris tantum*, que puede no corresponderse con la realidad social y biológica¹¹²⁷ del sujeto; no obstante, el legis-

1127 Al respecto ROY FREYRE califica a esta excepción reductora como un "desajuste normativo", señalando (...) que si la plena capacidad en el ejercicio de los derechos civiles se adquiere al cumplirse los 18 años de edad, no hay razón para que la capacidad de responder penalmente se considere restringida hasta el límite de 21 años y tenga el alcance de acortar los plazos de prescripción: cit., ps. 63-64.

lador ha considerado conveniente a efectos de reducir los plazos prescriptorios a la mitad, en cuanto a la edad cronológica del autor, que supone una «responsabilidad restringida».

Es de verse también, la edad avanzada en un individuo, el camino hacia la senilidad¹¹²⁸ produce una serie de cambios en sus facultades sensitivas, perceptivas y sensitivas; aparece, por tanto, una disminución de estas capacidades que significan a la postre una afectación a la capacidad de *interiorización normativa*, en cuanto a la capacidad de motivarse conforme el *directivo de conducta contenido en el enunciado penal*, incidiendo en un plano de *responsabilidad restringida o dígame disminuida*; precepto que resulta concordante con lo previsto en el artículo 22º del CP, al regular una imputabilidad restringida en razón de la edad del autor o partícipe.

El artículo 81º de la codificación, dispone *la reducción de los plazos prescriptorios a la mitad, cuando el agente tiene una edad mayor de 18 y menos de 21, o mayor de 65 al momento de la comisión del hecho punible*.

La comisión del hecho debe inferirse en su perfecta realización (consumación) o a una imputación de riesgos (tentativa); su acreditación en el Proceso Penal debe sustentarse mediante la partida de nacimiento respectiva.

En cuanto, a si la excepción reductora, comprende también a la prescripción de la pena, respondemos afirmativamente; si tanto la prescripción de la acción como de la pena se encuentran compaginadas en una homogeneidad de criterios materiales, una interpretación sistemática hace concluir; que: “que ante la misma condición nace el mismo derecho”; por lo tanto, la omisión del legislador al respecto no puede hacer suponer lo contrario.

El sustento basilar de lo anotador, puede encontrarse en el favor *rei* contemplado en el artículo 139º, inc. I) 1, de la Ley Fundamental en vigor¹¹²⁹, aunque entraría en conflicto con la terminología empleada “procesado”, que a efectos jurídicos no puede comprender a sobre quien ya ha recaído una sentencia consentida y/o ejecutoriada, denominado reo o condenado, se puede concluir en el sentido de que el mencionado precepto constitucional no puede ser invocado para resolver el problema que tratamos¹¹³⁰.

A mayor sustentación, habría que agregar que el precepto -in comento-, hace alusión al término agente, que desde interpretación lata, conllevaría a su comprensión normativa, -tanto al procesado como al condenado-.

1128 Las enfermedades mentales que se manifiestan como consecuencia de la senilidad, que tienen el grado de afectar profundamente la conciencia, serían tratadas como una inimputabilidad plena, que genera una exención de pena por ausencia de culpabilidad.

1129 PEÑA CABRERA, R.; cit.

1130 ROY FREYRE, L.; ob. cit., ps. 65-66.

f. La Iniciación de los Plazos Prescriptorios

Determinar con rigurosidad el inicio de los plazos prescriptorios, importa una función dogmática de suma relevancia, valoración que deberá realizarse conforme a una clasificación sistemática, tomando como criterio de comprensión: la naturaleza del injusto penal perpetrado.

Es de verse, por tanto, que no todos los tipos penales comprendidos en la Parte Especial se perfeccionan delictivamente, a partir de una homogeneidad de actos materialmente concebidos; mejor dicho, su realización típica viene definida por una serie de elementos objetivos y subjetivos, así como elementos de trascendencia interna, que se encuentran descritos normativamente.

Por consiguiente, la consumación de un determinado tipo penal dependerá de una valoración objetivo-individual de índole normativa, pues, cada estructuración típica responde a ciertos elementos o notas distintivas que le otorgan una específica forma de configuración típica.

Si bien es cierto, que todos los tipos penales se encuentran estructurados normativamente en su forma consumativa, no es menos cierto, que según las reglas comprendidas en la PG, debe también sancionarse la tentativa (*formas de imperfecta ejecución*).

Dicho lo anterior, el disvalor, de una conducta jurídico-penalmente relevante se mide conforme a dos planos a saber: -«imputación de riesgos» e «imputación de resultados».

Una descomposición del ilícito personal, se logró gracias a los avances científicos de la Escuela Finalista, pero, un injusto sumamente subjetivo, podría penalizar meras tentativas irreales o absolutamente inidóneas.

Lo relevante a este nivel, es de efectuar una adecuada correspondencia, de los datos objetivos con los subjetivos, a fin de obtener sólidas bases de imputación *jurídico-penal*.

Siendo, que el legislador del 91 consideró coherente -político-criminalmente-, que el inicio de los plazos se computará a partir de la naturaleza del delito, en base a la clasificación que adoptó en el artículo 82º del CP; dichas reglas deberán aplicarse a los casos concretos, cuya primera tarea será definir la naturaleza del ilícito penal imputado, sea éste «instantáneo», «continuado» o «permanente», o de ser el caso, los grados de imperfecta ejecución (tentativa); asimismo, nuestro *corpus* punitivo acoge en su seno los denominados delitos de peligro (concreto y abstracto), cuya perfección delictiva, toma lugar de la mera realización de una conducta que sobrepasa el riesgo permitido y que tiene suficiente aptitud lesiva para producir un resultado. Pero, valga la salvedad, el análisis dogmático no podrá ser el resultado de una valoración cerrada, únicamente llevada a los elementos intra-sistemáticos que componen su ideal teórico, sino

necesitan de penetraciones político-criminales, a fin de obtener resoluciones satisfactorias en orden a criterios de justicia y de utilidad.

No podemos olvidar que la realización del poder penal es una de las facultades más esenciales del ordenamiento jurídico, en tal sentido, la prescripción no puede terminar resultando un escollo incesante a las necesidades de justicia que una sociedad democrática exige legítimamente.

Conforme lo anotado, el intérprete deberá ser sumamente prudente y racional al momento de establecer el inicio del plazo prescriptorio; en dicha labor de hermenéutica, debe apoyarse en los criterios normativos, que elaboran permanentemente, los científicos de las ciencias penales.

Entonces, a efecto de delimitar determinados aspectos, se analizarán una por una las fórmulas establecidas en el artículo 82º del CP, que se pronuncia de la siguiente manera: "*Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:*

1. En la Tentativa

Según el desarrollo del *iter criminis*, el plan criminal de un autor se valora según diversas etapas que comprende una fase interna y otra externa, es decir, el plan criminal, resultado ideado, primero en la mente criminal de su autor, que para efectos de relevancia jurídico-penal, son punibles únicamente cuando estas ideas son manifestadas en el mundo exterior a través, de actos unívocamente encaminados a la lesión de un bien jurídico.

Habiéndose estructurado el injusto personal, conforme los criterios del «disvalor de la acción» y en el «disvalor del resultado»; la tentativa significaría ya una *desobediencia normativa*, que manifiesta una conducta contraria al derecho positivo, y que se encamina objetivamente a vulnerar un objeto de tutela.

Tal como lo establece el artículo 16º del CP: "*Con la tentativa el agente da inicio a la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo*"; por tales motivos, con la tentativa el autor, ostenta una esfera cognoscible representativa del riesgo no permitido que está generando, pudiéndose apreciar un dolo de la misma intensidad, que aquél que aparece en el dolo de consumación.

A la tentativa se ha querido explicitar con una serie de conformaciones teóricas, de la cual considerarnos político-criminalmente satisfactorio, la llamada teoría «Objetivo-Individual»; dicha teoría toma en consideración que cada verbo descrito en los tipos legales previstos en la Parte Especial, conciben una forma particular para su configuración, es decir, cada verbo típico describe una singular forma de realizar el tipo.

Lo importante es determinar oportunamente para su relevancia jurídica: cuando con el inicio de determinada conducta se ingresa al ámbito de protección de la norma.

La tentativa, supone en concreto, el emprendimiento conductivo, que el autor decidió cometer, en cuanto a la realización de una conducta destinada a vulnerar la integridad de un bien jurídico; es decir, el sujeto infractor, de forma deliberada, pretende quebrantar una norma, con actos físicamente encaminados a ello; es en tal virtud, que las formas de imperfecta ejecución sólo resultan identificables en los delitos dolosos, siendo de exclusión en los injustos imprudentes.

Por ejemplo, el autor que planea matar a su víctima, realiza una serie de actos preordenados, que son concebidos a partir de su plan criminal previamente programado; para ello requiere adquirir el arma de fuego, acechar a la víctima en el lugar donde pretende realizar el hecho, desenfundar su arma, apuntar con el arma y finalmente presionar el gatillo a fin de alcanzar mortalmente a la víctima; en dicho proceder conductivo, observamos una serie de actos, unos son preparatorios: adquirir el arma, acechar a la víctima y desenfundar el arma son actos preparatorios; en cambio, apuntar con el arma y presionar el gatillo ya se constituyen en los actos ejecutivos, que se dirigen a obtener el resultado esperado bajo una esfera de plena representación fáctica.

Si en cambio, el autor pretende matar a la víctima a golpes certeros, éste sabe que necesita un cúmulo de ellos y en determinadas zonas estructurales, a fin de lograr el resultado muerte; pero, si por circunstancias ajenas a su voluntad, cesa dichos golpes y se aparta del lugar¹¹³¹, no se habrá producido el resultado muerte, sin embargo, esos golpes ya constituyen un evento perjudicial en la esfera somática de la víctima, que serán penalizados como una tentativa de homicidio.

Siguiendo el mismo ejemplo, tenemos que, si lo que pretendía el agente era únicamente causarle heridas y a pesar de ello, sobreviene el resultado muerte, se tipificará por lesiones graves dolosas seguidas de muerte, en tanto, el resultado más graves, sobreviviente, importa la realización de un delito preterintencional, según los términos normativos vigentes del texto punitivo

La tentativa no se admite en los delitos de peligro o de mera actividad, tampoco en los delitos culposos, en los preterintencionales y los delitos de omisión propia, por determinadas razones que son explicadas en la teoría del deli-

1131 Situación distinta es que de *motu proprio* haya decidido no continuar con el desarrollo ejecutivo del delito donde se manifiesta una voluntariedad que manifiesta un retorno al derecho, que implica una nueva valoración jurídica (desistimiento, art. 18).

to¹¹³²; por consiguiente, en la tentativa, los plazos comienzan a contarse desde el día en que cesó la actividad delictuosa.

2. En los Delitos Instantáneos

El delito es instantáneo cuando el estadio consumativo se alcanza cuando se realizan materialmente, todos los elementos constitutivos descritos en el tipo legal, es decir, se consuma inmediatamente, sin necesidad de que medie una separación espacio-temporal entre la acción y el resultado típico, entonces, acción y resultado se engloban en un solo concepto de unidad «normativa».

Este resultado dañoso o peligroso, puede desaparecer inmediatamente y con independencia del objeto sobre el que recayó la acción u omisión, o también subsistir más allá de la cesación de la actividad criminosa (tal como sucede, en este último caso, con el delito de efecto permanente, que no debe confundirse con el delito permanente)¹¹³³.

Así como se atenta contra normas prohibitivas, también se vulneran normas de mandato, contra un deber de actuar o de realizar una determinada prestación positiva, en cuanto a *neutralizar un foco de riesgo, creador de un peligro jurídicamente desaprobado*. Estos son los delitos de omisión que se dividen en «omisión propia» y en «omisión impropia»; los primeros deben estar normativamente previstos en los tipos penales, mientras que los segundos se derivan de una determinada relación de garantía, de la generación de fuentes de peligro o se equivalen en un no hacer en el respectivo tipo penal que se configura mediante una acción, conforme se desprende del artículo 13° del CP.

En este sentido, la omisión propia, se consuma instantáneamente con la omisión de una acción que profesamente exige el tipo legal, como es el caso de los artículos: 127°, 368°, 371°, 377°, 378° y 407° del CP vigente.

En consecuencia, en los delitos instantáneos, el plazo prescriptivo comienza a partir del día en que se consumó el hecho punible.

3. En el Delito Continuado

El «delito continuado», constituye en realidad una verdadera ficción legal que encubre un concurso real de delitos; puede ser definido como la multiplicidad de acciones u omisiones que un único autor comete en un determinado tiempo, pero que se encuentran separados en el tiempo y en el espacio, que a efectos de punición, dichas acciones u omisiones típicas, al recalar bajo una

1132 Así, ROY FREYRE; ob. cit., p. 69.

1133 ROY FREYRE; ibidem.

unidad subjetiva, en específico, una unidad de resolución criminal, son objeto de un solo procesamiento penal.

Es de verse, por tanto, que del delito continuado se desprenden los siguientes elementos: -varias infracciones (acción u omisión) a una misma ley penal o de semejante naturaleza (homogeneidad del bien jurídico tutelado), que se hayan cometido en varios espacios temporales y que estos actos se encuentren comprendidos en una unidad de resolución criminal.

Tal como lo prescribe el último párrafo del artículo 49° del CP, *se excluirá esta figura concursal cuando se vulneran bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a sujetos pasivos distintos.*

Ejemplo, el agente que se encuentra incurso en el delito de Falsedad Material (artículo 427° del CP), que habiendo o no participado en la elaboración falsaria (total o parcial, falsedad impropia) del documento apócrifo, ingresa este documento (público o privado) al tráfico jurídico, mediante su uso en varias oportunidades -separables en el tiempo y en el espacio-, a fin de hacerse ilícitamente de un derecho, que corresponde legalmente a un tercero. En este caso, observamos que cada ingreso consecuencia) al tráfico jurídico constituye ya una específica realización típica, sin embargo, el uso impropio del documento falsario, proviene de una misma resolución criminal; por consiguiente, el inicio de los plazos prescriptorios se iniciará a partir del momento en que termina la actividad delictuosa, en concreto, con el último ingreso al tráfico jurídico, siempre y cuando se cumpla con la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo penal, que de su uso se pueda causar un perjuicio a un tercero, perjuicio que puede ser de cualquier índole.

En estos casos, el plazo de la prescripción se inicia: *"desde el día en que terminó la actividad delictiva"* (artículo 82°, inc. 3).

4. El Delito Permanente

Por lo general, los tipos penales se consuman ni bien se produce el resultado lesivo pretendido por el agente, en los delitos de resultado se evidencia espacio temporal entre la acción y el resultado; entre la acción que genera un riesgo no permitido y con la modificación del mundo exterior, en cuanto a la efectiva lesión de un bien jurídico tutelado.

Aspecto principal, que caracteriza a esta figura delictiva, es la prolongación del estado antijurídico, que propicia la acción típica perpetrada por el autor, es decir, la lesión al bien jurídico no cesa en el tiempo, incidiendo en la posibilidad de admitir formas de participación, mientras no culmine dicha proyección antinormativa.

MIR PUIG, sostiene que el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...), dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica¹¹³⁴.

Así, en el caso del Secuestro o de la Usurpación, podemos afirmar, que mientras no cese la actividad antijurídica, la privación de la libertad del rehén o el despojo de la posesión del inmueble a su legítimo ocupante, la consumación se verá prolongada en el tiempo.

¿Cuándo se consuma del delito de Enriquecimiento Ilícito? En la jurisprudencia, se dice en el RN N° AV-09-2001, que: *"El Enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisito activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista incremento patrimonial significativo y contrastante no sustentado, en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a Derecho, en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el periodo de ejercicio funcional bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales"*¹¹³⁵.

A decir de ROXIN, delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo¹¹³⁶.

Luego, el carácter permanente tiene una gran trascendencia para la teoría del Injusto, ya que no se ha dado término al comportamiento injusto (por lo tanto es posible, por ejemplo, la participación, no corre la prescripción y pueden todavía concurrir otros delitos)¹¹³⁷.

1134 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 216.

1135 ROJAS VARGAS, F.; *Jurisprudencia Penal Comentada*, cit., p. 352.

1136 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I- "Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito"*, cit., p. 329. Así, M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN, quienes señalan que por la duración de la acción lesiva, los tipos se dividen en instantáneos y permanentes. En los permanentes, se requiere que la actividad lesiva se prolongue, al menos durante un cierto tiempo, para estimar cometido el delito; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 443.

1137 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 164; cuando el delito es calificado como "permanente", no se producen problemas cuando el objeto de la acción, cambia de "status", por ejemplo, en el delito de secuestro, si la persona que fue secuestrada como un particular, habida cuenta en el tiempo de su forzosa detención ad-

Entre los tipos penales comprendidos en la Parte Especial del CP, que podemos calificar como «permanentes», tenemos: los delitos de secuestro (artículo 152º), tráfico de menores (artículo 153º), tráfico de menores por la calidad especial del agente (artículo 153º-A, incluido por la Ley Nº 26309 del 20/05/1994), violación de domicilio (artículo 159)¹¹³⁸, usurpación (en sus diversas modalidades típicas previstas en los artículos 202º y 203º), desaparición forzada de personas por funcionario público (artículo 320º del Capítulo II del Título XIV-A, título incorporado según el artículo 1º de la Ley Nº 26926 del 21 de febrero de 1998)¹¹³⁹, etc.

Existen dos tipos penales que son objeto de discusión por parte de la doctrina, acerca de su calificación como permanente, los delitos de usurpación (artículos 202º y 203º), y el delito de bigamia.

El delito de bigamia se encuentra previsto en el artículo 139º del CP, por el cual se reprime aquella conducta destinada a realizar un segundo matrimonio, a sabiendas de ser ya casado, es decir, se tutela la familia en una concepción monogámica del matrimonio.

La institución del matrimonio, para su constitución legal, requiere de una serie de requisitos previstos en las normas de registro civil, contraer matrimonio presupone su realización bajo la observancia de todas las formalidades que convaliden sus efectos jurídicos.

Entonces, este delito se consuma, cuando quien está ya casado, contrae segundas nupcias, observando para ello todas las previsiones legales.

Conforme lo anotado, ni bien se da por consumado el segundo matrimonio se perfecciona el tipo delictivo, es por lo expuesto, considerado como un delito instantáneo y no permanente, es decir, los plazos prescriptorios empiezan

quiere la calidad de funcionario público, a efectos de imputación, se tipifica por la circunstancia agravante (artículo 152º, inc.3); cuestión distinta y problemática en el injusto se presenta en los delitos de homicidio con el de aborto, cuando las acciones se realizan en la fase prenatal, pero sus efectos lesivos se manifiestan *post natale*.

1138 El delito en cuestión se consuma ni bien el agente penetra ilícitamente en la morada ajena (sin consentimiento del titular), pero los efectos antijurídicos se prolongan en el tiempo, mientras el agente se mantiene en el ámbito de protección de la norma.

1139 El delito de desaparición forzada de personas, junto con el genocidio y la tortura se engloban bajo la sistematización del bien jurídico "delitos contra la humanidad", con la finalidad de cristalizar en nuestro derecho positivo la tendencia plasmada en la legislación comparada, así como de la tendencia político-criminal en los Tratados y Convenios Internacionales, que afirman la posición de ofrecer una mayor tutela de bienes jurídicos sumamente sensibles como los acogidos en este título, así como una mayor represión en razón de un mayor grado de reproche personal; el delito de desaparición forzada de personas se encontraba antes regulado en el DL Nº 25592, que regulaba los delitos de Terrorismo.

a computarse a partir de la realización del segundo matrimonio, que es nulo *ipso iure*.

Siendo más específicos, consideramos al delito de bigamia como un delito de estado, la conducta típica terminó con la celebración del segundo o ulterior matrimonio, y la duración de sus efectos no impide que corra la prescripción¹¹⁴⁰.

Al respecto cabe citar la siguiente ejecutoria (Exp. N° 4357-97): "*La doctrina señala que el delito de bigamia es un delito de comisión instantánea, pues se consuma cuando se realizan todas las formalidades necesarias de perfección del segundo matrimonio, incluida la mutua aceptación de los contrayentes, no siendo necesaria la cohabitación posterior*"¹¹⁴¹.

Así, PEÑA CABRERA, al apuntar que además de consumarse al celebrarse el segundo matrimonio, se trata de un delito instantáneo¹¹⁴².

En cuanto a los delitos de usurpación, la discusión es más cerrada y objetada, un sector de la doctrina nacional, considera que los delitos de usurpación son de comisión instantánea.

Un sector de la doctrina nacional, considera que los delitos de usurpación son de comisión instantánea. De esta postura, es PRADO SILDARRIAGA, quien escribe lo siguiente: "En la usurpación la acción acontece de modo inmediato y concluye excluyendo a la víctima de su posesión. Y esto último determina la consumación del delito y, por ende, el inicio de la prescripción. El que el inmueble se mantenga en poder del agente más o menos tiempo constituye un efecto posterior a la consumación, y que ya no implica despojo. La usurpación, pues, en su forma de despojo es un delito instantáneo pero que puede tener efectos permanentes"¹¹⁴³. De la misma perspectiva se muestra ROY FREYRE, al escribir que salvo la figura de "utilización abusiva de aguas, todas las demás hipótesis contenidas en los Arts. 202 y 203 C.P. son delitos instantáneos si atendemos a la carencia de tracto de las acciones indicadas por los verbos principales empleados en los tipos legales"¹¹⁴⁴.

Para poder dilucidar la problemática con corrección, es necesario remitirnos a conceptos propios del Derecho civil, en tanto el delito de usurpación afecta y limita determinados derechos reales, derechos subjetivos que una per-

1140 M. COBO DEL ROSAL/ T. S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 443.

1141 En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Normas Legales, Año II, N° 3, cit., p. 321.

1142 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol I - "Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Contra el Honor, la Familia y la Libertad". Ediciones Jurídicas, 1994. Así, ROY FREYRE, cit., ps. 71-72.

1143 PRADO SILDARRIAGA, Víctor R.; *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I, IDEMSA. Lima, 1996, p. 162.

1144 ROY FREYRE, L.E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 72.

sona posee sobre un determinado bien inmueble. La acción típica de este tipo penal, es decir, sus efectos perjudiciales pueden recaer –tanto en el propietario poseedor como en el poseedor no propietario–, en suma, no se protege *strictu sensu* la propiedad como derecho real, sino las facultades dominicales que recae sobre el bien, que es el use y disfrute, propiedades que únicamente pueden ejercerse cuando el sujeto pasivo se encuentra en posesión del bien inmueble; obviamente, la punición viene condicionada por el uso de una violencia física, de inminente amenaza psicológica o de un abuso de confianza¹¹⁴⁵.

Por lo antes dicho, habrá que afirmar, que mientras el sujeto activo de la acción típica se mantenga en posesión ilícita del objeto material del delito, se va a configurar un estadio antijurídico, el cual se prolongará en el tiempo durante su ilícita posesión; este estadio, supone una afectación de los derechos reales del sujeto pasivo mientras dure ese estado antijurídico, por lo tanto, no vemos objeción para considerar al delito de usurpación y actividades típica conexas, como un delito permanente. La usurpación –despojo material, turbación de posesión y destrucción o alteración de linderos– como todo delito permanente, supone la producción al bien jurídico de una ofensa que se mantiene en el tiempo –generando una especie de “estado antijurídico”– hasta tanto el sujeto activo decide su cesación o se ve compelido a ella¹¹⁴⁶.

Apoyada la tesis mencionada en argumentos de política criminal, en la práctica la cesación del estado antijurídico, es decir, la desocupación del bien demora a veces años, si consideramos a la usurpación como un delito instantáneo, muchos autores quedarían fuera de la persecución penal, puesto que se colmarían muchas veces los plazos prescriptorios, *contrario sensu*, considerar esta figura delictiva como “permanente” garantiza las función preventiva de la norma jurídico-penal, en tanto la violencia que se ejerce para lograr la desocupación del morador, debe ser entendida como medio por el cual se vale el agente para lograr su intencionalidad, de ahí que se pueda ejercer la acción penal en plazos temporales idóneos. La temporalidad dilatada –argumenta PEÑA CABRERA– fundamentalmente, aleja los posicionamientos de creer encontrar en este precepto exclusivamente el delito instantáneo¹¹⁴⁷.

1145 MUÑOZ CONDE en el análisis dogmático del delito de usurpación enfatiza, que la acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en un caso como en otro, se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 352.

1146 OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio y HUERTO TOCILDO, Susana; *Derecho Penal. Parte General: Teoría jurídica del delito*. 2da. Edición corregida y aumentada, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986, p. 162.

1147 PEÑA CABRERA, R.; *El delito de Usurpación*. En: “Debate Penal”, N° 14. Año I, enero-junio de 1997, AFA Editores. Director: Raúl PEÑA CABRERA, cit., p. 54.

En la siguiente ejecutoria (R.N. Nº 3536-98-Junín), se sostiene lo siguiente: "*Que, de otro lado el delito de usurpación no sólo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de las facultades que tienen su origen en derechos reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los modos señalados en la descripción típica del artículo doscientos dos del Código Penal, presupuestos que no concurren en el presente caso*"¹¹⁴⁸; mientras que en la sentencia recaída en el Exp. Nº 696-93-B, se sostiene que: "*El delito de usurpación es de carácter instantáneo con efecto permanente, por lo que el término de prescripción de la acción penal se computa a partir de la fecha de la comisión del ilícito penal*"¹¹⁴⁹. En conclusión: será permanente en los delitos de usurpación o despojo con ocupación; mientras que será instantáneo en el despojo de un derecho real sin ocupación¹¹⁵⁰.

E. La Interrupción de la Prescripción de la Acción Penal

Ni bien conocida la "*notitia criminis*" por parte de los órganos predispuestos (de oficio o a instancia de parte), éstos impulsan todo el aparato persecutorio del Estado, a fin de que se proceda a la investigación del supuesto hecho punible, que recae sobre quien existe una vehemente sospecha de culpabilidad.

Son pues, un sinnúmero de actuaciones que se configuran en el objetivo de realización de la ley penal bajo el Proceso Penal, que tiene como protagonistas principales al imputado, a la víctima, al representante del Ministerio Público y al juzgador.

Resulta entonces lógico que iniciadas las primeras diligencias de conformidad al principio de legalidad -por parte del Ministerio Público- se deban producir determinados efectos jurídicos; es de verse, por tanto, que el cómputo de los plazos prescriptorios pueden interrumpirse a instancia de determinadas actuaciones investigativas, acusatorias y judiciales.

A consecuencia de la «interrupción de la prescripción», el tiempo que transcurre durante el tiempo de realización de determinadas actuaciones oficiales por parte de las agencias estatales competentes, éste queda sin efecto, determinándose al término de la última diligencia, el inicio de un nuevo plazo prescriptorio.

1148 ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal* (1999-2000). Idemsa, 2002, cit., p. 624.

1149 ROJAS VARGAS, F.; *Código Penal...*, T. II, cit., p. 348.

1150 PEÑA CABRERA, R.; *El delito de Usurpación*, cit., p. 55.

En consecuencia, se deja sin efecto el plazo que transcurre en el término de la interrupción, comenzando un nuevo plazo a instancias de la última diligencia, sumándose a aquella operada antes de producidos los efectos de la interrupción, salvo cuando ese lapso sea referido para hacer el cómputo de la prescripción extraordinaria¹¹⁵¹.

El fundamento de la interrupción de los plazos prescriptorios de la acción, radican en la defraudación de las expectativas de no ser perseguido¹¹⁵², pues, determinados factores conducen a una valoración que implica reforzar la vigencia de la pretensión persecutoria del Estado.

Según el artículo 83º del Código Penal, la prescripción de la acción penal se interrumpe por:

a. Las Actuaciones del Ministerio Público

La investigación de cualquier hecho punible, requiere la formulación y trazado de toda una estrategia, de actos encaminados al acopio de evidencia (información), susceptible de proporcionar una fuente cognitiva, idónea para lograr los fines de la Investigación Preliminar (Diligencias Preliminares¹¹⁵³).

El representante del Ministerio Público, es el conductor y director de la Investigación Penal, a tal efecto, debe emprender una serie de actos investigativos, que se plasman en la realización de una serie de diligencias, las cuales deben tomar lugar de forma impronta e inmediata, ni bien toma conocimiento de la noticia criminal; coadyuvando en dicha labor, los agentes de la Policía Nacional del Perú.

Dicho lo anterior, la labor investigativa ha de ser aparejada con una eficaz labor de criminalística; dicha misión la asume en principio los peritos adscritos a la policía, en las diversas ramas del saber científico; empero, en otras áreas, como la contabilidad, las finanzas, la economía, el medio ambiente, el mercado bursátil, necesita de versados en la materia; debe entenderse, que si bien la investigación, según las aristas comprendidas en el nuevo CPP, apunta hacia un mejor reconocimiento de las garantías constitucionales de las partes involucradas, no es menos cierto que el acortamiento de los plazos como las exigencias del nivel probatorio, inciden a su vez en mayores exigencias, que recaen sobre

1151 ROY FREYRE, L.; op. cit., p. 73.

1152 Así, MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 861; el artículo 132 del Código Penal español de 1995 regula la interrupción en los términos siguientes: "2.-La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena".

1153 Según los términos normativos del nuevo CPP.

todo, en el representante del Ministerio Público, en la medida que para elaborar su hipótesis de incriminación ("Teoría del Caso"), deberá acopiar, recolectar y recoger todas las evidencias y el material indiciario, que le sirva para sostener coherentemente la imputación jurídico-penal en contra de los sospechosos.

Una vez recogidas las evidencias, debe disponer su examen pericial, para lo cual debe contar con un equipo especializado, un grupo de profesionales, técnicos y otros, que le puedan proporcionar los datos que desea obtener, de forma impronta e idónea; de no ser así, el Fiscal se verá desprovisto del material indiciario, con la consiguiente pérdida de fiabilidad de la investigación, encontrando los supuestos culpables, un campo fecundo de impunidad.

A tal efecto, debe primero identificar la naturaleza del hecho punible, pues cada figura delictiva cuenta con ciertas aristas, particularidades, incidiendo en una estrategia investigativa singular; no es lo mismo, la investigación que se sigue ante dos malhechores confesos de un Robo Agravado, de aquellas averiguaciones que deben efectuarse en el caso de una pluralidad de funcionarios públicos, a quienes se les atribuye la comisión de una serie de delitos, en específicos, injustos *funcionariales*, aquellos que atacan a la Administración Pública (bien jurídico), conforme a los principios constitucionales que guían su actuación según los dictados del Estado de Derecho.

Dicho lo anterior, deben identificarse y distinguirse, aquellas diligencias que deben tomar lugar en el decurso de la Investigación Preliminar, con aquellas que proceden en la Instrucción judicial; los primeros constituyen en esencia, actuaciones encaminadas a recoger las evidencias de la comisión del hecho punible, toda aquella información (indicios), que necesita el Fiscal, para construir su hipótesis de incriminación, es decir, para poder formular la Denuncia Penal respectiva, ante el órgano jurisdiccional competente o, para formalizar la Investigación Preparatoria, conforme al nuevo CPP.

Importan diligencias investigativas, orientadas a la obtención de evidencias incriminatorias, debiendo la Fiscalía, solicitar al órgano judicial, la realización de una serie de "Medidas Limitativas de Derecho" ("Búsqueda de Pruebas"), a nivel de Investigación Preliminar (Investigación Preparatoria); las cuales al manifestar injerencias a nivel de derechos subjetivos (fundamentales), necesitan para su adopción, de una resolución jurisdiccional debidamente motivada, tal como se desprende de la Ley N° 27379 y del Libro Segundo – Título III del nuevo CPP.

Entonces, no cualquier tipo de actuación fiscal supondrá la interrupción de la prescripción, sino únicamente aquellas actuaciones que se someten a las funciones de promoción, persecución y acusación, como atribuciones funcionales del Fiscal que se desprenden del principio acusatorio.

Siendo que el legislador optó por una fórmula enunciativa y no descriptiva, vale la necesidad de una interpretación restrictiva, pues bajo el mecanismo de la interrupción, se somete el imputado a plazos prescriptorios ampliados.

b. Las Actuaciones de las Autoridades Jurisdiccionales

En la primera etapa del proceso le corresponde desarrollar una actividad al juez monocrático; posteriormente será el juez colegiado, es decir, el Tribunal Correccional, el que enjuicie los elementos probatorios reunidos por el Instructor, acota Villavicencio.

Es de verse, que el sistema mixto, que tiene como característica predominante al principio inquisitivo —en las primeras etapas del proceso—; la Instrucción es la fase que da inicio del proceso penal y, a su vez, a la investigación oficial ejercida por el Juez Penal, a pesar de que dicha facultad la debería ejercer el Fiscal de forma exclusiva; por tanto, esta etapa hace alusión a como se ha organizado la persecución penal en nuestra ordenación procesal, dando preferencia a un sistema anclado en el principio inquisitivo, pues como se señalaba en la redacción original del C de PP, el órgano jurisdiccional encargado es el “Juez Instructor”, ahora Juez Especializado en lo Penal luego de la dación de la LOPJ de 1993.

Sin duda, la Instrucción apunta a una serie de actos procesales, regido por estructuras fuertemente rígidas, formales, burocráticas y esquemáticamente regladas; hasta el punto, de concebir a dicha etapa como la fase principal del proceso penal, pues se atribuía a aquélla la finalidad de alcanzar la verdad material, de dilucidar el objeto principal y accesorio del proceso, con la consiguiente merma a la fase en realidad trascendente del proceso, que es en realidad el Juicio Oral o Juzgamiento, donde cobran vigencia los principios elementales del principio acusatorio y del Debido Proceso, otorgándose una función meramente formalista¹¹⁵⁴.

La Instrucción es la etapa donde se realiza una serie de diligencias preparatorias o sumariales, de adquisición u obtención de fuentes de prueba, de imposición de medidas orientadas a asegurar los fines del procedimiento, de investigación preliminar, dirigidas a preparar el camino para el Juzgamiento¹¹⁵⁵.

El nuevo CPP, supone un cambio trascendental en esta estructura anacrónica (instrucción), en tanto, el juzgador pierde los poderes de dirección material del proceso, es decir, ya no se involucra directamente en el impulso del

1154 Asi, ROXIN, C.; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 326.

1155 Así, FLORIAN, E.; *Elementos de Derecho Procesal Penal*, cit., ps. 227-228.

proceso, ya no se encarga de investigar la causa penal, pues dicha función le compete ahora al persecutor público, en su integridad. Ya era tiempo, de que la norma procesal penal se adecuara a las prescripciones jurídico-constitucionales sobre la materia, erigiendo al Fiscal como director de la Investigación Preparatoria, en correspondencia con la titularidad que ejerce en la promoción de la acción penal pública y, como órgano estatal, sobre quien recae la carga de la prueba, tal como lo hemos sostenido en una serie de monografías. Ganándose con ello, celeridad procesal, imparcialidad del órgano juzgador, un abanico de garantías para los justiciables; de tal modo, que el nuevo corpus adjetivo, trae a colación un Juez de "Garantías", dejando de lado el llamado Juez "Instructor". Una investigación oficial a la medida de un Estado Social y democrático de Derecho, bajo el tamiz de que el Fiscal no termine convirtiéndose en un órgano instructor (inquisidor). Debe quedar claro, que la persecución penal debe sujetarse al mandato de legalidad, no a la voluntad del funcionario.

La figura del Juez Instructor como órgano judicial encargado de esta etapa procesal, tiene raíces profesamente inquisitivas, contenidas en la imagen omnímoda de un agente estatal que todo lo puede, realizando ambivalentemente funciones investigativas y todas aquellas netamente jurisdiccionales; incompatible con el régimen de facultades contempladas en la Ley Fundamental.

Las actuaciones judiciales, tienen que ver con aquellas actividades que se vinculen directamente con el aseguramiento del actor o partícipe del delito, con la actuación de pruebas para acreditar la existencia del hecho ilícito y con la acreditación de la responsabilidad penal¹¹⁵⁶; constituyen actuaciones judiciales que se encaminan a dilucidar el objeto del proceso (*la verdad de los hechos, materia de averiguación*), al aseguramiento de los fines del proceso, para que éste pueda generar sus consecuencias jurídicas naturales, con una serie de diligencias judiciales que exigen la presencia física de los actores principales (la instructiva, confrontación, reconstrucción de los hechos, informes periciales, testimoniales, inspección ocular, examen psiquiátrico del imputado, etc.).

Conforme lo anotado, no serían causales de interrupción de la acción penal: los decretos de mero trámite, las comunicaciones dirigidas a organismos públicos o privados, las peticiones relacionadas con la reparación civil y, en fin, todo escrito, articulación o recurso que presente el procesado en su defensa, pues resultaría absurdo que el ejercicio del derecho a defenderse interrumpa una prescripción que está corriendo precisamente en su beneficio¹¹⁵⁷.

1156 PEÑA CABRERA, R.; ob. cit.

1157 ROY FREYRE; cit., p. 77.

Por consiguiente, deben significar actuaciones judiciales que tengan que ver con la punibilidad, con la existencia del delito y con la acreditación de la responsabilidad penal del imputado.

c. La Comisión de un Nuevo Delito Doloso

La acción u omisión antijurídica, *atribuible al sujeto infractor de la norma*, motiva inmediatamente la actuación de los órganos predisuestos para perseguir y sancionar al supuesto autor del delito; es de verse, por tanto, que el conocimiento de la presunta comisión de un hecho punible, legitima y ordena la realización de una serie de diligencias a fin de esclarecer los hechos materia de imputación *jurídico-penal*.

Dicho lo anterior, nos encontramos ante una hipótesis delictiva, que ya es objeto de conocimiento por parte de los órganos de persecución penal; muy a pesar de este dato precedente, sobreviene una situación posterior: *el agente comete un nuevo delito doloso*.

Sobre esta causa de interrupción, resulta necesario, esbozar las siguientes precisiones: -primero, el delito, que se encuentra sustanciado ante las instancias competentes, puede ser un hecho delictivo doloso, imprudente o preterintencional, en cambio, el nuevo delito, cuya perpetración se le atribuye al mismo autor, debe ser necesariamente doloso.

Siendo así, el autor debe generar con su proceder conductivo, un riesgo *jurídicamente desaprobado, donde la esfera cognitiva de dicho elemento subjetivo del injusto, ha de comprender dicha situación, conforme a la estructura del dolo directo o del dolo eventual; debiéndose excluir, por tanto, las modalidades delictivas, a título de culpa o de preterintencionalidad*

El fundamento supone impedir que el agente sea beneficiado prontamente con la prescripción, cuando con su conducta ha manifestado una nueva desobediencia normativa.

El nuevo delito doloso que llega a conocimiento de los órganos de persecución, puede haberse cometido antes o después del primer hecho delictivo, que es ya objeto de procesamiento.

Esta observación -como esgrime ROY FREYRE- es importante porque permite poner de manifiesto el sentido mixto (sustantivo-procesal) del concepto "acción penal" indicado expresamente y también aludido en el texto comentado¹¹⁵⁸.

1158 ROY FREYRE, L.; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*, cit., p. 79.

El sustento de la interrupción no se fundamenta en la necesidad de encaminar un tratamiento procesal privilegiado, a quien ha cometido más de un delito, sino, que su propiedad, radica en otro elemento a saber, referido al hecho de que el sujeto infractor ha vulnerado la norma jurídico-penal en distintos tiempos; a tal efecto, el hecho punible -recién descubierto, puede ser más grave que el anterior; situación que sería constitutivo de un concurso real de delitos, quien ha cometido varias vulneraciones de la ley penal en tiempos distintos, y bajo cursos y causales distintas.

Es de verse, según la fórmula normativa contenida en el artículo 80° del CP, en caso del concurso real de delitos, cada acción prescribe separadamente, teniéndose al delito más grave.

La interrupción del plazo prescriptorio vendrá comprendida por una serie de actuaciones judiciales, entre aquéllas, la acumulación de los delitos basada en una conexión subjetiva (artículo 21° inc. 1) del C de PP); en tal caso, el juzgador que está avocado a la causa por el delito precedente, oficiará al otro Juez, indicándole los motivos que tiene para avocarse a la instrucción del nuevo delito doloso.

F. La Prescripción Extraordinaria

En principio se espera que la acción penal prescriba bajo las reglas previstas para la prescripción ordinaria (artículo 80°); sin embargo, las interrupciones que sufre accidentalmente el Proceso Penal, provocaría que los plazos prescriptivos, se conviertan en un techo inaccesible, para el pretensor de la extinción de la acción penal.

En este sentido, el legislador del 91, consideró conveniente establecer límites legales o topes al plazo de la prescripción ordinaria, suponiendo un acortamiento, a plazos interminables que confieran una vigencia indefinida de la pretensión persecutoria del MP, muy a pesar, de la manifiesta proyección de política criminal, que exterioriza de la dación de la Ley N° 26360, en cuanto a la extensión de los plazos temporales, ante la particular naturaleza del injusto penal.

Esta clase de prescripción de la acción penal opera después de comenzado el proceso, constituyéndose en un límite legal a las frustraciones de la prescripción causadas por las sucesivas interrupciones¹¹⁵⁹.

Estas interrupciones van a afectar el desarrollo normal de los plazos de prescripción, prefiriendo el legislador optar por una fórmula que ponga límite, a estos sucesos accidentales, pues consciente de una realidad judicial a ve-

1159 PEÑA CABRERA, R.; cit.

ces infructuosa, había la necesidad de fijar plazos temporales, que garanticen la expectativa de extinción penal, de los justiciables.

Dicho esto, vemos que el último párrafo del art. 83, dispone a la letra lo siguiente: "*Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de la prescripción*"; es decir, al plazo ordinario se le suma una mitad, si la acción se refiere al delito de receptación (pena no mayor de tres años), habiéndose ya promovido la acción penal por este ilícito penal, la acción prescribiría a los cuatro años y medio.

ROY FREYRE en su obra "Causas de extinción de la acción penal y de la pena", coloca en estado de discusión, si es que el tope de 20 años para la prescripción ordinaria es también de aplicación para la prescripción extraordinaria. VILLAVICENCIO TERREROS acota en referencia (prescripción extraordinaria), que el cómputo respectivo no puede superar, incluyendo el tiempo de la interrupción, el máximo de veinte (20) años señalado para la prescripción (art. 80, cuarto párrafo)¹¹⁶⁰.

Bajo los alcances de una interpretación restrictiva, injustos que son reprimidos con penas mayores a los 20 años de privación de libertad, como el secuestro, robo agravado o la extorsión, sería en ciertos casos, extraídos de la facultad persecutoria del Estado, situación que no se correspondería con los dictados de una justicia material, que tiene a la impunidad un corsé, no dispuesto a asimilar.

Si bien es cierto, que el artículo 80º -del texto punitivo-, pone un tope a la prescripción (20 años), no es menos cierto que la naturaleza del injusto merece a su vez, la articulación de respuestas jurídico-penales de distinto alcance y magnitud sancionadora. PEÑA CABRERA hasta antes de la dación de la Ley N° 26320, mantenía una postura de convergencia, acerca del tope de 20 años a los plazos prescriptorios, que en la última edición de su Tratado cambia, al sostener que el art. 80 del C.P. trata de manera exclusiva de la prescripción ordinaria¹¹⁶¹.

En palabras de ROY FREYRE, "Siendo la prescripción ordinaria, la materia casi exclusivamente tratada en el Art. 80 del C.P., nada autoriza a extender su alcance para someter a su propio régimen a otra forma distinta que tiene de operar la prescripción, o sea la extraordinaria, la misma que tiene que ser tratada en un dispositivo autónomo ubicado posteriormente, con motivo de legislarse acerca de las interrupciones, y como el último recurso para superar los efectos frustrantes de éstas sobre los plazos señalados para la prescripción ordinaria o corta de la acción penal"¹¹⁶².

1160 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Código Penal*, cit., p. 260.

1161 PEÑA CABRERA; cfr.

1162 ROY FREYRE, cit., p. 82.

Es de verse, que la vigencia de la prescripción extraordinaria, viene a solucionar las deficiencias de la administración de justicia, que a la postre, se alzarían en un freno irremediable, ante la legítima pretensión de que el delito prescriba, como consecuencia del transcurso del tiempo.

Sin embargo, lo que no se dice en la doctrina, es que la prescripción extraordinaria se apuntaló normativamente, como una subespecie de la prescripción ordinaria a modo de excepción, tal como lo dispone de forma expresa la normativa en cuestión: "*Sin embargo...*"; excepción que en la práctica judicial se ha convertido en la fórmula general, puesto que la mayoría de las veces, las resoluciones jurisdiccionales que amparan o desestiman la excepción de prescripción, siempre la fundamentan con los plazos de prescripción extraordinario, sin indicar el porqué de aplicar una u otra, sin mencionar las causales concretas de interrupción previstas en el mismo articulado.

Así la siguiente ejecutoria (Exp. N° 60-95): "*La prescripción larga (o extraordinaria) es una excepción a los supuestos del artículo 83. El cómputo implica el transcurso de un plazo ininterrumpido desde la comisión del delito hasta el término del plazo ordinario de prescripción, incrementado en una mitad*"¹¹⁶³.

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, sobre esta temática, ha fijado, con la calidad de precedente vinculante, lo siguiente:

El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al *plazo ordinario* y en el artículo 83° *in fine* hace referencia al *plazo extraordinario*.

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando "*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*". Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.

Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29° o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80° del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo

1163 PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores, p. 450.

mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que *tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal*; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal.

En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

G. La Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal

Por efecto, de la «suspensión del plazo de prescripción», queda detenido en el tiempo, hasta que se subsanen los defectos, omisiones u otras actuaciones procesales extrapenales, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la prescripción del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurre luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley a la pesquisa penal¹¹⁶⁴.

A diferencia de lo que sucede, en las causas de interrupción de la prescripción, que obedecen estrictamente a actuaciones de las instituciones de persecución penal, en este caso, la suspensión obedece a impedimentos, a obstáculos que deben ser corregidos y subsanados, a fin de que válidamente se promueva la acción penal ante la judicatura.

Dicho lo anterior, aparecen a veces, determinadas normativas, por lo general no *punitivas*, que condicionan el ejercicio de la acción penal así como su prosecución a ante la instancia judicial, debiéndose cumplir, previamente, con dichos requerimientos legales.

1164 ROY FREYRE; cit., p. 83.

Condicionamientos legales, que surgen a partir de la necesidad de reservar la vía penal, para aquellos hechos *que vengan revestidos de ciertas evidencias de su presunta calidad de conducta delictiva, en cuanto a un comportamiento que se cobija en la calidad del injusto penal, susceptible de ser atribuido a un sujeto penalmente responsable*

Asimismo, vemos, que no en pocas oportunidades, se someten a las instancias persecutorias, conductas que se encuentran procesadas en vías extra-penales; materias controversiales, que antes de ser sometidas a la vía penal, deben ser esclarecidas en la vía jurisdiccional competente; el juez penal así como el fiscal, no pueden avocarse a una causa, que es objeto de procesamiento en otra vía, so pena de interferir con la actuación del juez natural.

La sola interposición de una causal de suspensión provoca la inmediata paralización de las actuaciones jurisdiccionales penales, a efecto de que se cumpla con satisfacer presupuestos legales, de cuya resolución o corrección depende que pueda retomar la actividad persecutoria del MP.

La consecuencia generada -como apunta PEÑA CABRERA- es que el Ministerio Público y el Poder Judicial están impedidos de realizar sus "acciones" en tanto no se resuelva el inconveniente¹¹⁶⁵; en síntesis, surgen determinados impedimentos que neutralizan la labor de las instituciones, encargadas constitucionalmente de perseguir el delito, situación particular, que exige una suspensión de los plazos prescriptorios.

Si los plazos no se suspendiesen, se verían afectados los principios basilares del Estado Constitucional de Derecho; la realización del Derecho penal sobre la esfera de libertad del sujeto culpable, como una garantía que se refunde en el sentimiento de justicia de la comunidad así como de los otros intereses en juego, entre éstos, de la víctima, en lo concerniente a su legítima expectativa indemnizatoria.

- Causales de Suspensión:

a. La Cuestión Previa

El derecho de contradecir la acción penal, se desdobra al mismo tiempo, en el derecho de acción que ostenta el órgano persecutor, en cuanto a ejercer los actos de defensa y la contradicción del imputado, como garantía del debido proceso y del acusatorio.

Conforme lo anotado, se encuentran reglados ciertos mecanismos procesales, que se oponen a la validez de la acción penal; es así, que el legislador ha

1165 PEÑA CABRERA, cit.

previsto determinados requisitos -establecidos en la norma penal y en normas extrapenales- que someten a la persecución penal a una serie de presupuestos, que se constituyen en ciertas actuaciones previas.

Constituyen *per se* condiciones de procedibilidad, que nada tienen que ver con el injusto y con la culpabilidad, que no inciden sobre los elementos constitutivos del tipo penal¹¹⁶⁶, que sin embargo deben ser satisfechos a fin de promoverse legítimamente la acción penal. No podemos olvidar, que al tomar lugar, el Proceso Penal, como un mecanismo de coerción y de afectación de bienes jurídicos, su activación debe reservarse para aquellas conductas que revisten naturaleza delictiva y ante acciones que han cumplido con todas las exigencias contempladas en la normativa en rigor.

A este compendio de requisitos (*presupuestos legales*), se les denomina «condiciones objetivas de perseguibilidad», cuya omisión en su cumplimiento, dan paso, a la interposición una «cuestión previa», por parte del sujeto procesal interesado; conforme lo dispone normativamente, el artículo 4º del C de PP, *las cuestiones previas proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad y pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio*¹¹⁶⁷.

En puridad de la verdad, la presentación de este medio de defensa técnica, puede evitarse, si es que el juzgador, que recibe la denuncia fiscal, realiza un análisis exhaustivo de la misma, no sólo sobre el fondo, sino también sobre la forma.

En concordancia con lo previsto por el artículo 77º del C de PP, modificado por la Ley N° 28117, que confiere la facultad discrecional al juzgador de devolver la denuncia al agente fiscal, si estima que falta algún elemento de procedibilidad expresamente señalado por la ley; por tales motivos, si es que se cumple con satisfacer el requisito omitido, podrá el juzgador, dictar el auto apertorio de instrucción válidamente.

En nuestro derecho positivo algunos tipos penales exigen la satisfacción de un requisito previo, como: los delitos contra el honor (artículos 130º bis 132º), que únicamente pueden ser denunciados ante la justicia penal a instancia de la víctima u ofendido (agraviado)¹¹⁶⁸, al tratarse de delitos perseguibles por acción penal privada (art. 138, *in fine*) de conformidad con lo previsto en el artículo 302º

1166 El cuestionamiento sobre la naturaleza delictiva del hecho contenido en la acción, se hace valer en la instancia jurisdiccional, por medio de la excepción de naturaleza de acción.

1167 Así, el nuevo CPP del 2004, que en su artículo 4.1, dispone lo siguiente: "*La cuestión previa procede cuando el fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado*".

1168 Tratándose de una persona ya fallecida, en reivindicación de su memoria, la acción penal podrá ser promovida por sus familiares.

y ss. del C de PP; la omisión de asistencia familiar (artículo 149º), que presupone una sentencia de la jurisdicción civil, intimándose judicialmente el pago al sujeto obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente; libramientos indebidos (artículo 215º, incs. 1, 2, y 3), deberá requerirse por escrito (carta notarial o judicial) al girador para que abone el monto total del cheque dentro del tercer día hábil; delitos tributarios (Decreto Legislativo N° 813) sólo podrá ejercitarse la acción penal a petición de la parte agraviada, que en este caso, se considera al órgano administrador del tributo (SUNAT), etc.

b. La Cuestión Prejudicial

Así como se presentan defectos de omisión de requisitos de procedibilidad para promocionar válidamente la acción penal, asimismo, resulta que los mismos hechos contenidos en la denuncia penal, son también objeto de sustanciación en un procedimiento extrapenal, sea éste civil, laboral, administrativo, constitucional, etc.

Es de verse, que los hechos supuestamente criminosos, necesitan ser dilucidados y esclarecidos en la vía extra-penal, a fin de que se pueda establecer el carácter delictuoso de la conducta imputada.

En un Proceso Penal se ventilan hechos que reflejan un contenido penal, en cuanto se subsumen formalmente en las construcciones típicas que regula el corpus punitivo; el proceso penal no es la vía arbitrada para substanciar aquellas causas que reflejan únicamente una controversia de índole civil, societario, laboral y/o administrativo; puede que en algunos casos no quede claro si la conducta pueda ser reconducida en una parcela del orden jurídico en varias a la vez, pero lo que sí debe quedar claro, que ante una superposición de vías jurisdiccionales, el proceso penal así como el Derecho penal constituyen la última ratio. En tal virtud, aquellos hechos que son cuestionados en vías jurisdiccionales paralelas, no pueden ser sometidos a la persecución penal, sin antes dilucidarse previamente su real naturaleza.

La Cuestión Prejudicial es un medio de defensa única que se opone a la validez intrínseca de la acción penal, en razón de que los mismos hechos, resultan siendo objeto de sustanciación en una vía jurisdiccional paralela, concurriendo una conexión lógico-jurídica entre ambas. Constituyendo entonces, una cuestión de puro derecho que implica paralizar la causa en la instancia penal a efectos de esperar el pronunciamiento judicial en la causa extrapenal. Un Estado Constitucional de Derecho demanda que las sentencias que emanen de las diversas vías jurisdiccionales sean homogéneas y sistemáticamente congruentes, aquello no viene más que a garantizar la seguridad jurídica que debe imperar en un Sistema Judicial de sujeción estricta a la legalidad.

Se trata de una conexión directa con los hechos que han sido objeto de sustanciación en la vía penal, erigiéndose como un obstáculo, pues mientras la vía extrapenal no pronuncie firmemente al respecto, la actividad persecutoria debe cesar su operatividad a fin de evitar un pronunciamiento judicial que podría desembocar en una sentencia injusta y arbitraria.

DE LA CRUZ ESPEJO, escribe al respecto, que un ejemplo frecuente que se da en esta figura jurídica es el caso del ilícito penal de Usurpación; acontece que dos personas pueden tener conflictos sobre derechos posesorios o de propiedad sobre un determinado bien inmueble, litis que se encuentra sustanciando en un procedimiento civil. Así también, una causa civil, un pleito judicial en la vía privada, donde se está dirimiendo sobre la nulidad de un matrimonio, y de forma simultánea se pretende ejercitar al acción penal a título de bigamia¹¹⁶⁹.

Cuando se pone a cuestión de la instancia jurisdiccional privada, la resolución de un contrato, por incumplimiento de una de las partes y, paralelamente se promueve una persecución penal por el tipo penal de Estafa; o, finalmente, cuando el acreedor ha retenido un bien, a fin de cautelar su legítima acreencia, y se denuncia por apropiación ilícita, cuando se está discutiendo sobre su propiedad en otra instancia judicial. Resulta entonces lógico que la causa penal se paralice hasta que no se haya esclarecido firmemente cuál de ambas partes ostenta el mejor derecho de propiedad o de posesión, situación jurídica que será objeto de pronunciamiento judicial en la vía jurisdiccional civil.

Para que sean prejudiciales, tales cuestiones deben, según Florián: a) estar controvertidas; b) estar en relación con el delito en el sentido de determinarlo en uno o en todos sus elementos constitutivos. El delito puede ser de cualquier clase.

El artículo 4° del C de PP, que fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 126 del 15/06/1981, establece que la Cuestión Prejudicial a favor de uno de los procesados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica¹¹⁷⁰. Para que pueda procederse a extender a un co-procesado los efectos jurídicos de la Cuestión Prejudicial debe concurrir una triple identidad: de los hechos, de la fundamentación jurídica y que tengan relación directa con la cuestión prejudicial planteada. Los otros hechos que hayan provocado la calificación de un Concurso Real de delitos no serán amparables bajo los efectos de la cuestión prejudicial.

En resumidas cuentas, de lo que se resuelva en la vía extra-penal, dependerá la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa¹¹⁷¹.

1169 Así, Vescovi, E.; *Teoría General del Proceso*, cit., p. 99.

1170 Así, el artículo 5.2 del nuevo CPP.

1171 Artículo 5.4 del nuevo CPP.

c. El Antejudio Constitucional

El artículo 99° de la Constitución Política del Estado, reviste de un blindaje *pre-procesal*, a todos aquellos que ejercen los altos cargos públicos de la Nación, esto es, sobre ellos recae la prerrogativa del Antejudio Constitucional. Un juicio político previo a la instancia jurisdiccional penal, al cual es sometido el funcionario público por supuestamente haber cometido un injusto de carácter *funcionarial*; fungiendo este control político como una suerte de «Prejudicialidad administrativa».

Desde la época de las Monarquías Absolutas se fueron conformando ciertos límites al poder penal estatal, basados estrictamente en la investidura del cargo, como una especie de prerrogativa política. Es lógico, que quien ostentaba el poder de forma omnimoda neutralice la aplicación del Derecho mediante la utilización política del cargo, como una forma de poner freno a las persecuciones políticas, y por qué no decirlo, algunas veces, para tender un puente de impunidad.

En el marco de estos controles políticos, se aparece el «Antejudio Político», como un filtro de análisis jurídico, previo e indispensable, al cual hay que someter el hecho denunciado, *-supuestamente punible-*, para poder someter legítimamente al alto funcionario estatal a la persecución penal del Estado. Se manifiesta, entonces, como una especie de Prejudicialidad administrativa, como requisito previo, para pasar a una efectiva persecución del delito por parte de los órganos constitucionalmente encargados de dicha función.

En palabras de CAIRO ROLDÁN, el antejudio consiste en la acusación que formula la Comisión Permanente ante el Pleno del Congreso, la cual, en caso de prosperar, habilita el inicio de un proceso penal en el Poder Judicial contra el funcionario acusado¹¹⁷². Y, esta etapa calificadora y, luego acusadora, si bien se permite el derecho de defensa del denunciado, no existe actuación de pruebas u otras diligencias susceptibles de poder desvirtuar categóricamente la acusación formulada; no comporta una etapa pre-jurisdiccional, como la investigación civil, en tanto el fuero parlamentario constituye una sede administrativa.

Se instituye un control político previo al control jurídico, legítimo según los principios rectores del Estado Constitucional de Derecho; control político que se orienta a proteger la función pública ante las posibles persecuciones de naturaleza política, de las cuales puede ser objeto el alto funcionario público.

1172 CAIRO ROLDÁN, Omar; *El antejudio y la inmunidad*. En: diario "El Peruano". Suplemento de Análisis Legal. 18 de enero del 2005, p. 3.

Hasta lo anotado, no se proponen objeciones -sólo tal vez en el aspecto temporal¹¹⁷³-; sin embargo, el legislador, que dio vida a la Carta Política de 1993, sobredimensionó sobremanera el poder político del Poder Legislativo, pues, tal como se expone en el artículo 99° de la Constitución, luego de formulada la resolución acusatoria por el Pleno del Congreso: el Fiscal de la Nación no tiene más opción que formular denuncia penal ante la Corte Suprema, y, de igual forma procederá el Vocal Supremo Penal al abrir la instrucción correspondiente. Por lo tanto, el carácter vinculante de la resolución acusatoria del Congreso es, sin duda, una excepción a la garantía de exclusividad jurisdiccional y, por tanto, muy opinable¹¹⁷⁴.

En mérito a lo esbozado, podría decirse que la actual Constitución, sobrepone el Poder Político sobre el sistema jurídico, ejercido por los órganos que administran justicia en nuestro país. Desde un plano valorativo, en *puridad* crítico, diremos que esta Constitución fue elaborada a partir de intereses estrictamente políticos, producto de un afán intervencionista de las instituciones públicas. De este modo se neutralizan injustificadamente, las funciones que constitucionalmente se le confieren -tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial-; sobre todo, al Ministerio Público, quien como titular de la acción penal pública se le atribuye la potestad de calificar jurídicamente la *noticia criminis*, de conformidad con las evidencias probatorias, hasta este nivel formalmente adjuntadas (art. 159°, inc. 5 de la Constitución).

Muchas causas pueden caerse, por una pésima tipificación penal, que haya de formular el Congreso de la República, incidiendo en la imposibilidad de que el órgano persecutor pueda variar los términos de la imputación delictiva, con arreglo al Principio de Correlación entre la Acusación y la Sentencia, así como de los derechos de defensa y de contradicción, bajo las excepciones de la reglas previstas en el artículo 285°-A del C de PP y del artículo 374° del nuevo CPP. Aspecto en cuestión, que en algunos casos puede desencadenar intolerables impunidades.

El nuevo CPP, sentado sobre el modelo «Acusatorio», permite una salida, a dicho entrapamiento, al disponer en su artículo 450.6, que: *“La necesidad de ampliar el objeto de la investigación por nuevos hechos delictivos cometidos por el Alto Funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, requiere resolución acusatoria del Congreso, a cuyo efecto el Fiscal de la Investigación Preparatoria se dirigirá al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional respectiva. Si de la investigación se advierte que la tipificación de los hechos*

1173 En la medida, que según lo dispuesto en el artículo 99° de la Constitución, la prerrogativa se extiende hasta cinco años después de haber cesado la función pública.

1174 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; *El procedimiento penal por delitos contra la administración pública*. En: Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Jurista editores, Lima, 2002, cit., p. 335.

es diferente a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso, el Fiscal emitirá una Disposición al respecto y requerirá al Vocal de la Investigación Preparatoria emita la resolución aprobatoria correspondiente, quien se pronunciará previa audiencia con la concurrencia de las partes. En este caso no se requiere la intervención del Congreso”.

¿Cuáles son los injustos penales, que han de ser sometidos al Antejudio Constitucional? En principio, aquellas figuras delictivas, que manifiestan un ataque a la «Administración Pública», como bien jurídico tutelado en el Título XVIII del CP, donde el disvalor del injusto reposa precisamente, en el *prevalimiento del cargo funcional*, como son los delitos de infracción de deber como el Abuso de Autoridad, Peculado, Concusión, Malversación de Fondos, Colusión Ilegal, etc., así como aquellos glosados en el Capítulo III de la misma titulación, afectando al majestad de la Administración de Justicia, como el delito de Prevaricato y la Denuncia Calumniosa.

La frase: «Delito en el ejercicio de sus funciones», parece no agotarse, con los hechos punibles mencionados, en la medida, que en el marco de una actividad funcional, como de Ministro de Estado, se puede también ordenar la realización de delitos comunes, como las Lesiones, Homicidios, Secuestros, Daños, etc.; inclusive, no pueden descartarse, aquellos configurados como «Delitos de lesa humanidad» - Título XIV-A del CP. Lo importante a todo esto, es acreditar que el *injusto penal*, haya tomado lugar en el decurso de la actuación *funcional*, en razón del cargo público encomendado al funcionario público.

d. Desafuero Parlamentario

Todos los ciudadanos son susceptibles de ser sometidos a una persecución penal bajo las reglas de la ley procesal penal y de ser encontrados responsables ser pasibles de una pena estatal. Sin embargo, la Ley Fundamental a fin de tutelar la función parlamentaria, ha supuesto la procedencia de una excepción a la regla, cuando el autor o partícipe de un delito común es un Congresista. Así, lo ha establecido en el tercer párrafo del artículo 93°, al estipular que: *los Congresistas no pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización del Congreso de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.*

Dicho lo anterior, se consagra una suerte de filtro político, para que el Congresista, que presuntamente ha cometido un delito común, sea efectivamente perseguido y sancionado penalmente por la justicia ordinaria.

La finalidad de esta norma es asegurar la libertad del ejercicio legislativo y, por ende, la eficiencia del mandato parlamentario¹¹⁷⁵; de que la función congresal no sea obstaculizada o interrumpida por las denuncias penales que se interpongan contra sus miembros. La justificación axiológica no reside en la persona del Congresista, sino en razón del cargo *funcionarial*, en armonía con lo descrito en la Inmunidad parlamentaria.

Es de verse, que la inviolabilidad parlamentaria sólo rige, mientras dure la función congresal, hasta un mes después de haber cesado en el cargo. ¿Cuándo se produce la elección? Cuando luego del voto popular se produce el escrutinio de los votos por parte de la ONPE, y como resultado de dicha actividad el JNE declara oficialmente la lista de los Congresistas elegidos, que se materializa con la entrega de la credencial por parte de la máxima instancia en nuestro país del Sistema Electoral. A partir de dicho momento y no con la asunción efectiva del cargo, que se plasma en el juramento de honor que se realiza en el Pleno del Hemiciclo y que importa la instalación del nuevo Parlamento; cuestión distinta a saber, vemos en la posibilidad de inferir responsabilidad penal por el delito de Peculado o por el de Enriquecimiento Ilícito.

Siendo así, el Parlamentario no podrá ser procesado durante el ejercicio de la función parlamentaria, por lo que deberán suspenderse los procesos que se hayan abierto en su contra, los que podrán reanudarse ni bien el Congresista haya cesado en el cargo. En este caso se suspenden los plazos prescriptorios, de acuerdo a lo reglado en el artículo 84° del CP.

Finalmente, en caso de delito flagrante, cuando el Congresista es descubierto *in situ* en el lugar de los hechos con alguna evidencia u otro elemento que haga presumir la comisión reciente de un delito; cuando es aprehendido en las inmediaciones del lugar de su perpetración con el objeto material del delito o cuando es advertido en plena ejecución de su plan criminal (*iter criminis*). Ante tal supuesto, el Congresista deberá ser puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las 24 horas de su detención policial, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad, en caso de ser positivo será puesto a disposición de las autoridades competentes; todo ello, sin perjuicio de las medidas disciplinarias de naturaleza administrativa que deba adoptar el Congreso. Empero, no consideramos acertado dejar en manos del Congreso o de la Comisión Permanente la suerte del Congresista, pues su destino debería ser ya de incumbencia directa del Poder Judicial y del Ministerio Público, en méritos a los principios de oficialidad, legalidad procesal y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

1175 Vide., PEÑA CABRERA, R., cit., p. 153.

H. Individualización de la Prescripción

El texto punitivo en su artículo 88°, recoge un criterio «individualizador» de los términos prescriptorios; en principio, el hecho punible importa una conexión objetiva que liga indisolublemente a los participantes en el evento delictivo; así, el autor, quien tiene el dominio funcional del hecho con quienes no lo tienen, en cuanto a las diversas formas de «participación delictiva»; aquellos, tienen la posibilidad de sustraerse de la persecución penal, tomando como inicio del plazo prescriptorio, la comisión del hecho punible, bajo las especificidades regladas en del artículo 82°.

No obstante lo anotado, puede que las causales de interrupción afecten sólo a uno de ellos y no a los otros; sería en realidad injusto, que éstas recayeran a los otros sujetos actuantes, cuando -tanto la interrupción como la suspensión producen efectos infavorables a las pretensiones prescriptorias de los imputados-.

Nuestro texto en comentario adopta el sistema personal o subjetivo de la prescripción al no ser comunicables las causales suspensivas o interruptivas que afectan a un «partícipe» (entiéndase: autor y partícipe), las que no alcanzan a los otros intervinientes¹¹⁷⁶.

El legislador, de forma semejante al el artículo 26° del CP, sanciona efectos de naturaleza individual, de las circunstancias impositivas del discurrir del plazo prescriptorio, a fin de no extender a los partícipes, causas estrictamente personales.

En segundo lugar, la norma en comento hace referencia a los «partícipes» del hecho punible, quiere decir, todos aquellos que coadyuvan, cooperan, influyen o utilizan a otro, a fin de que se ejecute la realización típica del delito; entonces, no podemos interpretar al respecto, una participación *strictu sensu*, que únicamente comprendería al instigador y al cómplice.

Conforme lo anotado, nos inclinamos por una participación *latu sensu*, de conformidad con el principio de «accesoriedad en la participación», que sanciona nuestro derecho positivo.

Con arreglo, a lo dispuestos en los artículos 23° y ss., de la codificación punitiva, se reconocen variadas formas de participación: -aquel que tiene el dominio de configuración típica (autoría inmediata y la autoría mediata que se sirve de otro en razón de un mayor conocimiento de las circunstancias fácticas), cuando son dos o más quienes comparten el co-dominio funcional del hecho (coautoría), quien ejerce una influencia psíquica intensa en la persona, quien tiene el dominio del hecho (instigador), de quien realiza una aportación nece-

1176 ROY FREYRE, L.; *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., ps. 93-94.

saria y relevante para la realización típica (cómplice primario) y quien coadyuva en menor medida, pudiendo ser sustituido por cualquiera (cómplice secundario); por consiguiente, la participación debe ser entendida, como toda actuación en el evento típico (sea material o normativa), que tiene como protagonistas a los autores y como sujetos accesorios a los partícipes.

En lo concerniente, a si esta prescripción rige -tanto para la prescripción de la acción como de la pena-, consideramos afirmativa la interrogante, puesto, que si bien se alude a la terminología «partícipe», cabría la impresión que únicamente es de aplicación en el caso de la prescripción de la acción; sin embargo, ante una misma situación de hecho, debe aplicarse el mismo derecho desde una interpretación por analogía *in bonam partem*, que corra la prescripción, se interrumpa o suspenda¹¹⁷⁷, debe recaer únicamente sobre la individualidad (imputado o reo), debe conservarse el sistema personal de la prescripción.

- La Prescripción del Delito y su Relación con la Ley de Contumacia

Aparte de las causales de interrupción, así como de suspensión de los plazos prescriptivos¹¹⁷⁸, el legislador, creyó conveniente político-criminalmente, determinar una cualidad jurídica a quien se sustrae de la justicia con evidente afán de no ser sometido al Proceso Penal y en su caso, a la imposición de la pena.

Es de verse, muy comúnmente, que *sujetos infractores*, que gozan de determinados beneficios o privilegios en base a un determinado *status* socio-económico, sobre todo en los delitos de cuello blanco -apuntalando entonces una caracterización criminológica-, escapan de la justicia penal a partir de una serie de artificios y mecanismos, que les permite situarse fuera del alcance de la pretensión punitiva estatal.

La situación descrita, conllevaría defraudar valores de justicia, de mayor contenido axiológico, conforme la idea un «Estado Constitucional de Derecho», la realización de la ley penal, importa un cometido esencial en una sociedad democrática, que en principio las agencias estatales están prohibidas de renunciar.

1177 La suspensión sólo está referida a la prescripción de la acción penal, mas no en el caso de la prescripción de la pena; pues en el segundo caso mencionado, estamos ante un sujeto, que ha sido declarado judicialmente culpable por la jurisdicción penal, sobre aquél no pende un estado de incertidumbre o, dígame un tema pendiente de esclarecimiento, que vaya a repercutir en la imputación jurídico-penal que recae sobre su esfera personal de organización.

1178 También se reconoce normativamente la declaración de reo ausente, normada en los artículos 205-206 del C de PP; y, en el promulgado CPP, en su artículo 79° (Ausencia y Contumacia).

Se asume, por tanto, una posición política, de fijar normativamente, ciertos obstáculos, a quienes pretenden sustraer del ámbito de punición, mediando aquellas conductas fraudulentas, se esconden de la justicia, fugan del territorio nacional, se convierten en prófugos, al no dar cara a la justicia, propiciando una defraudación legítima de los comunitarios, en evidente desmedro del principio de «igualdad constitucional».

Dicho lo anterior, el Congreso de aquel entonces, sanciona la Ley N° 26641, que en sus prescripciones legales, define una serie de situaciones, que trascienden el ámbito procesal, defendiendo una conducta típica en razón de una situación elusiva de la justicia, propiciando un margen de irrazonabilidad y de ilegitimidad, ante el reconocimiento un «Derecho penal del acto», consagrado en el *Corpus Punitivo* de 1991, del principio del *non bis in idem* y de una serie de garantías, que legitiman la intervención del derecho punitivo.

Es sabido, que el principio de estricta legalidad, define que sólo el legislador puede proceder al proceso de criminalización primaria, sobre *aquellas conductas, que manifiesten un alto grado de intolerancia social, en cuanto a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos –penalmente tutelados-*.

El legislador haciendo gala de la politización del Derecho penal, acude a esta parcela del ordenamiento jurídico a fin de transmitir efectos puramente cognitivos ante los electores, transmitiendo un mensaje de un combate frontal y sin treguas a la corrupción; bajo este modelo *penalizador*, donde se subvierten las garantías materiales, y se formulan convenciones penales con nombre propio.

Según lo hilvanado -líneas atrás-, el delito como manifestación social intolerable, deber ser combatido con la legalidad, que emana del derecho positivo y de los fundamentos epistemológicos de la ciencia científica, formulaciones únicamente sustentadas bajo aristas político-criminales que no pueden resultar incompatibles con los principios legitimantes del Derecho penal.

El artículo 1 de la citada ley, refería lo siguiente: *"Interprétase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenarlo en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que él mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción"*.

Importaba una garantía de los justiciables la prohibición de condena en ausencia, consagrada como precepto constitucional (artículo 139°, inc.10); derecho que se deriva de la humanización del Proceso Penal, gracias a la gesta filosófica de la ilustración y del iluminismo, la abolición de la tortura y la humanización de las penas y su realización en las legislaciones positivas después de

Christian TOMASIO y Cesar BECCARIA denunciaron los abusos de los viejos sistemas procesales¹¹⁷⁹, en concreto, del «Antiguo Régimen».

Un sistema procesal democrático tiene como máxima fundamental el principio acusatorio, *definiendo ámbitos precisos de actuación de las agencias de persecución penal, en el sentido de que el imputado, a través de su defensa, cuenta con todo el derecho de ejercer todos aquellos actos encaminados a sostener su propia versión de los hechos, de construir su propia Teoría del Caso, de contradecir los términos fácticos y jurídicos de la imputación que se alza en su contra; en tal mérito, es que reparamos cualquier intento, de pretender condenar a un individuo, sin que aquel haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los cargos en su contra, en cuanto a su activa participación en el juzgamiento, haciendo uso de todos aquellos mecanismos de contradicción que la normativa le reconozca, de poder refutar y/o enervar la hipótesis de incriminación sostenida por la fiscalía.*

Dicho lo anterior, vemos que la normativa en cuestión, confiere la potestad al juzgador de la causa, de aplicar la interrupción de los términos prescriptorios; sostuvimos -en líneas precedentes-, que la interrupción obedece esencialmente en las actuaciones del Ministerio Público o de los órganos de justicia, lo cual no crea inconvenientes interpretativos.

Sin embargo, la norma aduce al término «acusado», que elude el proceso, de ahí la primera objeción; acusado supone una persona sobre la cual ya ha recaído una acusación fiscal, que se formula antes de proceder a declarar el auto de enjuiciamiento (*nullum accusatio sine iudicium*); por consiguiente, sólo podría ser objeto de la declaración de contumacia quien ha sido objeto ya de la instrucción judicial, no sobre quien únicamente pesa formalmente una denuncia penal.

Asimismo, se incluye una contradicción sobre los efectos de la declaratoria de contumacia, en principio, se habla de la interrupción y finalmente se aduce que el Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción; es de verse, entonces, que se hace alusión -tanto a la «interrupción» como a la «suspensión»-, instituciones que suponen efectos jurídicos diferentes, son pues circunstancias distintas, las que regula una y otra institución.

En la contumacia, el legislador condiciona al órgano jurisdiccional, la declaración de «reo contumaz»; cuando existen indicios irrefutables que el acusado rehúye del proceso, no es entonces, una actuación de los órganos

1179 MANTILLA PINEDA, Benigno; *Filosofía del Derecho*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá -Colombia, 1996, p. 21.

de persecución penal, ni tampoco una situación que deba resolverse extra-proceso.

ROY FREYRE resuelve esta disyuntiva, a favor de la norma relativa a la suspensión en sentido *sui géneris*, pues resulta más favorable al reo desde que no implica la cancelación del tiempo discurrido precedentemente a la declaración judicial de contumacia (Art. 139, inciso 11, de la Constitución), declaración que, a mayor abundamiento, debe hacerse extensiva, por expresa indicación de la ley, a la "suspensión de la prescripción"¹¹⁸⁰. Resolución a la problemática en cuestión, que puede inferirse también del propio texto expreso de la ley, que se inclinaría por la suspensión, al disponer, que *el Juez debe declarar la suspensión del proceso*; la suspensión del proceso se relaciona con causas extra-proceso, a diferencia de la interrupción que presupone actos, formalmente encaminados a la persecución y castigo del delincuente.

Luego, se menciona en la norma la interpretación por la «vía auténtica», la denominada interpretación auténtica es aquella realizada por la misma entidad estatal, que sancionó la ley.

Conforme las aristas de una política criminal sujeta al Estado Constitucional de Derecho, únicamente al Congreso de la República, se le confiere la potestad de legislar en materia penal, de sancionar normativamente delitos y penas, con arreglo a lo previstos en el artículo 102 inc. 1) de la Ley Fundamental, al definir normativamente, que es una atribución del Congreso: "*Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes*".

Bajo esta técnica interpretativa se acude al propio creador de la norma, en cuanto a fijar los alcances aplicativos de la norma en cuestión, de delinear criterios interpretativos, adecuados a la ratio del precepto legal, así como de resolver todo conflicto que surja con una norma de rango superior.

La interpretación auténtica posterior, en consecuencia, según la doctrina aplicada a nuestra legislación, es la que realiza el Congreso después de haberse dictado la ley en la que se advierten obscuridad o ambigüedad que necesitan ser aclaradas para fijar su sentido o alcance¹¹⁸¹.

A nuestro entender, el asunto llevado a la denominada *interpretación auténtica*, importa afirmar la vigencia estricta del principio constitucional, de no ser condenado en ausencia, de forma, que la sanción de la Ley Contumacia, en cuanto a su aplicación e interpretación, según la escala de valores compaginados en la cúspide la normativa ius-fundamental, no incide en una derogatoria del

1180 ROY FREYRE, E; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*, cit., p. 103.

1181 ROY FREYRE; cit., p. 100.

precepto constitucional, todo lo contrario, la labor de hermenéutica, debe trazarse conforme a los principios de ponderación, de justificación, de proporcionalidad, en cuanto a un conflicto normativo, cuya resolución sólo puede pasar por la preponderancia de la normativa constitucional, consustancial a las garantías que se refundan en la estructura basilar del Estado Constitucional de Derecho.

El artículo 2 (Ley N° 26641), disponía a la letra lo siguiente: "*Si el agente se sustrae a la acción de la justicia y por ello es declarado contumaz, será reprimido con pena privativa de libertad igual a la que corresponde el delito por el que se le procesa. Es competente el Juez que corresponde a la primera acción*".

El enunciado normativo invocado, definía una conducta típica, en cuanto a la declaración judicial de reo contumaz, lo cual suponía la penalización de una situación jurídico-procesal, es decir, muy aparte de incidir en estado jurídico, de prófugo de la justicia, a la par, se procedía a su acriminación, en mérito a dicha cualidad jurídico-procesal; situación intolerable según los principios rectores de un Derecho penal democrático, donde los individuos sólo pueden ser sujetos de punición, cuando perpetran un hecho constitutivo de un tipo penal y, no por lo que son; por tales motivos, se apelaba a un inadmisibles Derecho penal de autor, violatorio también, del principio del non bis in idem, en el sentido de que el agente, ya no habría de responder sólo por el hecho punible, en mérito del cual es requerido por la justicia, sino también por la misma situación jurídica, de haber sido declarado por la justicia como "reo contumaz", es decir, se acudía a la penalización de actos post delito que nunca son penados; como si al autor del hurto, se le sanciona no sólo por haber sustraído un bien ajeno a su víctima, sino que se apareja otra sanción punitiva, por haber vendido el bien al receptor, o el asesino, que se le acrimina aquella conducta destinada a ocultar el cadáver de su víctima.

Finalmente, vemos que el artículo 3° de la Ley N° 26641, reza así: "*Los artículos 1 y 2 son aplicables a los procesos en trámite*", definiendo dicha normativa, una aplicación inmediata a los actos procesales, conforme al aforismo del: *tempus regit actum*; habiendo hecho hincapié, en cuanto a la aplicación inmediata de las normas procesales, y aquellas que únicamente resultan de aplicación al momento de la comisión del delito; estas últimas, cuando inciden en un plano de injerencia en el contenido esencial de un derecho fundamental, por lo que una aplicación inmediata, quiebra el principio de irretroactividad normativa, al ser desfavorable a la situación jurídica del imputado, concordante con lo dispuesto en el artículo 103° de la Ley Fundamental.

Por otro lado, en lo referente a la aplicación del artículo 2°, pensamos que cabe discusión, al tratarse de una norma de derecho material, pues, califica una conducta como delictiva, que de ningún modo puede aplicarse retroactivamente, al ser la *lex praevia* agravatoria, de la situación preexistente, suponiendo un

cambio que afecta las libertades fundamentales del procesado¹¹⁸², en cuanto a la *libertad personal*.

La Corte Suprema en Acuerdo Plenario Nº 5-2006/CJ-116, sobre la «declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento», ha sostenido lo siguiente (Fundamentos Jurídicos 8-14):

La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra en el artículo 3º, inciso 1), del Decreto Legislativo número 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia. El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio- sin la necesaria presencia del acusado [en este sentido, el Código –acota GIMENO SENDRA- llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual ‘nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído’, interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la ‘última palabra’: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2004, página 215].

Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado.

La indicada resolución judicial tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al Juez para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales.

El citado artículo 3º del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir,

1182 A más detalle ver Naturaleza Jurídica de la Prescripción.

se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa contumaz: *"Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal"*. A estos efectos, el artículo 1° de la Ley número 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado –sin esa resolución judicial no es posible calificar a un acusado de contumaz– sólo se dictará desde que *"...existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso..."*.

La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2° de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205° y 206° del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1° de la Ley número 26641, sólo exige que existan evidencias irrefutables que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, rehuye el proceso –concretamente, la instrucción– para que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en los supuestos de citación para diligencia de lectura de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional número 3014-2004-HC/TC, del 28.12.2004; número 7021-2005-HC/TC, del 17.10.2005; y, número 2661-2006-HC/TC, del 17.04.2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia.

El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso. Prescribe al respecto el artículo 210° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: *"...Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la incomparecencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318° al 322° del Código de Procedimientos Penales"*.

Siendo así, son presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento: **a)** que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 08.08.2005]; **b)** que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, **c)** que el acusado persista en la incomparecencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes. En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la sentencia número 3411-2006-HC/TC, del 12.05.2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es central la nota de "persistencia" en la incomparecencia voluntaria del acusado al acto oral, la cual significa mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente.

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarían las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

Por otro lado, en vista que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado —en todo caso, una medida de coerción personal más intensa—, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 934-2002-HC/TC, del 08.07.2002, si el Juez rechaza indebidamente la recusación —al margen de la ley procesal—, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento preestablecido, tal decisión deviene ilegítima.

Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley número 28117, del 10.12.2003, y el Decreto Legislativo número 959, del 17.08.2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales.

Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y reordena el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales.

En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal, obviamente será posible –más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto suspensivo– dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes.

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aún cuando éste no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales –cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes–, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fin a la instancia o al proceso –vid.: apartado dos del artículo 33° del Código de Procedimientos Penales–, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido –esta vez por regla expresa– clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta.

En síntesis, la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y de persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Por último, un Juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad

como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

I. La Renuncia a la Prescripción

El codificador de 1991, introduce una innovación en relación al Código abrogado que establecía el carácter irrenunciable de la prescripción (artículo 125° del CP de 1924); de este modo el artículo 91 del actual corpus punitivo, dispone que el imputado tiene derecho a «renunciar a la prescripción de la acción penal».

La Exposición de Motivos del Código Penal, destaca la importancia, de reconocerse el derecho que tiene el procesado para renunciar a la prescripción de la acción penal.

Como es sabido, la prescripción de la acción penal, puede proceder a solicitud del imputado o de oficio por parte del órgano jurisdiccional; la prescripción, por tanto, es una institución que fue elaborada e incluida en los textos legales, conforme el nacimiento del Estado de Derecho, como la vía reglada, de poner límites a una pretensión persecutoria indefinida; el poder del tiempo provoca consecuencias jurídicas inevitables, en este caso el cese definitivo de la facultad de perseguir y sancionar las conductas delictivas.

Según un modelo procesal-penal, ajustado a los cánones del debido proceso, en correspondencia con las garantías que se compaginan en el principio acusatorio, traído a mas con la vigencia del nuevo CPP, implica identificar, los derechos de defensa y de contradicción, como los mecanismos más importantes, que cuenta el imputado, para poder refutar, enervar y destruir las aseveraciones fácticas que construyen la Teoría del Caso formulada por la Fiscalía; en tal merced, si bien sobre aquél pende el principio de presunción de inocencia, en cuanto a la no obligación de ofrecer medios de prueba, tendientes a demostrar su no culpabilidad, al mismo modo, se le reconoce la potestad, de ejercer actos conducentes a la acreditación de su inocencia, de construir su propia Teoría del Caso (positiva), en mérito de la cual, construye su propia versión acerca de los hechos.

Es sabido, entonces, que la interposición de la excepción de prescripción de la acción penal, si es que resulta Fundada, a razón de una valoración positiva por parte de la judicatura, importa el dictado de un *Auto de Sobreseimiento*, donde el pronunciamiento judicial se limita al análisis del tiempo transcurrido, conforme a la naturaleza del injusto penal imputado al inculcado, no existiendo examen alguno, sobre el fondo de la controversia, en el sentido, de si el imputado es o no responsable de la comisión del delito, dependiendo de los medios probatorios a ser actuados en sede de juzgamiento; en tal entendido, el contenido del *Auto de Sobreseimiento* con el contenido de una sentencia absolutoria,

son en puridad distintos, al margen de la comunidad jurídica de sus consecuencias, en cuanto al cese de la persecución penal. Resultando, que no es lo mismo, decir judicialmente que no hay prueba alguno que acredite que el imputado es el autor o el partícipe de haber perpetrado un hecho punible, quedando limpio su nombre y su honorabilidad frente al colectivo, que aquella sustracción de la persecución penal, como efecto del paso del tiempo; en este último caso, aún quedara un viso de sospecha, de duda, en cuanto a la inocencia del imputado.

Es de verse, entonces, que aquel imputado que se sustrae de la persecución penal al amparo de la prescripción, no puede ser calificado jurídico y éticamente como un verdadero «inocente»; no obstante, de la vigencia en rigor, del principio de presunción de inocencia, contemplado en nuestra Ley Fundamental, en cuanto criterio a operar estrictamente en el ámbito de la actividad probatoria, en el decurso del procedimiento penal; implica que a toda persona sobre la cual recae una imputación criminal, es considerado «presuntamente» inocente, mientras judicialmente no se demuestre lo contrario, conforme la carga de la prueba que recae sobre el persecutor público.

Situación que lleva a ROY FREYRE, a considerar, que en la actualidad, al primar el principio de presunción de inocencia o principio de presunción de no culpabilidad previsto en el Art. 2, inciso 24, apartado "e" de la Constitución Política de 1993, ya no tiene razón de ser la prescripción; en cuanto, a que la resolución que dispone el sobreseimiento definitivo del proceso, por motivos de prescripción, produce el efecto de cosa juzgada, y la presunción de *juris tantum* de inocencia se convierte por este motivo en presunción *juris et de jure*¹¹⁸³.

Obviamente, en el caso que se haya amparado judicialmente la prescripción, y habiendo quedado ésta consentida, no cabe la posibilidad de que esta situación jurídica pueda revertirse con una pretendida renuncia del imputado, favorecido con la decisión judicial, en tanto el ministerio de la «Cosa Juzgada», define la inmutabilidad de las decisiones jurisdiccionales en el tiempo, con la excepción del recurso de Revisión.

En este caso, vemos que el imputado, renuncia a la prescripción con la intención de demostrar judicialmente su inocencia y, para tal cometido, presentará pruebas de descargo suficientes para refutar y desvirtuar la imputación formulada en su contra; puede que finalmente, el imputado sea judicialmente absuelto, pero no por haber demostrado fehacientemente su inocencia, sino por un estado de duda que no genera convicción y certeza sobre la punibilidad, en aplicación estricta del *in dubio pro reo* (beyond any reasonable doubt).

Consideramos al respecto, que aquél importa un riesgo, que el imputado tiene el derecho de asumir, no por consideraciones jurídicas, sino estrictamente

1183 ROY FREYRE, L.; cit., p. 96.

éticas y sociales, en cuanto a su reivindicación frente al colectivo; la asunción como sospechoso en un Proceso Penal, genera un estigma social que difícilmente se borra con una resolución judicial que ponga fin al proceso, al amparo de la prescripción.

Conforme lo anotado, esta permisión, que se confiere al imputado, se sostiene sobre fundamentos, que trascienden un plano de pura juridicidad, que en puridad de la verdad, muy difícilmente será invocado por quien ha recaído una imputación criminal, no por ser necesariamente culpable, sino considerándose inocente, no está dispuesto a someterse a una persecución, de contenido aflictivo, en cuanto a las injerencias estatales que pueden recaer en el ámbito de sus libertades fundamentales.

Se repara también, el hecho de que el derecho de sindicado para abdicar de los beneficios de la prescripción, se opone un interés general, en cuanto salvaguardar la aplicación de la institución de la prescripción.

Conforme lo anotado, nos encontraríamos en apariencia, ante un conflicto de intereses «público-privado», en el cual, mediante una ponderación haría primar al interés público, lo cual en principio resultaría valedero; empero, se deja de lado un valor primordial en un Estado de Derecho: -la realización de la justicia, en cuanto la aplicación de la norma jurídico-penal, sabedores que la imposición de una pena se encamina a refirmar los lazos de la comunidad con el orden jurídico, en cuanto a un sentimiento de justicia.

Como GÖESSEL afirma, la justa aplicación de las leyes, incluidas las leyes penales; y, por ende, también la imposición y realización del poder sancionador frente al culpable, naturalmente sólo según la medida impuesta por la ley y la justicia¹¹⁸⁴.

Es de verse, entonces, que estamos ante un conflicto de intereses públicos, al margen del privado, que en casos de injustos graves, la balanza se inclina *por los dictados de la justicia material*, muy al margen de los otros reparos, que puedan esgrimirse sobre la legitimidad de la institución -in examine-.

Siguiendo la línea argumental esbozada, estimamos que resulta contrario al orden público, que se dicte una sentencia condenatoria al renunciante, en el caso que posteriormente a la renuncia, se acredite *con suficiente solvencia probatoria, en cuanto a un cúmulo de indicios, que sostengan -fuera de toda duda razonable-, que el imputado (renunciante a la prescripción), es el autor o partícipe del suceso delictivo atribuido, habiéndose enervado el principio de presunción de inocencia*

1184 GÖESSEL, Kari- Heinz; *El Defensor en el Proceso Penal*. Monografías Jurídicas 44. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 1989, cit., p. 29.

Finalmente, si bien la norma no prevé la formalidad ni el tiempo para poder interponerse la renuncia, se presume, que aquélla podrá presentarla en cualquier estado del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del C de PP; máxime, si debe darse un requisito indispensable: -la acción penal debe haber prescrito, a su vez, el juzgador no debe haber declarado de oficio, la prescripción de la acción penal.

A tal efecto, estimamos que la renuncia no podrá presentarse antes de que formalmente prescriba la acción penal, pues ésta es aún una prognosis, un hecho incierto (condicional)¹¹⁸⁵, que no se sabe aún, si ésta se plasmará en el tiempo, tal como sucedería en el caso de que el Proceso Penal, culmine antes de producirse la prescripción.

Es sabido, que la prescripción de la acción penal se tramita en cuerda separada, no interrumpiendo el curso del principal, entonces, en caso de haberse declarado "Fundada" la excepción de prescripción, puede que el persecutor público o la parte civil apelen el auto, con lo que aún no se constituye en calidad de Cosa Juzgada; por tales motivos, entendiendo que la renuncia importa un mecanismo procesal que se le confiere a voluntad del imputado, no habría problema, para dejar sin efecto, un auto que ha sido precisamente presentado por aquél, al rectificarse en su pretensión ante la judicatura.

Habrá que hacer hincapié, que el pedido de renuncia de prescripción, no enerva al juzgador la obligación de revisar si es que formalmente se ha cumplido, con el plazo de prescripción, solicitud que en definitiva podrá no ampararla; asimismo, se desestimaré la renuncia, cuando la solicitud de renuncia se interpone después de la vista fiscal venida en grado.

La renuncia como cualquier incidente procesal, deberá tramitarse según lo establecido por el artículo 90 del C de PP, por cuerda separada y sin interrumpir el curso del proceso principal; así, también, conforme se desprende del artículo 8° del nuevo CPP.

2.3. La Cosa Juzgada

Visto de un panorama lineal, tenemos que el procedimiento penal culmina con una sentencia dictada por la máxima instancia jurisdiccional o en su defecto antes, cuando los sujetos procesales no interponen en el plazo legal predeterminado por ley, el recurso impugnativo que les franquea la Ley, adquiriendo este pronunciamiento judicial la calidad de firme y consentido; por lo tanto, dichas resoluciones jurisdiccionales se convierten en la máxima consagrada con el *nomen iuris* del ministerio de «Cosa Juzgada», quiere decir esto, cuando el

1185 Así, ROY FREYRE, L.E.; cit., p. 98.

justiciable (actor), agotó todos los mecanismos impugnativos comprendidos en la Ley.

El principio de la doble instancia se refunde en la idea de un debido proceso, la facultad que tiene las partes de recurrir a una instancia judicial de mayor grado, a fin de que revise la resolución de vista, a partir de un cotejo y/o control, tanto en la forma como en el fondo; así también, aparecen recursos de naturaleza extraordinaria, como el de Casación, que se encuentra previsto tanto en el CPC de 1993 como en el nuevo CPP del 2004.

Basta que se agote la doble instancia, o que haya transcurrido en exceso, el tiempo previsto por la normatividad, para poder interponer el recurso de Casación.

La Cosa Juzgada se encuentra consagrada constitucionalmente en el artículo 139° inc. 13 al disponer a la letra que: *"Son principios y derechos de la función jurisdiccional revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de Cosa Juzgada"*, de común idea con lo previsto en el artículo 90° del Código punitivo que prescribe según su tenor literal lo siguiente: *"Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente"*.

A nuestro entender, la Cosa Juzgada tiene un mayor valor en el proceso penal que en el proceso civil, pues en el primero no sólo esta en juego la predictibilidad y previsibilidad como garantía de seguridad jurídica, sino también la libertad de un individuo, por lo que su revocabilidad en su contra, constituye una mayor ofensa. Sin embargo, cuando la mutabilidad recae sobre una resolución condenatoria que ha adquirido la calidad de Cosa Juzgada, no se produce tal conmoción, pues precisamente el Proceso Penal deber servir por entero, a reivindicar la libertad del condenado, cuando ha sido afectada de forma injusta y arbitraria; es por ello, que resultó aconsejable la regulación normativa del el proceso excepcional de Revisión.

Constituye una garantía del Estado de Derecho, que las resoluciones judiciales firmes y consentidas, mantengan sus efectos jurídicos inmutables en el tiempo; una revisión continua de estas resoluciones, produciría un resquebrajamiento y merma de la seguridad jurídica que debe imperar en un sistema judicial que se sujeta estrictamente a las máximas del Estado de Derecho.

La mutabilidad continua y permanente de las resoluciones judiciales con la calidad de Cosa Juzgada, tendría como efecto colateral la generación de una legítima desconfianza de los justiciables hacia el sistema judicial, efecto que se extendería al ordenamiento jurídico como base necesaria de la cohesión del sistema jurídico-estatal con el colectivo. Por consiguiente, el *ius puniendi* no puede recaer por segunda vez en los individuos por un hecho que ya ha sido

objeto de un pronunciamiento judicial firme y consentido, aquello significaría una doble acriminación en la persona del imputado, situación inadmisibles en un Estado Democrático de Derecho, que se basa principalmente en el respeto por la autonomía humana y su inherente dignidad.

Ahora bien, en la doctrina se distingue entre «Cosa Juzgada formal» y «Cosa juzgada material»; la primera de ellas, implica la existencia de una resolución firme y consentida, en la cual ya han sido agotados todos los medios impugnativos que franquea la Ley, pero cuyo dictado ha supuesto la contravención de una norma del debido proceso o de una norma del Derecho material¹¹⁸⁶, por lo que sí resultan conmovibles, siempre y cuando se cumplan con determinados requisitos. Ejemplo de ello resulta el Recurso de Revisión (Acción de Revisión¹¹⁸⁷) y el recurso de Queja Excepcional (artículo 297º del C de PP¹¹⁸⁸).

En palabras de ROXIN, una prohibición estricta de modificar las sentencias le serviría de poco a la paz jurídica como la realización sin barreras del Derecho penal¹¹⁸⁹, la paz jurídica en el Estado de Derecho supone el respeto por los tribunales, de las garantías formales y materiales del Sistema Penal, de ahí su necesidad de resguardar su sujeción judicial, bajo una conducción *favor rei*.

Por su parte, la «Cosa juzgada material», supone una resolución jurisdiccional que ha adquirido también la calidad de firme y consentida, habiéndose agotado, la interposición de los mecanismos impugnativos reglados en la Ley, a lo cual se añade, que ha sido dictada en sujeción a las normas que se desprenden del Debido Proceso y en respeto a la legalidad material. Estas últimas no pueden ser alteradas, revisadas ni modificadas, pues se encuentran revestidas con el máximo rigor de seguridad jurídica.

La procedencia de la «Cosa Juzgada», puede tomar lugar de una resolución judicial firme, que dicte tanto los Tribunales nacionales como Internacionales, en la cual deben concurrir dos elementos imprescindibles: identidad de los hechos e identidad subjetiva o personal.

Al respecto el artículo 8º del C de PP, dispone normativamente lo siguiente: «No procede la persecución contra el peruano que haya delinquido fuera del

1186 FLORIAN, hace mención, que no puede adquirir la fuerza de cosa juzgada las sentencias consideradas jurídicamente inexistentes, de las que pueden servir como ejemplo la sentencia instructoria que condene, la del juez que no tenga jurisdicción penal y que condene a una pena, la dictada por otra persona que no sea juez (...), la sentencia no escrita y no publicada. Tales seudosentencias, tales sentencias aparentes, no podrán ejecutarse y naturalmente sería legítima la resistencia contra ellas; *Elementos de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 416.

1187 Según las disposiciones del nuevo CPP.

1188 Incorporado por el Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto del 2004.

1189 ROXIN, C.; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 441.

país o el extranjero que cometiera un delito en el Perú, si uno u otro acredita que ha sido anteriormente juzgado por el mismo hecho y absuelto, o que ha cumplido la pena, obtenido su remisión o que ella ha prescrito".

El precepto invocado, impide entonces una doble persecución por un mismo hecho que ya ha sido objeto de pronunciamiento judicial firme y consentido; según la institución de un «Derecho penal del acto», la persecución se sujeta al acto jurídico-penalmente desaprobado; luego de su prosecución y sanción, ya no resulta admisible renovar o dígase retomar los actos formales de persecución penal.

2.4. El Desistimiento

El «principio dispositivo», es privativo del Proceso Civil, en la medida que éste tiene por fin: conceder amparo jurisdiccional efectivo a pretensiones puramente privadas, son las partes que a partir de su derecho de acción acuden a la vía judicial, con el objeto de que se les reconozca derechos subjetivos contemplados en el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo previsto en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

El Proceso Civil, a diferencia del Proceso Penal, sólo puede iniciarse a instancia de la parte interesada, a cuyos efectos debe presentar una demanda ante el Poder Judicial, mediando una concreta pretensión de tutela jurisdiccional, para lo cual deberá invocar el precepto legal (material), que sostiene su acción, indicando contra quien se dirige (demandado); así, lo expresa el artículo IV del Título Preliminar del CPC, al disponer *que el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar*.

Según el concepto amplio, anota ORTELLS RAMOS, el principio dispositivo es un principio de ámbito más general, de contenido heterogéneo, del que derivan una serie de subprincipios todos ellos caracterizados por reconocer a las partes del predominio en los más diversos aspectos de la actividad procesal (no sólo la iniciación del proceso y la configuración de su objeto, sino también la aportación de los hechos y de la prueba, el impulso del procedimiento, entre otros), de modo coherente con la disponibilidad del Derecho material¹¹⁹⁰.

Su fundamento hay que encontrarlo en la disponibilidad jurídico material de los derechos subjetivos en conflicto, por lo que no de causar extrañeza, afirma GIMENO SENDRA, que dicho principio esté presente en todos los procesos en donde se discutan relaciones jurídico-privadas (proceso civil y laboral) e incluso en aquéllos de Derecho público en los que puedan estar comprometidos

1190 ORTELLS RAMOS, M.; *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 268.

derechos e intereses de la titularidad de los particulares (proceso contencioso-administrativo)¹¹⁹¹.

En este caso, por tanto, existe una plena identidad entre los titulares del derecho material, con la relación jurídico-procesal que se entabla en el proceso. Y, si las partes son titulares del derecho material, ha de convenirse en el proceso, la existencia de instituciones que garanticen la plena disponibilidad del objeto del mismo; (...) las partes no sólo son dueñas del ejercicio de la acción o de la incoación del proceso, sino que lo son también de la pretensión y del proceso mismo, pudiendo disponer de él a través de toda una serie de actos que, con la fuerza de la cosa juzgada (allanamiento, renuncia y transacción) o sin ella (desistimiento y caducidad) ocasionan la terminación anormal, sin sentencia y con anterioridad a ella, del procedimiento¹¹⁹².

El CPC, en los artículos 321º y 322º, regula una serie de instituciones, cuya invocación permite una conclusión anticipada del proceso (con o sin declaración sobre el fondo), que resultan una manifestación clara del principio dispositivo; vgr., desistimiento, transacción, conciliación, allanamiento, etc.¹¹⁹³. Este poder de disposición, únicamente ha de encontrar un límite, cuando de derechos indisponibles se trata.

El poder de disposición que se manifiesta en la configuración del objeto procesal demuestra su eficacia porque el Derecho establece un deber judicial de congruencia, en virtud del cual el órgano jurisdiccional no puede conceder no más ni algo distinto a lo pedido, ni concederlo por una causa distinta a la invocada como fundamento de la petición¹¹⁹⁴.

Conforme lo anotado, el juzgador ha de limitarse a resolver los puntos que las partes exponen en su escrito de demanda y de contestación de demanda (reconvención), sólo ha de pronunciarse sobre los aspectos controversiales que dan lugar a la litis, no pudiendo ir más allá del petitorio, no pudiendo reconducir los hechos a una norma legal no invocada por las partes.

No obstante lo dicho, el artículo VII del Título Preliminar del CPC, concede a los jueces la potestad del *iura novit curia*, al disponer que el Juez debe aplicar el Derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Debe entenderse que el principio de vinculación jurídica sólo ha de operar de forma excepcional, cuando las partes no hayan promovido adecua-

1191 GIMENO SENDRA, V. y otros; *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 246.

1192 GIMENO SENDRA, V. y otros; *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 246.

1193 ASÍ, ORTELLS RAMOS, M.; *Derecho Procesal. Introducción*, cit., ps. 269-270.

1194 ORTELLS RAMOS, M.; *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 269.

damente su pretensión, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, pues no de ser así el A quo estaría supliendo a las partes, en contravención al principio dispositivo que gobierna el proceso civil.

El objeto del Proceso Penal, en específico, la «acción penal», no es objeto de disponibilidad por parte del *persecutor público*, pues éste no actúa a nombre propio, sino está haciendo uso de una facultad (persecutoria) que emana del derecho público; entonces, su actuación se ciñe a los principios de oficialidad y de obligatoriedad.

Por el principio de oficialidad se define que la acción penal es pública, debido a que los bienes jurídicos que son objeto de ofensa por el hecho punible, son tutelados por un ordenamiento legal de naturaleza pública, que en régimen de monopolio es conferido constitucionalmente a las instituciones estatales comprometidas con tal fin.

Es de verse también, que la naturaleza jurídica de determinados bienes jurídicos, hace que el sistema jurídico, someta la persecución penal a instancia del ofendido, es decir, el titular del bien jurídico supuestamente lesionado es quien con su decisión permite que el hecho punible sea finalmente puesto a disposición de la instancia judicial y de ser el caso, sancionado con una pena.

Es decir, si el titular ofendido por la comisión del hecho punible no tiene interés en que se active la facultad persecutoria, menos interés tendrá el Estado en activarla, por consiguiente, el ofendido renuncia a la facultad que le otorga el derecho¹¹⁹⁵.

Actualmente, son pocos los delitos que son perseguibles a instancia del ofendido, y, ello obedece a una mayor sensibilización que ha generado en la comunidad la reiterada afectación a intereses jurídicos fundamentales, incidiendo y fortaleciendo la idea de un Derecho penal público, donde la persecución es una labor, que ha de recalar fundamentalmente en el representante del Ministerio Público.

En el ámbito de los delitos sexuales, tomó lugar, una importante reforma al respecto, la que se inició con la dación de la Ley N° 26770 del 11 de abril de 1997, que modifica el artículo 78° del CP, suprimiendo la última parte del artículo, la cual prescribía en su texto original, que se extingue la acción penal "...., en los delitos contra la libertad y el honor sexuales, por matrimonio subsiguiente"; orientación de política criminal, ratificada por el espíritu de la Ley N° 26993 del 24 de noviembre de 1998, que también modifica el artículo 78° del texto punitivo.

1195 PEÑA CABRERA, R.; cit.

Reforma que alcanza su plenitud con la dación de la Ley N° 27115 del 17 de mayo de 1999, que modifica el artículo 178° del CP, suprimiendo la exención de pena por matrimonio subsiguiente del autor con la víctima.

Conforme lo anotado, los delitos sexuales son excluidos de cualquier tipo de culminación anticipada del proceso, así como de la disponibilidad de la acción por parte de la víctima.

El desistimiento resulta factible de aplicar en los casos siguientes: -en los delitos contra el Honor, el procedimiento de Querella (artículos 306° y ss. del C de PP), específicamente el artículo 307°, establece que *la inconcurrencia del querellante al segundo comparendo es una causal de corte del procedimiento*, que implica en la práctica el desistimiento de la acción emprendida.

El querellante podrá desistirse de la acción penal, debiendo para ello hacerlo constar con firmas legalizadas ante el actuario de la causa¹¹⁹⁶. Así, también de puede producir el abandono, ante un inactividad de las partes, él cual será declarado de oficio por el juzgador¹¹⁹⁷.

Sí bien el C de PP, no lo contempla, puede admitirse una «Transacción»^{1198 1199}, en cuanto a una asimilación a las instituciones comprendidas en el Derecho privado; no olvidemos que la Querella posee características propias de una demanda civil. Para tales efectos, se deberá seguir las formalidades previsto en los artículos 1302° bis 1304° del CC.

Cuestión ha destacar, es que el nuevo CPP, ha dispuesto que no se podrá intentar nuevamente la Querella, en la que se ha desistido o abandonado; entendiéndose, que las resoluciones que dieron lugar a dichas instituciones tiene la calidad de cosa juzgada, por lo que su renovación importaría una vulneración *al non bis in idem*.

Asimismo, es de verse, de la Ley N° 27939 del 12 de febrero del 2003 («Procedimiento por Faltas»), dispone en su artículo 7° el «desistimiento», el cual puede producirse en cualquier estado de la causa, hasta antes de dictada la resolución de segunda instancia; finalmente, tenemos en el delito de lesiones culposas leves (artículo 124°, primer párrafo), los delitos contra la intimidad (artículos 154°-157°) y el delito de aprovechamiento indebido de reputación industrial ajena (artículo 240°).

1196 Así, el artículo 464.2 del nuevo CPP.

1197 Así, el artículo 464.1 del nuevo CPP.

1198 Así, el artículo 464.2 del nuevo CPP.

1199 La Transacción importa la concesión recíproca de liberalidades por las partes transigentes, evitando así el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, conforme se desprende del artículo 1302° del CC.

El desistimiento se refiere únicamente a la extinción de la acción penal (artículo 78º, inc. 3) del CP), no así de la pena; pues, en el caso de la pena, la acción ya concretizó, en una resolución judicial definitiva, que excluye la posibilidad de sustraer al condenado, conforme a un acto de voluntariedad del ofendido.

Entonces, una vez que la resolución queda firme y consentida, ésta se sustrae del ámbito privado y se inserta en el ámbito estrictamente público, que es la ejecución de la pena.

2.5. La Transacción

La «transacción», es otra de las causales de extinción de la acción, estrictamente aplicable a los delitos de acción privada.

Es de verse, que la Excepción Extrajudicial es una institución jurídico-positiva que pone fin a una controversia, sin intervención del órgano jurisdiccional, -que tiene la calidad de Cosa Juzgada-, de conformidad al principio dispositivo que gobierna el Proceso Civil, puesto que las partes tienen plena disponibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento legal.

Nuestro texto punitivo, incorpora una serie de manifestaciones delictivas, que según su forma de ejecución, el móvil, los medios empleados, el *status* del autor, así como la naturaleza del bien jurídico tutelado, importan una diversa valoración del *contenido material del injusto*; en tanto menos grave sea dicho contenido, la reprobación social, decae de manera significativa; por consiguiente, a un Derecho penal -eminentemente público-, *encaminado a los fines preventivo-generales de la pena, aparece un Derecho penal, cuya racionalidad, permite seleccionar aquellos injustos, que muy aparte de la respuesta convencional y tradicional, que emite la jurisdicción, puedan aparejarse otros mecanismos de solución pacífica, a la conflictividad generada por la comisión del hecho punible, haciendo primar los intereses de la pareja criminal; del autor del delito, de viabilizar un reconocimiento de su obrar antijurídico, a través de la admisión de la culpabilidad y la promesa de pago de la indemnización de los daños ocasionados por su proceder delictivo y, de la víctima, de no verse involucrada en un tratamiento largo del proceso, disponiendo la posibilidad de que pueda ver colmada su pretensión indemnizatoria de una forma imprevista.*

Lo anotado, incide en una vigencia efectiva, del principio de «tutela jurisdiccional efectiva», dejando de lado, los intereses vindicativos de la sociedad, en cuanto a esa visión dura y estática del *ius puniendi* estatal.

Esta vía de consenso entre las partes involucradas, se compagina perfectamente, desde un planteamiento integracionista de la *prevención general positiva*, en cuanto a *encaminar los esfuerzos de la judicatura, en tanto trata de*

integrar a los valores comunitarios, al transgresor que admite su culpabilidad y que se esfuerza en reparar el daño, produciéndose una cohesión social a partir de determinados valores, tendiendo un puente de entendimiento mutuo y recíproco entre el imputado y la víctima; situación que importa una reducción significativa del poder penal y una forma menos violenta de solucionar el conflicto social generado por la comisión del hecho punible.

La vía de la «reparación», ha adquirido significativa relevancia en la legislación penal europea, como una forma de despenalización en el campo de los delitos de bagatela.

Nuestra legislación positiva ha recogido este espíritu reduccionista, bajo el criterio del principio de oportunidad (artículo 2° del CPP de 1991), criterios que permiten al fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal, conforme a una flexibilización del principio de legalidad, a partir de consideraciones *preventivas*, que se ajustan a un modelo racionalizador de la respuesta penal.

A partir de la aplicación de los criterios de oportunidad el fiscal se abstiene de ejercitar sus facultades persecutorias valorando el injusto y la culpabilidad desde un matiz sociológico, permitiendo la integración de la víctima y el agresor, a través de la admisión de culpabilidad y el compromiso al pago de la Reparación Civil.

Es así, que el legislador ha comprendido determinados supuestos de hecho, que el fiscal deberá valorarlos en concreto, a realizar una labor selectiva, de aquellos hechos punibles que por su insignificancia antijurídica, no merecen ser alcanzados por una especie tan grave, como es la pena.

Convenimos, por tanto, que la aplicación de modelos de justicia consensuada, implica un alejamiento a una faz retributiva del Derecho penal, para adscribirse en un modelo nitidamente preventivo, donde los conflictos han de solucionarse por las vías más pacíficas con las que cuenta el ordenamiento jurídico. Por ello, se precisa, en estos casos, de una respuesta jurídica adecuada "justa y útil" haciendo caso de la tendencia metodológica de separar la grande de la «pequeña o mediana» criminalidad¹²⁰⁰.

De forma análoga a la querella, el procedimiento por faltas, introduce mecanismos de conclusión anticipada del proceso de naturaleza procesal civil, marcadamente regido por el principio dispositivo, en el sentido, de que importa una plena disponibilidad del objeto del procedimiento por las partes confrontadas. Bajo esta argumentación, el artículo 7° *in fine*, establece que en cualquier estado de la causa, hasta antes de dictada la resolución de segunda instancia,

1200 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso / FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Terminación Anticipada del Proceso: Principio de Oportunidad, Colaboración Eficaz y Arrepentimiento*. Jurista Editores. Lima-Perú, 2003, cit., p. 253.

el agraviado puede desistirse o transigir, con lo que se dará por fenecido el proceso¹²⁰¹.

Constituyen formas de conclusión anticipada del proceso, que se determinan por el consenso y por la negociación de las partes, para dar trámite a una solución rápida del conflicto, poniendo mayor interés en las partes, que en el interés de la sociedad, dado el mínimo interés que está última tiene, tratándose de infracciones penales de un contenido leve de «antijuridicidad material».

3. CAUSAS EXCLUSIVAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA

3.1. La Prescripción de la Pena

La realización de la ley penal, importa un deber esencial en una democracia social participativa, desde una perspectiva de un derecho penal preventivo, los efectos de la condena producen efectos «socio-pedagógicos» innegables; prevención como única forma viabilizadora para alcanzar el fin último del derecho punitivo, que es de tutelar los valores fundamentales -de base material o inmaterial-.

El paso del tiempo, destruye a veces esta pretensión persecutoria y sancionadora (*die Macht der Zeit*), no en su contenido material, sino en la necesidad material del castigo, que redundaría en una sustracción del agente a las redes represivas del Estado.

La prescripción de la acción penal fue sostenida y explicitada, en base a criterios materiales y procesales, pero, la «prescripción de la pena», únicamente puede ser defendible mediante la articulación de criterios materiales; y, para ser sinceros, estos criterios serán más rebatibles que los de la prescripción de la acción, puesto, que en esta hipótesis, la situación jurídica del agente, es de *culpable, judicialmente hablando*, habiendo sido sometido a la jurisdicción penal, el *status* de inocente ha sido ya plenamente enervado o destruido, supuestamente, mediante suficiente actividad probatoria.

Conforme lo anotado, en la prescripción de la pena, nos encontramos ante un sujeto infractor, cuya situación jurídica, ha sido decidida de forma definitiva e inalterable por la instancia judicial, quien ha recibido una sanción concreta, en virtud de la aplicación de los artículos 45° y 46° del CP. Tal como asevera ANTÓN ONECA, su importancia es menor porque tiene la prescripción del delito, pues si bien es frecuente que los delitos queden sin perseguir es más raro que una vez sentenciados, las penas se dejen de ejecutar¹²⁰².

1201 Así, el artículo 487° del nuevo CPP.

1202 ANTÓN ONECA; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 341.

Sin duda, pocas serán las veces en las cuales el condenado pretenda sustraerse al ámbito ejecutivo de la sanción punitiva, mediando la activación de este mecanismo; máxime, cuando éste ha sido ya recluido en un establecimiento penitenciario, pues en este caso, se interrumpirán los plazos prescriptorios pudiendo inclusive, el evasor ser denunciado por el injusto penal, contemplado en el artículo 413° del CP (evasión del detenido mediante violencia o amenaza).

Las posibilidades de sustracción de la facultad ejecutiva de la pena, son más factibles en un régimen de libertad, tal como es el caso de las penas alternativas a la pena de reclusión efectiva, v.gr., como la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, de exención de pena, así como el caso de las penas limitativas de derecho (limitación de días libres, prestación de servicios comunitarios e inhabilitación).

Retomando el fundamento de la prescripción de la pena, ésta obedece a un criterio material, en cuanto a la falta de necesidad de pena, por el poder del tiempo; excluyendo a este nivel, criterios procesales, pues, las dificultades probatorias no podrán presentarse en un Proceso Penal, ya concluido, donde el imputado adquiere la calidad jurídica de condenado.

A esta falta de necesidad de pena, ZAFFARONI le agrega el carácter inútil de pena¹²⁰³, vayamos a ver, hasta que punto dicho decaimiento resulta justificable, pues hasta donde sabemos las tasas de reincidencia delictiva son cada vez más altas, en cuanto a sujetos que fueron beneficiados con la procedencia de sustitutivos penales o de beneficios penitenciarios.

Importa en realidad un premio ante quien se ha mantenido prófugo de la justicia, quien *ha podido burlar, por un tiempo significativo, los mecanismos ejecutivos de la pena, habiéndose puesto a bien recaudo, a fin de pasado cierto lapso temporal, se presenta ante la justicia, pero no para ponerse a derecho, sino para que declare judicialmente la extinción ejecutiva de la pena.*

Debemos añadir, un criterio material, relativo del poder del tiempo¹²⁰⁴, llevado al campo de los injustos más graves, como el genocidio, tortura y desaparición forzada de personas; donde los márgenes de reproche e intolerancia social, se mantiene latente con el paso del tiempo, manteniéndose firmes, sobre todo, las necesidades de prevención general (intimidación colectiva).

Siendo así, la «prescripción de la pena», en estos casos, generaría una impunidad inadmisibile, en el marco de un Estado Social de Derecho, donde la protección de los derechos humanos son un deber inamovible e indeclinable del Estado, por lo que la realización de la justicia se constituye en un imperativo categórico

1203 ZAFFARONI, R.; *Tratado de Derecho Penal*. T. V., cit., p. 26.

1204 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Los límites políticos del Derecho Penal*, cit., p. 29.

La imprescriptibilidad de estas graves manifestaciones delictivas es una pretensión de primer orden en una democracia respetuosa de Estado de Derecho y de los derechos fundamentales¹²⁰⁵; la nueva *praxis* de constitucionalización efectiva de los derechos humanos, deja de lado cualquier objeción que al respecto se formule, sea por consideraciones ontológicas, sea por razones utilitarias.

En suma, por la prescripción de la pena el condenado es sustraído del ámbito ejecutivo de la sanción punitiva, a pesar de ser reconocido judicialmente como un infractor culpable de la ley penal.

b. El Inicio de los Plazos Prescriptorios

Como nos reseña ROY FREYRE, a diferencia de nuestro cuerpo de leyes punitivas de 1991, todos los demás Códigos Penales latinoamericanos optan por el criterio de la fijación de plazos teniendo en cuenta la naturaleza de la pena señalada en la ley para el delito que se trate, sola o en combinación con una escala (con grados máximo o mínimo); o bien tomando en consideración el monto de la pena impuesta en la sentencia, ya sea en una medida igual o aumentada en una cierta proporción¹²⁰⁶.

Conforme lo sostenido –líneas atrás–, en el caso de la prescripción de la pena¹²⁰⁷ a diferencia de lo que se identifica en la prescripción de la acción, contamos ya con un condenado, sobre quien ha recaído con certeza –a la luz de las pruebas– una sentencia declaratoria de responsabilidad penal.

Debido a este estado comparativo, se discute si los plazos de prescripción deben ser los mismos, o en su defecto los de la pena deben ser mayores e inclusive menores, tomando en este último caso, la pena en concreto, pues no olvidemos que en la pena ya existe un proceso de individualización de concreción legal.

Al margen que de *lege lata* el legislador haya adoptado la conminación de la pena en abstracto, podría decirse legítimamente, que en el caso de la prescripción de la pena, debería tomarse en consideración la pena en concreto, en tanto, ya existe una certeza de culpabilidad, y sobre esta base, que ha sido cuantificada y judicialmente determinada, debe operar el plazo prescriptorio, lo cual en principio suena lógico y proporcional¹²⁰⁸; empero, la necesidad de esta-

1205 En contra, ROY FREYRE, cit., p. 116.

1206 ROY FREYRE, cit., p. 118.

1207 Así, ANTÓN ONECA; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 616; BOLDOVA PASAMAR; cit., p. 341.

1208 En el caso del Código Penal español de 1995, según su artículo 133, tal como lo señalan MAPELLI/TERRADILLOS BASOCO, las penas a que se refieren los plazos indicados no son en este caso las penas abstractas señaladas por la ley al delito o falta, sino las penas con-

blecer límites más largos en relación a la prescripción de la acción, obedece a la valoración que debe reflejar un pronunciamiento judicial que ha establecido un estado de culpabilidad en comparación con un estado de sospecha (de presunción de inocencia).

En consecuencia, nuestro derecho positivo acoge el inicio de la prescripción tomando como referencia la pena conminada en abstracto dependiendo del delito del cual fue objeto de condena¹²⁰⁹, en principio son los mismos que la prescripción de la acción penal, pero los plazos se tornan más dilatados, pues, a diferencia de lo que acontece en el artículo 80 del CP, no se precisan topos máximos ni tampoco escalas valorativas en función de la naturaleza del delito¹²¹⁰.

Situación, que lleva a PEÑA CABRERA, a enfatizar, que al hilo del art. 86 del C.P., los plazos de prescripción de la pena vienen a ser los mismos que operan en la prescripción de la acción penal y, por otro lado, los plazos son más dilatados que los que hemos apreciado en la prescripción de la acción penal¹²¹¹.

Posturas contrarias, argumentan que en el caso de la prescripción de la pena, el plazo a computarse ya no debe ser la pena en abstracto, sino, la pena en concreto que ya ha sido impuesta, a quien judicialmente se ha comprobado su culpabilidad, por lo tanto, no debe someterse al condenado a plazos mayores que trascienden el marco de culpabilidad, ya definido en la sentencia judicial.

Directriz que consideramos político-criminalmente insatisfactoria, puesto, que el condenado obtendría una regulación más benigna en relación al imputado o procesado, situación que no sería consecuente con la condición jurídica que ostenta cada uno de ellos; el condenado, es ya un culpable cierto, sobre quien ha recaído una pena proporcional al reproche jurídico, mientras, que al imputado le asiste el principio de presunción de inocencia -como máximo valor ético-jurídico-, estado jurídico que ha sido enervado y destruido en el caso del condenado¹²¹².

cretamente impuestas por sentencia firme"; *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 342; entonces, la codificación punitiva española, si bien toma en consideración la pena impuesta en la sentencia -en concreto-, combinándola con una escala de grado máximo; como anota BOLDOVA PASAMAR, los plazos de prescripción de las penas se establecen en función de la duración o de la naturaleza de la pena; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 341.

1209 De ahí se desprende que otros delitos por los que fue el condenado objeto de instrucción criminal, habiendo sido absueltos, no serán tomados en consideración. Cuando el condenado fue sentenciado por una figura concursal (ideal o real), se tomará como cómputo de la prescripción, aquel que establezca la pena más grave.

1210 El artículo 86° del Código Penal, establece lo siguiente: "El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal...".

1211 PEÑA CABRERA, Raúl; cit.

1212 Así, ANTON ONECA; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 616.

El segundo párrafo del art. 86, establece que: "*El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme*"; de otro lado, vemos que el artículo 80° del precitado código establece que la acción penal prescribe: "*En un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si fuera privativa de libertad aumentar (...)*". Es decir, por disposición del citado artículo, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; y, en todo caso, prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción, conforme lo señala el último párrafo del artículo 83° del ordenamiento acotado, siendo estos los supuestos normativos a los cuales debe remitirse la prescripción de la pena.

En resumidas cuentas, en mérito a la prescripción de la ejecución de la pena prevista en el inciso 1) del artículo 85° del CP, al condenado se le sustrae de la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido determinado plazo, es decir se le excluye del ámbito ejecutivo de la sanción punitiva pese a estar reconocido judicialmente como un infractor culpable de la ley penal; al respecto, debemos precisar que para que opere dicha figura, la situación jurídica del autor tiene que haber sido definida por medio de una sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada, siendo por ende la condena firme el momento a partir del cual comienza a computarse el plazo de prescripción, sin embargo, dicho plazo se interrumpe quedando sin efecto desde que comienza a ejecutarse la pena, tal es así que de estar cumpliéndose efectivamente la pena, simplemente la prescripción de la ejecución de la pena no opera, es decir, no procede la prescripción cuando el sentenciado se encuentra cumpliendo con su condena, sea privado de su libertad en un Establecimiento Penitenciario o, en libertad, habiéndose concedido un beneficio penitenciario (libertad condicional o semi libertad)

En el caso de las penas alternativas a la prisión o denominadas «sustitutivas», como la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio, donde el condenado (no habiendo sido recurrida la sentencia) es sometido a un régimen de prueba (*probation*), por un determinado lapso de tiempo; en tal medida, la sentencia quedará firme, cuando la sentencia se considera como no pronunciada, cuando se ha cumplido el plazo fijado para el cumplimiento de las reglas de conducta, por lo tanto, el inicio del plazo prescriptorio se computa a partir de este hecho jurídico y no a partir de la resolución judicial que impone la suspensión o la reserva del fallo condenatorio.

c. La Interrupción

Mientras la ejecución de la pena se discurra por su cauce normal, durante su etapa ejecutiva, que recae la persona del condenado, los plazos de prescripción simplemente no operan, es decir, resultan inoperantes.

Conforme lo establece el último párrafo del artículo 86°, el plazo de prescripción se contará desde que la sentencia condenatoria quedó firme; dicha previsión legal, indica que el plazo de prescripción, se inicia cuando la sentencia adquiere la calidad de "cosa juzgada", pero, requiere necesariamente, que el condenado se sustraiga de la ejecución efectiva de la pena, pues en tanto, la pena sea efectivamente cumplida, la prescripción de la pena no asume concreción legal.

Así, ROY FREYRE, al sostener que: "mientras la sentencia se ejecuta no opera la prescripción"¹²¹³; *criterio de interpretación normativa que se corresponde a plenitud, con la razón o motivo, contenido en el artículo 87°, que reza de la siguiente manera "Se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, quedando sin efecto el tiempo transcurrido por el comienzo de ejecución de la misma..."*.

En tal sentido, resulta lógico que el comienzo de la ejecución efectiva de la sanción punitiva, importe una actuación concreta de las agencias penitenciarias, en cuanto al inicio de su concreción, sea en la prisión o en otro ambiente, donde ha de cumplir el penado su condena; por tales motivos, advertida dicha circunstancia, el plazo de prescripción de la pena ha de ser interrumpido; conforme dicha descripción fáctica, puede colegirse otro hecho, en el caso de que el condenado haya sido efectivamente recluido en un centro penitenciario, luego de un tiempo éste fuga del presidio, entonces, a partir de dicho dato a saber, es que se iniciará el plazo de prescripción de la pena, plazo que se verá interrumpido cuando el reo es capturado, tomando nuevamente vigencia la ejecución penal.

Luego, el precepto invoca una segunda causal, que toma lugar, cuando el condenado es aprehendido por la comisión de un nuevo delito doloso: primero, habrá que precisarse, que el nuevo delito debe ser imputable a título de dolo, por lo menos, por dolo eventual, debiéndose descartar, entonces, los delitos culposos, preterintencionales y los fortuitos; fuimos del parecer en el capítulo de los sustitutivos penales (penas alternativas), que la infracción de un nuevo delito doloso importa causal suficiente para la revocación del régimen de prueba, cuya consecuencia importa la aplicación de la pena; segundo, el delito puede haber sido cometido antes o después de aquel que ha sido objeto de una pena condicional, lo indispensable a todo esto, es que éste llegue a conocimiento de los órganos estatales competentes.

Asimismo, el artículo 66°, contempla la potestad discrecional del juzgador de revocar el régimen de prueba, cuando el condenado está sometido al régimen de prueba y comete un nuevo delito doloso; empero, la revocatoria será «imperativa», cuando la pena conminada para el delito cometido, exceda los tres años de pena privativa de libertad.

1213 ROY FREYRE, cit., p. 127.

La revocatoria podrá tomar lugar también, cuando el agente incumple las reglas de conducta impuestas por el juzgador (artículo 65º, inc. 3); en ambas hipótesis, no basta con el pronunciamiento judicial que revoca el régimen de prueba para que se interrumpa el plazo de prescripción, sino que se necesita que el agente sea capturado, de que la ejecución se haga efectiva.

En el caso de cumplimiento de penas sucesivas, el plazo de interrupción se determinará por la ejecución efectiva de alguna de ellas, importando a lo sumo la pena más grave en razón de una acumulación objetiva; es de verse que el legislador nacional no consideró positivamente esta hipótesis, puesto que contó con la figura del concurso de delitos (ideal o real), que establece un tratamiento procesal unificado, llevado en términos procesales a una acumulación por conexión objetiva; en el supuesto caso, de que se descubra la comisión de un nuevo delito, sobre una persona que ya ha recaído una sentencia condenatoria firme (concurso real retrospectivo), se procederá conforme lo previsto al artículo 51º, a sobreseer la causa, siempre y cuando el nuevo hecho punible merezca una pena inferior a la impuesta; en caso contrario, el agente será sometido a un nuevo Proceso Penal y se le impondrá la pena que corresponda; todo ello, conforme a las nuevas reglas de la refundición, que se desprenden del articulado, luego de la modificación generada por la dación de la Ley Nº 28726 de mayo del 2006.

Al respecto, habrá que agregar, que el artículo 51º, no dice nada, en cuanto si el agente está siendo sometido a la ejecución penal, por lo que en el caso de la prescripción podría suceder, que el condenado se encuentre sustraído del ámbito ejecutivo de la pena.

En el supuesto de que el condenado se encuentre sustraído de la condena, ni bien éste es capturado y sometido al régimen de pena, se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, tomando en referencia el delito por el cual fue condenado judicialmente.

Si el hecho punible descubierto merece una pena inferior, este hecho no tiene incidencia sobre el plazo de prescripción de la pena, pues al sobreseerse la causa, no implica efecto alguno sobre el plazo prescriptorio; no obstante, advertimos, que si el hecho punible descubierto merece una pena mayor, y, si el condenado es capturado por uno u otro, la interrupción procederá ni bien el agente es sometido al ámbito de la ejecución de la pena impuesta; pero, mientras, éste se mantenga en la clandestinidad o sustraído de la justicia, correrán normalmente -tanto el plazo de prescripción de la pena como de la acción penal por el nuevo delito cometido-¹²¹⁴; comportan entonces, dos situaciones que definen situaciones jurídicas diversas, pero que pueden aparecer en simultáneo.

1214 Donde la prescripción de la acción penal podrá interrumpirse por las causales establecidas en el artículo 83 del CP

En los casos de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación; la revocación procede por la comisión de un nuevo delito o como sanción ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas por el juzgador en la sentencia condenatoria.

Finalmente, debemos añadir, que mientras no concurran las causales antes mencionadas, el plazo de prescripción de la pena discurrirá normalmente, para lo cual se toma como punto de partida los mismos plazos establecidos para la prescripción de la acción penal.

d. La Prescripción Extraordinaria

En el caso de la prescripción de la acción penal, mencionamos que la prescripción extraordinaria, es aquella que tiene por fin poner límites a la pretensión persecutoria del Estado, ante inminentes sucedáneos y accidentales que puedan tomar lugar en el decurso del procedimiento penal.

Hemos anotado también, que los plazos prescriptorios previstos en el artículo 80º del CP, regulan únicamente la prescripción ordinaria, más no la prescripción extraordinaria; sin embargo, el fundamento de la prescripción extraordinaria -tanto en la acción como en la pena-, converge de forma unitaria.

Dicho lo anterior, el plazo de la prescripción de la pena, tiene también un límite o un techo: que el tiempo sobrepase en una mitad a su plazo ordinario de prescripción¹²¹⁵.

Y, el plazo de la prescripción extraordinaria de la pena, se computa a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme y consentida, tratándose de los substitutivos penales (condena suspendida y reserva del fallo condenatorio) desde el día en que judicialmente se resuelve la revocación¹²¹⁶.

3.2. La Amnistía

La forma de realización típica, de todos los injustos penales, no procede de forma única y singular; el agente, sea de forma individual o agenciado con otros sujetos, puede cometer el hecho punible, a partir de varias circunstancias a saber: -tanto en lo que respecta a los modos en su ejecución típica, a los medios que se vale para perfeccionar la conducta típica así como su deliberación delictiva, es decir, cuáles son los motivos, que lo impulsan a cometer su proceder antijurídico; v.gr., el asesino puede matar a un hombre, motivado por la

1215 Así, PEÑA CABRERA, R.; cit.

1216 Así, PEÑA CABRERA, R.; cit.

entrega de un precio o por motivos meramente fútiles; asimismo, el bloqueo de carreteras, puede obedecer al afán de los sujetos de apropiarse los bienes de los pasajeros de los medios de transporte terrestre o para protestar con ciertas políticas públicas, en cuanto a concretas demandas laborales y sociales.

Dicho lo anterior, el elemento subjetivo del injusto viene contenido por una voluntad consciente de resultado (dolo), o una lesión a determinados deberes de cuidado (culpa), elemento psíquico que expresa una energía criminal; en palabras de BINDING el injusto penal es la acción culpable contraria a la norma.

Conforme lo anotado, en el Injusto el agente culpable se manifiesta en contra del orden jurídico, no en razón a la vigencia fáctica de la norma, sino en razón de los valores fundamentales que una sociedad identifica como superiores; empero, esta energía criminal viene a veces infundida o motivada por otros valores, que no se condicen con una intención de ofensa directa a los bienes jurídicos tutelados, surgen a veces, determinadas coyunturas excepcionales de arbitrariedad del poder político, de abuso de los poderes legales y fácticos, que provocan un rechazo de un sector de la sociedad.

No podemos olvidar, que quien ejerce el Gobierno (democrático o de facto), asume todos los poderes legales, entre ellos, el poder penal, pues, el derecho no se funda sino en el poder legítimamente constituido y a veces obtenido en forma subrepticia; según dicho estado de la cuestión, los gobiernos dictatoriales y autoritarios, ejecutan sistemáticamente políticas represivas, hacia los disidentes o enemigos políticos, quienes no están dispuestos a declinar en sus postulados ideológicos, ante aquello asumen una posición contestataria, de rechazo, crítica y reclamo constante. Al no permitírsele el ejercicio efectivo de las instituciones democráticas, a pesar de su reconocimiento legal, toman deliberaciones, que en principio son constitutivas de un tipo penal en rigor; empero, al venir revestidas de un particular contexto socio-político, pueden demandar un análisis jurídico-penal singular.

Un «Estado Constitucional de Derecho», regido bajo la institución de la separación de poderes, confiere determinadas facultades, a quienes ejercen ciertas actividades en los diversos estamentos de la Administración Pública; alguno de ellos, refieren al poder penal, en cuanto a la potestad de sancionar delitos y penas, conforme a los dictados de una política criminal, sujeta al principio de legalidad; misión que asume el poder legislativo.

No obstante, es de verse, que ese mismo poder penalizador de las conductas prohibidas, puede manifestar un sentido contrario, no nos referimos a la derogación de las figuras delictivas, sino de sustraer del ámbito de punición, ciertas conductas delictivas, en razón a criterios que desbordan un marco de pura juridicidad penal; es así, que aparece en los ordenamientos constitucionales, la figura de la «Amnistía», cuyo enclave ha de explicarse conforme a criterios de orden político-social.

Se trata pues -como afirma VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ- de un suceso propio de la política estatal en cuya virtud -en épocas de crisis- los gobiernos tornan nulas las leyes expedidas con miras a restablecer la concordia, la paz y la seguridad de las Instituciones estatales, vitales para el ordenado funcionamiento de la organización social¹²¹⁷.

Dicho lo anterior, vemos que la «Amnistía», se cohesiona perfectamente, con la potestad soberana del Poder Legislativo, en cuanto a la acriminación de conductas; que en el caso de la Amnistía, conlleva un ejercicio anulatorio del poder represivo, ajustado a la idea del equilibrio entre los diversos poderes del Estado.

Conforme lo anotado, la Amnistía adquiere legitimación en el actual Estado Constitucional de Derecho, en aquellos injustos, que al ser perpetrados en especiales coyunturas sociales y deliberados por una motivación subjetiva particular, requieren ser sustraídos del ámbito de punición, en específico, cuando se trata de los delitos «socio-políticos».

Los motivos políticos o de interés colectivo hay que circunscribirlos en una esfera de comprensión teórica-conceptual, para sustentar esa exclusividad; EUSEBIO GÓMEZ, señala que la palabra “exclusivamente”, ha de entenderse en el sentido de que los motivos determinantes sean de naturaleza política o social y, por tanto, altruista, sin desconocer que, en los actos humanos, el egoísmo, como base personal del que actúa, no es nunca extraño ni siquiera al más puro altruismo, por ejemplo, el amor materno; de donde es necesario distinguir el egoísmo social, es decir, no contrario a la utilidad general, del egoísmo que tiene, en el delito común, la expresión propia más grave. Por eso -continúa aseverando el autor-, en los delitos políticos existe, siempre, algún móvil egoísta, aunque no sea otro que la satisfacción de un ideal, pero, el hecho cometido pierde su característica generosa y excusable cuando el interés o la ventaja egoísta sea el móvil o la apariencia de un ideal político no sea sino la bandera para cubrir la mercancía de contrabando, o sea, el objeto de venganza, etc.¹²¹⁸

Se evidencian, móviles, también identificados como *propósitos ulteriores*, que trascienden la esfera volitiva del dolo, que sin embargo, son ideales de justicia que son tomados en cuenta por el legislador, al adoptar una decisión encaminada a la sustracción del ámbito de punición, dejando de lado motivos estrictos de justicia material. Es expresión de que ha desaparecido no sólo la necesidad de pena, sino aún los fundamentos de merecimiento de pena para aquellos hechos cometidos; por eso implica el olvido completo por parte del

1217 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; *Derecho Penal. Parte General*. 3era. Edición. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997, cit., p. 727.

1218 EUSEBIO GÓMEZ: *Delincuencia Político-Social*. Librería y Editorial “La Facultad”, Juan Rol-dan y Cía. Buenos Aires, cit., p. 24.

Estado (se ha dado en especial respecto de delitos políticos al darse un cambio en el sistema político, que implica necesariamente una nueva concepción de la autoconstatación que es la pena y, lógicamente, de la protección de bienes jurídicos)¹²¹⁹.

En palabras de BERNALES BALLESTEROS, la amnistía es una institución que otorga olvido a las personas procesadas y condenadas por delitos políticos, y no por delitos comunes. Beneficia a dirigentes políticos, populares, gremiales, estudiantiles, y, en general, a todos los que son perseguidos por razón de sus ideas y su confrontación política con los poderes establecidos. Se trata de personas que pueden estar en la cárcel, acusadas como si hubieran cometido delitos comunes, pero a los que la amnistía los beneficia, reconociendo en tales que la tipificación ocultó la causa verdadera de su situación y actividad políticas¹²²⁰.

En nuestras propias palabras, conceptuamos a la amnistía, *como un mecanismo constitucional de gracia, mediante el cual un sujeto de imputación criminal, sea en la calidad de investigado, procesado o condenado, es sustraído de la pretensión punitiva del Estado o de su fase ejecutiva, por tratarse de hechos punibles cometidos en circunstancias político-sociales excepcionales*.

La sustracción del hecho punible de la justicia, no obedece a razones de fondo (injusto y a la culpabilidad), no a condiciones de punibilidad, sino a los móviles profesados en al perpetración del delito y a sus particulares formas de realización típica; incidiendo posteriormente, en un plano de valoración política y jurídica a la vez, que determina su despenalización.

Es de verse, que la aplicación de la «Amnistía», se somete a las facultades que la Ley Fundamental, le ha conferido al poder legislativo, en un régimen de monopolio, conforme e desprende del contenido normativo previstos en el artículo 102º inc. 6) de la Ley Fundamental; empero, debe decirse también, que existe un vacío legal en cuanto a su procedimiento y a los presupuestos que debe sujetarse el hecho punible, para poder ser sustraído de la justicia penal; situación que presupone en principio, la necesidad de remitirse a criterios doctrinarios o a la legislación comparada, lo que no se corresponde con los mandatos de estricta legalidad, sabedores que las componendas políticas que pueden tomar lugar en el fuero congresal, pueden conllevar la desnaturalización de la esencia de esta institución política, convirtiéndola en una corsé de impunidad.

Este defecto normativo, su ausencia de delimitación legal, produce en la práctica, interpretaciones equívocas, antojadizas y arbitrarias; aplicación interpretativa, que finalmente subvierte la legitimidad de esta institución, en razón de

1219 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 412.

1220 BERNALES BALLESTEROS; Enrique; *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*, cit., ps. 490-491.

su extensión a injustos penales que en definitiva se hacen merecedores de una pena o sanciones alternativas.

Pretender aplicar una ley de amnistía a *injustos penales, que atentan contra bienes jurídicos fundamentales, como la vida, el cuerpo y la salud así como de las normas de ius cogens, importa todo un despropósito, en el sentido de que una aplicación –así concebida–, deslegitima por completo, la estructura misma del Estado Constitucional de Derecho, al percibir el colectivo, con gran estupor, como las fuerzas políticas partidarias, emplean la institución de la Amnistía, para fomentar y asegurar la impunidad, de quienes han perpetrados los crímenes más horrendos, aquellos que la sociedad no está dispuesta a tolerar, menos a convalidar su sustracción de los brazos sancionadores del Derecho penal; en tal entendido, creemos que la dación de leyes de esta naturaleza, requieren de un análisis muy riguroso, tomando en cuenta las características del hecho punible cometido, los bienes jurídicos afectados, la coyuntura socio-política de su perpetración así como de otros datos, que en estricto, permitan a los legisladores, tomar una decisión con arreglo a los fines que persigue la justicia penal en el marco de un Estado de Derecho.*

Advertimos, por tanto, que gran parte de la doctrina rechaza esta institución, en cuanto a una presunta afectación de la legitimidad misma del Derecho penal así como de la estructura basilar del «Estado Constitucional de Derecho». Así M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, al considerar que la amnistía y el indulto general no son más que expresión aguda de la 'mala conciencia' en la legislación y justicia penales, constituyendo ambas la más flagrante negación del Derecho Penal vigente, razón por la que la doctrina penal ha mostrado verdadera repugnancia por ambos institutos, y no cabe duda que la amnistía, ni el indulto general, debieran existir en una correcta aplicación del Estado de Derecho¹²²¹. Apreciación que guarda coherencia con una coyuntura no muy pretérita, minada por intentos exculpatorios a verdaderos hechos criminales, por quienes hacen uso de una politización de la norma, en aras de proteger intereses exclusivamente políticos.

No obstante lo anotado, convenimos en decir, que una justicia provista de una serie de deficiencias, son a veces, propicios, para el uso arbitrario del poder, por quienes asumen las tareas *gubernamentales*; importan elementos que hacen necesaria la vigencia de determinadas instituciones –como la amnistía–, poniendo límites a la realización del *ius puniendi* del Estado.

Su legitimidad, por tanto, sólo puede garantizarse mediante un marco normativo específico y un control por parte de los otros poderes estatales, con el objetivo preservar el equilibrio de poderes, indispensable en un Estado Constitucional de Derecho.

1221 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 950-953.

La legitimidad de una ley de amnistía reside en la nueva valoración que recibe el hecho punible luego de cesado el orden excepcional, pues aquello que fue calificado como un injusto es posteriormente validado como justo por la misma sociedad, y esto, lo demuestran en fin, las leyes de amnistía dictadas, invariablemente -cuando cesa la exaltación pasional de las contiendas partidarias- a favor de los que sufrieran los rigores de la represión y el anatema de los vencedores¹²²².

La experiencia latinoamericana ha sido muy desafortunada al respecto; en el marco de gobiernos de facto (militares) o pseudo democráticos, caracterizados por la vulneración sistemática de los derechos humanos, se ha pretendido a lo largo de la historia, cubrir con un manto de impunidad a los autores de estos hechos execrables, mediante la sanción de sendas leyes de amnistía.

Es de verse, que países como Chile y Argentina (Ley de la llamada "Obediencia Debida" y de "Punto Final")¹²²³, procedieron a sancionar leyes de amnistía, como una forma de sustraer legalmente de la justicia penal, a quienes, aprovechándose del cargo político o *status* funcional, cometieron los crímenes más horribles, que un pueblo civilizado no está dispuesto a olvidar, menos a permitir su impunidad: para no mencionar el caso colombiano -apunta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ-, donde se ha amparado a grupos guerrilleros con iguales beneficios -a veces llamados indultos-, a sabiendas de que algunos de los hechos imputados desbordan las exigencias constitucionales por no ser de carácter político e, incluso, por no mediar conexividad de ninguna índole como sucedió con la ley 7º de tres de julio de 1992¹²²⁴.

Nuestra historia registra, un estado conmocionado por un alto espiral de violencia, siendo sacudida en su estructura forma y material, merced a una criminalidad sin límites, que no dudo en cegar la vida de miles de peruanos inocentes, que se vieron involucrados en una lucha sin cuarteles; en toda una

1222 EUSEBIO GÓMEZ; *Delincuencia Político-Social*, cit., p. 28.

1223 El año 2003, ni bien constituido el Gobierno de NESTOR KIRCHNER en Argentina, se han concatenado esfuerzos positivos hacia la derogación de estas leyes, empezando por la Cámara de Diputados, con el objetivo de ejecutar una política de reconciliación nacional, no basada en la impunidad, sino en la meta inescapable de búsqueda de la verdad y de la realización de la justicia, como valores primordiales en una sociedad democrática. "Reconciliación sí, pero no con impunidad", debe ser siempre el lema.

1224 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 728; esta ley tiene como antecedente el proyecto de Ley 68 de 11 de junio de 1992. Este proyecto -como señala KAI AMBOS-, planteado en el marco de las investigaciones en contra de miembros del grupo de "pacificación" guerrillero M-19, determinó la aplicación del principio de favorabilidad y el principio de la cosa juzgada respecto de todo lo ocurrido con anterioridad a la expedición de la ley. Además, como continúa apuntalando el autor, eliminaba toda acción penal en contra de los favorecidos por estas leyes, respecto de los hechos, objeto de la misma; *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., ps. 133-134.

asonada criminal, que sentó las bases del terror, del pánico y de la zozobra en la población, merced a los atentados terroristas que perpetraron en todo el territorio patrio; lastimosamente, el gobierno de aquel entonces, no sólo enfrentó esta delincuencia, a través de los mecanismos y herramientas que la ley y la Constitución, dispone al respecto, es decir, conforme a los dictados de una determinada política criminal, sino que a su vez, creo un frente ilegal y clandestino, conformado por militares y policías, en cuanto grupos de aniquilamiento, que actuaron al margen de la ley, colocándose en el mismo nivel de estos delincuentes, que pretendieron frenar en su ilícito accionar.

En tal contexto, tomaron lugar, las matanzas de la Cantuta y de Barrios Altos, crímenes perpetrados a civiles, personas que no tenían nada que ver con las agrupaciones terroristas de Sendero Luminoso y del MRTA; aunque hubiese sido así, el Estado de Derecho tiene sus propios mecanismos para ejercer la justicia punitiva, y, en este marco legalista, se encuentran proscritos, los métodos de ejecución extrajudiciales.

Ni bien las agencias predisuestas toman conocimiento de la *notitia criminis*, se promueve la acción penal respectiva ante el Poder Judicial, poder judicante que procede de inmediato a instaurar la respectiva causa criminal. Es así, que ante esta situación, el Congreso de la República de aquel entonces, sanciona la Ley de Amnistía N° 26479 del 14 de junio de 1995, que significaba en la práctica otorgar amnistía a todo aquel que hubiese participado en la lucha contra el terrorismo.

Vemos, que en el artículo 1° de la normativa, se disponía lo siguiente: *"Concédase amnistía general al personal militar, policial o civil, cualquiera que fuere su situación, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros común o privativo militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de promulgación de la presente ley"*.

Era claro, que la intención del Congreso en coordinación con el Ejecutivo, era de dar por concluido todos los Procesos Penales, que se habían iniciado a raíz de los hechos delictivos antes mencionados; máxime, se había producido un conflicto de competencia entre el fuero común y el fuero castrense, situación que encontró a jueces civiles y fiscales férreos y probos, en su intención de no declinar su jurisdicción y de no aplicar a los casos concretos, la Ley N° 26479.

A raíz de las críticas -apunta KAI AMBOS- y de la inaplicación de la ley por parte de una juez (excepción de inconstitucionalidad), tanto nacionales como internacionales, el Gobierno, a efectos de evitar que se volviera a inaplicar la ley en otro proceso, se vio en la obligación de expedir, sólo dos semanas más tar-

de, merced a su mayoría en el Congreso, una ley interpretativa (la cual también es inconstitucional)¹²²⁵.

Fue la dación de la Ley N° 26492, que definía normativamente, que la Ley de Amnistía 26479 no era revisable en sede judicial y que su aplicación era obligatoria para todos los funcionarios públicos del Estado¹²²⁶.

Conforme el estado de la cuestión, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos denuncia el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual tramitó el caso peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es en tal mérito, que la CIDH resuelve declarar «inaplicables», las Leyes de Amnistía Nos. 26479 y 26492 del caso «Barrios Altos», por resultar incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En lo referente a sus efectos jurídicos, el artículo 89° del CP, estipula que: *“La Amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él”*.

Conforme lo consagra el artículo 139° inc. 13) de la Ley Fundamental, la resolución judicial que ampara la amnistía implica el sobreseimiento de la causa, y ésta adquiere la calidad de Cosa Juzgada.

Pero, luego nos preguntamos: ¿Qué es lo que legalmente elimina la amnistía? La amnistía importa en realidad, una declaración de discriminación que el legislador sanciona a partir de un hecho punible que se realizó típicamente, en cuanto al cumplimiento de todos sus elementos constitutivos exigidos en el tipo penal así como de antijuridicidad penal.

Vemos, entonces, que la reprobación jurídica inicial como antijurídica es anulada por una valoración posterior, que descalifica no el hecho como subsunción jurídica, sino a nuestro entender, se aplica una causa *supra* legal de justificación¹²²⁷, que tiene los efectos de borrar el contenido antijurídico del hecho

1225 KAI AMBOS; *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. 1era. Edición colombiana. Comisión Andina de Juristas, 1997, cit., ps. 138 y ss.

1226 Como señala KAI AMBOS, esto significa que toda conducta potencialmente punible de los órganos de seguridad entre mayo de 1980 y 14 de junio de 1995 se liberaba de toda posible penalización; todo este tiempo fue declarado prácticamente libre de acción penal; *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 141.

1227 Tal como nos refiere ROLDÁN BARBERO, en razón a la construcción del estado de necesidad suprallegal, "...quedó configurada una teoría sobre la antijuridicidad material en su vertiente negativa, conforme a la cual debía quedar excluido el injusto, aparte de aquellos supuestos expresamente normados en el código, siempre que el conflicto de intereses, en una situación de necesidad, se hubiera saldado a favor de la opción amparada en un principio general del ordenamiento jurídico"; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*. Universidad de Córdoba, cit., ps. 31-32.

formalmente típico; y esto es así, en la *medida que el hecho penalmente típico, es confrontado y ponderado conforme a una situación social-política determinada, que aconseja la no penalización del comportamiento*

De esta opinión es QUINTANO RIPOLLÉS, al anotar que la aplicación de la amnistía presupone una verdadera anulación de la antijuridicidad del acto, y hasta en ocasiones una justificación encomiástica a *posteriori*¹²²⁸. *Contrario sensu* para ROY FREYRE la amnistía lo que elimina es la adecuación típica.

A manera de reivindicación, y con efecto retroactivo, la amnistía reconoce que nada hubo, o nada hay, que deba subsumirse en la parte preceptiva de la norma penal, puesto que nunca existió realmente una acción u omisión capaz de lesionar o poner en peligro bien jurídico alguno (Principio de Lesividad: Art. IV, Título Preliminar del C.P.)¹²²⁹.

Conforme la posición invocada, la acción u omisión, perpetrada por el agente, nunca se habría subsumido en tipo penal alguno, a pesar de que la sanción de la Ley de Amnistía es posterior a su comisión, como una especie de derogación retroactiva sustentada en la función despenalizadora que ostenta el Poder Legislativo.

A nuestro entender, el hecho punible sí existió, en definitiva se encuadró formalmente *bajo los alcances normativos de una figura delictiva en particular*, sino que la valoración a la cual es sometido a *posteriori*, toma en consideración los móviles por los cuales fue realizado, como fue el caso de los militares que pretendieron en noviembre de 1992, derrocar al ex presidente Fujimori Fujimori; a efecto, lo que se tomó en cuenta, fueron los móviles que guiaron dicho accionar, ante un intento de restaurar el orden democrático que había sido subvertido por el aparato gubernamental de la época; situación distinta, es de verse, cuando organizaciones terroristas pretenden también derrocar el Gobierno constitucionalmente constituido y atentan contra la estabilidad democrática, pero, sus acciones son calificadas como «terroristas», en tanto, intentan subvertir el orden constitucional mediante conductas que lesionan y ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales, tanto del individuo como de la sociedad.

Dicho lo anterior, vemos que la ley que amnistía hechos punibles es producto de un examen, que coloca en el estado de la discusión, un conflicto de bienes jurídicos; valoración que puede sustentarse, únicamente de una Causa de Justificación «supra legal», a partir de un criterio abierto (*numerus apertus*) de las causas de justificación, que elimina el carácter antijurídico del hecho pu-

1228 QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio; *Comentarios al Código Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Vol. I. Madrid. 1946, cit., p. 459.

1229 ROY FREYRE, L.; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*, cit., p. 178.

nible, en consecuencia, el hecho punible deja de ser justiciable penalmente por una ley que así lo declara (de efectos retroactivos)¹²³⁰.

La línea argumental esbozada, es de relevancia, en cuanto a determinar, si luego de amnistiado el hecho punible se eliminan también la responsabilidad civil o administrativa que diera lugar.

Es sabido, que la pretensión civil de la víctima se determina conjuntamente con la sentencia judicial que determina la punibilidad de la conducta, así como la responsabilidad penal del imputado; *podría decirse, entonces, que la declaración de la responsabilidad indemnizatoria, que recae sobre el imputado y el tercero civil responsable, se encuentra condicionada a la declaración de punición, en cuanto a la comisión del hecho punible atribuible a la persona declarada judicialmente como culpable; no obstante, debe advertirse también, que los criterios de imputación, son en puridad distintos, los estrictamente punitivos, se construyen a partir de los elementos de acción y de culpabilidad, mientras que los civiles, a través de los elementos que se refunden en la llamada responsabilidad extra-contractual, contenida en el artículo 1969º del CC; por tales motivos, la declaración de Amnistía, a través de la dación de la Ley respectiva, sólo ha de incidir en el aspecto punitivo, mas deja intacta la pretensión indemnizatoria, siendo así, cabrían dos posibilidades, si es que la víctima, ya recibió la indemnización ex -delicto, no debe devolver nada, en consonancia con el principio de tutela judicial efectiva y, si la sustracción del ámbito de punición, tomo lugar, en el decurso del procedimiento penal, el agraviado, tiene todo el derecho de acudir a la vía civil, en cuanto a la interposición de un acción indemnizatoria.*

Siguiendo el orden de las ideas, se estimaría que habiendo terminado anticipadamente el Proceso Penal, la pretensión civil en apariencia quedaría frustrada en razón del principio de unidad del ordenamiento jurídico¹²³¹, pero, hay que recordar que la vía civil queda intacta, en este sentido, una pretensión

1230 De conformidad con el artículo 103º de la Constitución Política del Estado.

1231 Según este principio, si un hecho es penalmente antijurídico, lo es también para las demás esferas del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.); es decir, la antijuridicidad es un concepto que implica una valoración total, que engloba toda una concepción sistemática del derecho positivo. Estimación que puede ser producto de una valoración más filosófica que llevada a la realidad social, es una afirmación que ha adquirido la categoría de "verdad absoluta", sin llegar a demostrarlo con valederas razones que así lo sostenga; en el campo de las causas de justificación, la antijuridicidad penal queda anulada a partir de la valoración de una norma permisiva, que implica una especial facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un ciudadano a fin de defender un bien jurídico de carácter esencial, lo que en concreto faculta es a realizar una acción dirigida a salvaguardar dicho interés jurídico, mas si quien usa la norma permisiva lesiona un bien que pertenece a un sujeto ajeno al agresor, aquello no presupone que el derecho ante esta circunstancia excepcional deje sin protección a ese derecho subjetivo amparado por el ordenamiento jurídico; en otras palabras dicho, la valoración del injusto debe abarcar la situación en concreto, tomando como referencia tanto los bienes jurídicos que se pretende salvaguardar,

a la tutela jurisdiccional efectiva, vía Indemnización por daños y perjuicios. Si bien el hecho punible ha sido eliminado legalmente (justificado a *posteriori*), este hecho puede que haya producido daños efectivos (morales o económicos) susceptibles de reparación civil.

En tal sentido, no vemos objeción alguna, a que la víctima y sus familiares, puedan acudir a la vía civil a fin de reclamar una acción indemnizatoria¹²³², no se puede a *priori*, argumentar que la exclusión del injusto penal conlleva también la exclusión del injusto civil y del injusto administrativo.

El ordenamiento jurídico viene comprendido por una serie de ramas jurídicas, donde a cada una de ellas se le encarga una determinada función tutelar y regulativa¹²³³.

En palabras de ROLDÁN BARBERO, el orden jurídico distribuye también por el Derecho civil y el Derecho administrativo niveles de disvalor, reservando al Derecho penal la regulación de las conductas más disvaliosas. Y esto -como sigue apuntalando el autor- debe regir tanto en la formación como en la exclusión del tipo¹²³⁴.

En específico, cada rama del ordenamiento jurídico establece la responsabilidad bajo argumentos distintos; la penal, en razón de sus sanciones más severas, aplica el principio de personalidad de la acción y de la culpabilidad, sólo el autor o cómplice puede ser declarado penalmente responsable; en cambio, en materia civil, sobre todo en el ámbito extracontractual, rigen criterios menos rígidos, en tanto, la responsabilidad civil puede recaer sobre sujetos que no tienen participación fáctica en la generación del daño, se aplica entonces una responsabilidad subsidiaria y compartida.

El hecho de que una persona en estado de necesidad justificante, amparada por un precepto permisivo, lesione un bien de un tercero, a efectos de evitar la causación de un daño a un bien jurídico prevalente, no quiere decir, que

así como los posibles derechos de terceros que pueden también ser lesionados, a efectos de dilucidar si subsiste o no una reparación civil de naturaleza indemnizatoria.

1232 En la legislación colombiana el asunto queda claro, pues, la Constitución concede, con el voto de una mayoría especial de las dos terceras partes de los miembros del Senado y la Cámara, "amnistías... generales por delitos políticos", que borran el hecho cometido aunque no logran eliminar las consecuencias de carácter civil emanadas de éste, pues la responsabilidad debe ser asumida directamente por el beneficiado o por el Estado cuando la ley así lo disponga; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ; DP (PG), cit., p. 727.

1233 Es de verse, que todo el ordenamiento jurídico -en genérico- se orienta a regular conductas humanas, a establecer una peculiar forma de organización social, donde la fuerza del derecho reside en el poder de ejercer su subordinación a partir de la naturaleza coactiva de las normas.

1234 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 121.

quien ha sido afectado con la lesión patrimonial (titular del bien), quede desamparado por el ordenamiento jurídico, en concreto, por el derecho civil.

En la doctrina nacional, DE LA CRUZ ESPEJO, considera que si bien es cierto que la amnistía extingue toda clase de responsabilidad penal, sin embargo la responsabilidad civil queda subsistente, conservando para tal fin su eficiencia en el procedimiento que se inició ante la jurisdicción civil las pruebas que se hubieran actuado en la etapa de instrucción o de juzgamiento¹²³⁵.

Partiendo de esta premisa, pensamos que la pretensión civil quedaría subordinada a dos elementos: 1.-Que se haya iniciado paralelamente al Proceso Penal, un Proceso Civil por el mismo hecho; y, 2.-Que la víctima o sus familiares, no se hayan constituido como parte civil en el proceso penal, conforme a los artículos 54 y ss. del C de PP¹²³⁶.

Por consiguiente, de no cumplirse con tales requisitos, quedará anulada también la responsabilidad civil que diera lugar.

En cuanto a su tramitación, suceden dos circunstancias, si la ley de amnistía se sanciona cuando el hecho punible es aún objeto de substanciación procesal, ésta se presentará vía una Excepción -como medio de defensa técnica-, la cual se tramitará como un incidente aparte del principal, según lo normado en el artículo 90º del C de PP, en este caso, la Excepción de Amnistía puede deducirse en cualquier estado del proceso e incluso puede ser resuelta de oficio por el Juez.

En cambio, situación distinta, es de verse en la hipótesis de que la ley de amnistía beneficia a aquel quien se encuentra efectivamente purgando una condena, ésta deberá tramitarse ante el Juez competente (que dictó la condena), vía remisión de pena.

3.3. El Indulto

Es sabido, que existen ciertas instituciones ius-constitucionales, que tienden a poner freno y/o límite a la concreción punitiva estatal, como una vía legítima de un orden democrático de derecho, de poner freno a una prisionización

1235 MARCO DE LA CRUZ ESPEJO; *Cuestiones Previas, Cuestiones Prejudiciales y Excepciones*. Editora Fecat, 1999, ps. 255 y ss.

1236 El nuevo CPP del 2004 en su artículo 102º, prescribe taxativamente la prohibición del actor civil de presentar una demanda indemnizatoria en la vía extra-penal, a menos que se desista como tal, hasta antes de la acusación fiscal, a diferencia del C de PP de 1940 que proclama una *vacatio legis* al respecto; en el caso, de que la ley de amnistía se sancione en el transcurso de la Investigación Preliminar, no habría problema para que el interesado acuda a la vía civil, pues, éste aún no puede constituirse en actor civil, al no haber renunciado formalmente a dicha pretensión.

per se irracional, que en ciertas circunstancias vulnera la propia dignidad del penado. Constituyen mecanismos constitucionales legítimos, que se condicen con el objetivo de ejercer equilibrios entre los Poderes del Estado.

Es a partir del *Indulto* y de la *Conmutación de la pena*, que el Presidente de la República puede decidir la excarcelación de condenados o en su defecto de reducir significativamente el tiempo de ejecución de la pena, en correspondencia con lo previsto en el inc. 21) del artículo 118° de la Ley Fundamental. Toman lugar en mérito a las condiciones personales que presenta el penado y otros datos a saber, que en conjunto permitan inferir que la pena impuesta por la judicatura no se ajusta a los fines constitucionales de la sanción punitiva.

El «Indulto» importa una gracia *presidencial*, que se concede en relación a la persona que está purgando carcelería, tomando en consideración las particulares circunstancias que ésta produciendo el encerramiento en la persona del condenado, siempre y cuando se trate de una sentencia firme.

Por su parte la «Conmutación de la Pena» presupone la reducción sustancial de la pena de privación de libertad, su sustitución por una de menor duración y/o su variación por una pena de distinta naturaleza. Implica una remisión parcial de la pena, que ha de colegirse con los fines preventivo-especiales de la pena, que se refunden en los mismos cometidos que se revelan en el caso de los *Sustitutos Penales*.

La concesión de ambas instituciones ha de tomar lugar según las características personales del penado, tanto *ex ante* como su conducta en el establecimiento penitenciario así como de su condición de primario. Se supone que son personas que no requieren de una pena de mayor duración, para lograr su rehabilitación (*prevención*) y, así reinsertarse en la comunidad. Máxime, en el caso del Indulto, que por lo general son personas que padecen de enfermedades graves o son de edad senil.

Es de verse, entonces, que nuestra Ley Fundamental, confiere al Presidente de la República la potestad de: "*Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria*"¹²³⁷.

El indulto es también una manifestación del derecho de gracia, que junto a la amnistía pervive desde tiempos de la Monarquía¹²³⁸, cuya pervivencia en

1237 Artículo 118 incisos 8) y 21) de la Constitución en concordancia con los artículos 1 y 139 inciso 22) del mismo cuerpo de leyes. La Resolución Suprema que concede el Indulto es refrendada por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia, existiendo a la par una Comisión de Indultos que actúa en coordinación con el Ministerio de Justicia.

1238 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

el texto ius-fundamental vigente, obedece evidentemente, a razones que trascienden un espectro en puridad político, para adentrarse en motivos de orden humanitario.

En todo caso -como manifiesta BUSTOS RAMÍREZ- se ha mantenido este derecho de gracia a través de la amnistía y el indulto, en razón que permite aplicar como correctivo, general y último, frente a errores o contradicciones posteriores, el principio de necesidad de pena (se afirma entonces la necesidad de la pena como correctivo básico y elemental del sistema penal) y también el merecimiento de pena como fundamento de ella¹²³⁹.

Mediante el indulto se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta, de modo que ésta no se ejecuta en absoluto desde el principio o se detiene e interrumpe la ejecución que se está realizando de la misma¹²⁴⁰.

Es sabido, que en el ámbito de ejecución de la pena, el condenado puede sustraerse legalmente, de dicha esfera, vía la concesión de los beneficios penitenciarios (semilibertad, liberación condicional); empero, aparecen a su vez, una serie de factores extralegales, conducentes a convalidar sentencias condenatorias -materialmente injustas-; pues, en regímenes autoritarios, donde el poder político interfiere y somete el poder jurisdiccional, en sujeción a la aplicación de una legislación interna anti-garantista, muy fácilmente se va a producir una serie de arbitrariedades y de errores judiciales, otros, serán el manifiesto de un *dictado jurisdiccional constitutivo de una decisión prevaricadora; ello adquiere reflejo, en una realidad penitenciaria, que tiene como hospedantes, a un número significativo de inocentes; por tales motivos, cuando la judicatura ya no cuenta con los remedios e instrumentos, para liberar a dichos condenados, el indulto importa una institución de primer valor, en orden a reivindicar el contenido esencial de las libertades fundamentales así como la dignidad humana, como plataforma material sobre la cual se asienta todo el edificio normativo, según el soporte constitucional.*

Conforme lo anotado, si bien contamos con toda una serie de garantías penales y procesales, no es menos cierto, que en Naciones -como la nuestra-, se comete sistemáticamente una serie de errores judiciales, que en muchas oportunidades no pueden ser corregidos, a través de la interposición de los recursos impugnativos pertinentes.

A estas deficiencias, se añaden otros motivos; en este caso de naturaleza humanitaria, en cuanto a las características personales del condenado, donde la ejecución punitiva, está causando un sufrimiento en la persona del penado, que desborda cualquier pretensión punitiva, v.gr., estar padeciendo una grave

1239 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 412.

1240 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 746.

enfermedad (VIH, cáncer, etc.) o la edad senil de condenado; situaciones ambas, que no pueden ser sobrellevadas dignamente en establecimientos penitenciarios, en cuanto a ser portadores de condiciones inhumanas.

Estas situaciones no pueden ser comprendidas por una ley de amnistía, pues ésta se aplica a un hecho punible sin tomar en cuenta la persona *strictu sensu*; en cambio, el indulto y el derecho de gracia, toma en cuenta las particularidades del reo.

Entonces, pensamos que el Indulto no debe aplicarse a los errores judiciales que acontecen normalmente en la administración de justicia, para ellos se encuentra el correctivo de los remedios y recursos procesales, pero sí debe ser un correctivo de errores judiciales parciales, demasiado frecuentes, por inapreciación de circunstancias realmente concurrentes que fundamentaban un tratamiento más benévolo del sujeto que el que resultó finalmente en la sentencia¹²⁴¹.

Esta institución del indulto aplicada acorde a los fines de justicia no menoscaba la autonomía judicial, ni vulnera o debilita las leyes penales¹²⁴².

En resumidas cuentas, consideramos que estas instituciones son aún necesarias en democracias precarias como la nuestra¹²⁴³; inspirada también en el principio de humanidad¹²⁴⁴.

El «indulto» se distingue, de la amnistía por una serie de circunstancias. La amnistía suprime la naturaleza delictiva del hecho, es decir, lo despenaliza; mientras que el indulto, impide que la condena pueda cumplirse en su totalidad, cesando así la actividad sancionadora estatal.

La amnistía extiende sus efectos despenalizadores al hecho punible sin tomar en consideración los sujetos protagonistas del suceso delictivo; en tanto, que el indulto, se concede en relación a una persona que está purgando carcelería, tomando en consideración las particulares circunstancias que está produciendo el encerramiento en la persona del condenado.

La aplicación de la amnistía se circunscribe al campo de los delitos socio-políticos; el indulto no toma en consideración la naturaleza del injusto penal cometido, sino factores carcelarios y particulares circunstancias que hacen de la reclusión innecesaria a partir de los fines de la pena.

1241 GRACIA MARTÍN *Consecuencias jurídicas...*, cit., p. 326.

1242 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.

1243 El indulto y el derecho de gracia será el único camino viable en estas circunstancias, mientras que no se sancione una legislación positiva que confiera al Juez facultades de esta naturaleza.

1244 GRACIA MARTÍN, L., *ibidem*.

Es de verse, que los efectos jurídicos de la amnistía se retrotraen a la comisión del hecho punible, despenalizando su naturaleza delictiva; el indulto extiende su ámbito de aplicación, desde el momento en que es concedido y se prolonga en el tiempo, es decir, sus efectos declarativos se prolongan ultractivamente mediante el efecto de la remisión de la pena o acortando aquella que es materia de cumplimiento efectivo¹²⁴⁵.

El indulto, a diferencia de la amnistía, presupone siempre necesariamente que una sentencia firme haya dado lugar al nacimiento del derecho subjetivo del Estado de imponer y ejecutar una pena y que la facultad de ejercicio de este derecho subsista en el momento en que se decida por el ejercicio de la gracia porque no haya decaído por otros motivos: muerte del reo, cumplimiento de la condena, prescripción, etc¹²⁴⁶.

Finalmente, en el indulto subsiste la responsabilidad civil derivada del hecho punible (emana del Poder Ejecutivo), mientras que en la amnistía (facultad monopólica del Poder Legislativo), la responsabilidad civil subsiste relativamente¹²⁴⁷.

Conforme se desprende, del tenor normativo del artículo 89° del CP, el Indulto suprime la pena impuesta. El tiempo transcurrido, la conducta del reo y su arrepentimiento visible y constatado son requisitos indispensables para que el Jefe de Estado pueda otorgar el indulto¹²⁴⁸.

En tanto, que el derecho de gracia es una prerrogativa presidencial que se otorga por resolución suprema, mediante la cual se dispone el archivamiento del proceso por considerar que existe una demora injustificada en su tramitación, al haber transcurrido el doble de lo señalado más su ampliatoria son que haya finalizado, restituyendo si fuera el caso la libertad del inculcado en un proceso cuyo trámite se consideraba lento e inacabable¹²⁴⁹.

Resulta vulneratorio, del contenido esencial los derechos fundamentales, que un imputado permanezca un tiempo de carcelería sin ser sentenciado, cuando este tiempo contraviene los principios que legitiman la imposición de la detención preventiva, en cuanto a los principios de «instrumentalidad», «provisionalidad» y de «razonabilidad»; *la medida se convierte en una decisión arbitraria, desprovista de toda razonabilidad y de proporcionalidad, la cual requiere*

1245 Así, PEÑA CABRERA, R.; cit.

1246 GRACIA MARTÍN; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 324.

1247 En contra ROY FREYRE, cit., p. 238.

1248 BERNALES BALLESTEROS, E.; *La Constitución de 1993: Un Análisis Comparado*, cit., p. 491.

1249 ORE GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición. Editorial Alternativas, Lima, 1999, cit., p. 316.

ser revertida, a partir de los instrumentos legales que reconoce el orden legal vigente.

Como una regla concreta -señala KAI AMBOS- el gobierno de Fujimori extendió a finales de 1991 las disposiciones sobre indulto a los denominados "presos sin condena", esto es, a los detenidos cuyos procesos se encontraban en la etapa de investigación, y no obstante una larga detención, no habían concluido¹²⁵⁰.

Siendo, el derecho de gracia una facultad, de la cual se encuentra investido del Poder Ejecutivo (Presidente de la República), ésta se concede mediante Decreto Supremo y su sanción resulta obligatoria para todos los poderes del Estado. Ni bien el indulto es concedido mediante la publicación en el diario El Peruano, los órganos de justicia están inmediatamente obligados a proceder a la excarcelación del indultado, bajo responsabilidad funcional.

3.4. El Perdón del Ofendido

La regla general importa que todos los delitos sean perseguibles por acción pública y ello obedece en razón de la naturaleza pública y social de los bienes jurídicos objeto de tutela penal, por lo tanto, su persecución y sanción es indisponible por parte de los órganos persecutores predispuestos. Empero, algunos delitos son perseguibles a instancia del ofendido, es decir, el titular del bien jurídico es quien reclama directamente a la jurisdicción penal el procesamiento, juzgamiento y sanción del presunto responsable.

El legislador, en razón de consideraciones de orden político-criminal, ha creído conveniente condicionar la acción penal a instancia del ofendido y ello es así por el carácter disponible del bien jurídico protegido, pues, si al titular ofendido no le interesa impulsar la actividad sancionadora, menos interés tendrá el Estado en activar dicha función.

El perdón del ofendido como causa extintiva de la ejecución penal requiere ser expreso, posterior a la condena y formulado ante el Juez de ejecución, como apunta SAN MARTÍN CASTRO, el perdón opera automáticamente y no es renunciable por el ofensor.

En palabras de PEÑA CABRERA, el perdón como causa que extingue la ejecución de la pena, ha sido cuestionado, pues sería totalmente admisible, hasta antes de la sentencia firme condenatoria, pues una vez ejecutoriada, es contradictorio hasta vulnerante el cumplimiento de las resoluciones judiciales¹²⁵¹.

1250 KAI AMBOS; *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 139.

1251 PEÑA CABRERA, R.; cit.

Declarada judicialmente la extinción ejecutiva de la pena, el juez procederá a ordenar la inmediata excarcelación del condenado y a anular los antecedentes penales y judiciales que dieran lugar.

Cabe precisar, finalmente, que el perdón del ofendido no encuentra amparo legal alguno en la codificación penal, conforme es de verse de la normatividad aplicable, pues si bien el artículo 85° del CP en la Parte General reconoce a esta institución como un mecanismo de extinción de la ejecución de la pena, no es menos cierto, que las conductas delictivas que aún mantienen la persecución a instancia del agraviado, como las Querellas, no contemplan esta posibilidad, tal como se desprende de los artículos 302° y ss del C de PP, concordante con los artículos 459° y ss., del nuevo CPP; así tampoco en el marco normativo del CEP; únicamente se contemplan las figuras del desistimiento o la transacción, de común idea con lo previsto en el artículo 78° del CP. Por tales consideraciones, el perdón del ofendido en la práctica, no cuenta con vigencia alguna.

3.5. La Exención de Pena

La «exención de pena», importa un sustitutivo penal que se encuentra previsto en el artículo 68° del CP, cuya aplicación se concretiza en el ámbito de la determinación judicial de la pena.

La exención de la sanción se condice con una propuesta descriminalizadora y racional expresada en la respuesta punitiva del Estado, esta tendencia despenalizadora encuentra su intelección con la posibilidad que tiene el juzgador de eximir la sanción en los casos en que el delito está previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima; por tales motivos, advertimos que la exención que hace alusión el artículo 85° del CP, no es la contenida en el artículo 68° (in fine).

La exención de pena como una causa anormal de terminación de la ejecución penal, como afirma ROY FREYRE, procede en los supuestos de aplicación del derecho penal premial para los condenados que colaboren eficazmente con la administración de justicia.

El Estado, en su lucha contra determinadas variantes delictivas, reformula su estrategia político-criminal en términos de eficacia y de funcionalidad y para este objetivo estructura procedimientos penales diferenciados que se adscriben a la denominada «Justicia Penal Consensuada o Negociada».

En los delitos de terrorismo, narcotráfico y corrupción, el legislador ha trazado como estratagema, la figura del colaborador o del arrepentido, sujeto que se aparta de su agrupación criminal a partir de la delación de otros responsables de mayor culpabilidad y/o aporta información valiosa que le permite a los

órganos predispuestos, ejecutar acciones concretas para dañar las estructuras de estas organizaciones criminales y asimismo obtener significativos réditos en su lucha contra el delito.

Estos beneficios, se integran coherentemente en el denominado «Derecho penal premial»; beneficios que pueden otorgarse durante la etapa de Instrucción, juzgamiento y también en la etapa ejecutiva de la pena, en esta última sobre el autor ya han recaído los efectos ejecutivos de la sanción (remisión de la pena), pero fruto de una aportación positiva del penado, en cuanto un acto efectivo de colaboración procesal, el juez procede a sustraerlo de las redes punitivas del Estado, en todo caso, morigerando la respuesta penal.

Dicha premialidad, se encuentra contenida en las leyes de arrepentimiento (vía remisión de la pena en los Decretos Leyes Nos. 25499 y 26220) así como en la legislación de colaboración eficaz plasmada en los siguientes instrumentos legales: Ley N° 27378, DL N° 25882, Decreto Legislativo N° 925 y la Ley N° 28008.

3.6. El Cumplimiento de la Condena

El cumplimiento de la condena es una causal normal de la extinción de la pena, luego de agotado el tiempo por el cual el interno fue condenado a purgar la pena efectivamente impuesta, ésta concluye automáticamente y cesa a estos efectos la potestad punitiva del Estado.

Naturalmente tanto desde el punto de vista de merecimiento de pena como de la necesidad de ella, su cumplimiento extingue la responsabilidad penal¹²⁵².

El artículo 69° del CP, contempla lo que se denomina como "Rehabilitación Automática", esto es, una vez cumplido el tiempo de la condena (de la pena o medida de seguridad), se extingue la responsabilidad penal en tanto el penado se ha reivindicado socialmente, al haber asumido los costes gravosos de su infracción normativa. La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó, pues, en determinados delitos la inhabilitación es una pena accesoria en razón del aprovechamiento del cargo, que fundamentó un mayor reproche de imputación individual.
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación. Se supone que el penado, producto del tratamiento pe-

1252 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 411.

nitencionario, se encuentra en óptimas condiciones para insertarse y participar en los diversos procesos sociales, la purgación de la condena es ya un acto del pasado que no debería menguar su futura vida en sociedad. Lamentablemente, la realidad social no se corresponde a plenitud, con las proposiciones asumidas teóricamente en el marco de la pena; el penado luego de su excarcelación mantiene una rotulación o etiquetamiento de ex -convicto que le impide reinsertarse en la sociedad, sus miembros se muestran recelosos y desconfiados de él y de cierta forma no les falta razón en vista de nuestra realidad carcelaria de efectos puramente desocializadores; la estigma que arrastra al penado luego de cumplida la condena, es una bisagra que neutraliza su recuperación en sociedad y, que a la postre genera la reincidencia delictiva. Por lo tanto, estos defectos materiales deben ser primero superados en pos de que la percepción social dé un vuelco integracionista y de recuperabilidad social. El penado necesita de un voto de confianza de sus pares, *contrario sensu*, los pronósticos rehabilitadores arrojarán siempre un resultado negativo.

La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena¹²⁵³.

El cumplimiento de la condena importa un derivado del *nullum poena sine lege*, agotada la secuencia de la condena, la liberación del reo debe operar de forma inmediata, si no se quebrantaría el principio de legalidad. Cumplido el periodo de ejecución de la pena, supone la afirmación del fin de prevención especial positiva, en cuanto a la aptitud del condenado de reinsertarse a la comunidad social, tal profilaxis social se reafirma normativamente a partir de la disposición prevista en el artículo 69° del CP, que regula normativamente la denominada la «Rehabilitación Automática», por el cumplimiento de la pena o medida de seguridad.

Sin embargo, en mérito a su particular naturaleza, por ser efecto de una causa que se produce como regla general, se objeta en la doctrina su inclusión como una causa de extinción de la ejecución de la pena. Así BOLDOVA PASAMAR, al sostener que en contraposición a las demás causas de extinción de la responsabilidad penal, que implican en calidad de "incidencias excepcionales" la supresión de la obligación del sujeto de soportar su responsabilidad mediante el cumplimiento de una pena, la causa que ahora examinamos parte del cumplimiento íntegro de dicha obligación y, consiguientemente, de lo que se considera la "regla general" o la normalidad del caso para dar por concluida aquélla¹²⁵⁴.

1253 Párrafo incorporado por la Ley N° 28730 del 13 de mayo del 2006.

1254 BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 322.

Ciertamente, todas las demás causales, surgen de circunstancias excepcionales, pues en puridad de la verdad, muy aparte de los beneficios penitenciarios, los dictados de justicia, supone que todos los condenados deben cumplir con el íntegro de la condena; empero, *son los mismos principios basilares del Estado Constitucional de Derecho que aconsejan, la previsión e inclusión de instituciones, encaminadas a ejercer limitaciones al ejercicio del poder punitivo del Estado.*

Al margen de lo anotado, resulta también importante destacar, que todas las causas de extinción de la ejecución de la pena no se refunden en un solo concepto de justificación material; vemos, que entre la muerte del reo y el indulto no encontramos semejanza alguna, sin embargo, el legislador consideró necesario compaginarlos en un solo entendimiento conceptual.

Por consiguiente, el cumplimiento de la condena hace culminar la potestad punitiva del Estado como una causa natural de aquélla, que si bien es una consecuencia implícita, pensamos que su inclusión se sustenta en la vigencia normativa del principio de legalidad¹²⁵⁵.

Resulta importante añadir, que la extinción de la pena, no implica la extinción de la responsabilidad civil, puesto que ésta se ejecuta de manera distinta a la penal y se regula a partir de criterios distintos (artículo 101 del C.P.)¹²⁵⁶.

Hay que recordar al respecto, que en este supuesto, ya se ha pronunciado una sentencia condenatoria firme, que ha impuesto una pena determinada y un monto dinerario por concepto de Reparación Civil, la ejecución de uno y otro suponen caminos distintos, por lo tanto, la extinción de la ejecución penal no extingue la responsabilidad civil, comportan consecuencias jurídica, que toman lugar a partir de situaciones distintas.

1255 Así, ROY FREYRE, L.; op. cit., p. 242.

1256 En cuanto a la aplicación supletoria de las normas del Código Civil.

CAPÍTULO XXXVII

LA REPARACIÓN CIVIL

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. Responsabilidad extracontractual. 3. Los factores perturbados que abonan en la naturaleza penal de la Reparación Civil. 4. El daño como lesión real y concreta y las prescripciones normativas aplicables. 5. La Responsabilidad Civil y el Derecho Probatorio. 6. El Condicionamiento de la Reparación Civil a la Acreditación de un Injusto. 7. El Tercero Civilmente Responsable. 8. Extensión de la Reparación Civil: a. *La Restitución del Bien*. b. *La Indemnización de Daños y Perjuicios*. c. *El Daño Emergente y el Lucro Cesante*. d. *El Daño Moral*. 9. La Nulidad del Acto Jurídico Posterior al Hecho Punible. 10. La Insolvencia del Condenado. 11. Acción Civil Inextinguible.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

El delito constituye una manifestación fenoménica, la exteriorización de una conducta, cuyo disvalor reposa en la contravención a los principios elementales, de cualquier sociedad –jurídicamente organizada-. La reprobación social obedece a un juicio de reproche, al poner en riesgo los valores comunitarios, de quien desobedeciendo el mandato y/o prohibición normativa, lesiona los bienes jurídicos fundamentales.

El injusto penal, por tanto, importa una valoración antinormativa, sostenida sobre el disvalor de la acción y del disvalor del resultado, ambos aspectos a saber conforman conjuntamente los aspectos ha tomar en cuenta para legitimar la reacción jurídico-penal.

Para que podamos hablar de una conducta delictiva, no basta con la infracción de la norma en cuestión, sino que debe aparecer una modificación en el mundo exterior, una mutación del estado de las cosas, determinando un estado de lesión, cuya materialidad es la que recoge el precepto penal, para desencadenar la imposición de una pena. Todo ello, con arreglo al principio de

«ofensividad» y/o «lesividad», tal como se desprende del artículo IV del Título Preliminar del CP.

La idea esbozada emerge de lo que conocemos como «antijuridicidad material», en cuanto a la correspondencia del hecho delictivo con un concepto sociológico del mismo, en cuanto la definición de una conducta que ha de generar un estado perjudicial sobre la integridad de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal.

Si bien el contenido material del injusto típico constituyó el enfoque principal de la norma, según la visión de los delitos de resultado, el avance dogmático alcanzado por la ciencia jurídico-penal habría de demostrar que el punto central de valoración descansa en el disvalor del acción, en la medida que con ello el autor expresa ya una desobediencia normativa, colocando en riesgo de lesión al bien jurídico tutelado. A partir de dicho entendimiento, es que puede justificarse, dígame legitimarse la punición del delito tentado así como la construcción de los tipos penales de *peligro* (concreto y abstracto)¹²⁵⁷.

Conforme lo anotado, la misión fundamental del Derecho penal es la *protección preventiva* de bienes jurídicos, de manera que su intervención no requiere necesariamente de un estado perjudicial, concretizado en la efectiva lesión de un interés jurídico tutelado, basta como se dijo, la contravención normativa generadora de un *riesgo jurídicamente desaprobado* de acuerdo a los términos de la moderna teoría de la Imputación Objetiva.

La «antinormatividad material», adquiere entonces, una nueva percepción y connotación que se traduce en el reconocimiento de valores inmateriales, de bienes espiritualizados que se construyen según la imagen conceptual de los llamados intereses jurídicos *supraindividuales*, v.gr., la Salud Pública, la Tranquilidad Pública, el Medio Ambiente, etc.

Por otro lado, cabe recordar que la Justicia Penal no sólo se ocupa de las consecuencias jurídico-penales del delito, en cuanto a la imposición de una pena y/o medida de seguridad a la persona del autor y/o partícipe así como la adopción de las llamadas «Consecuencias Accesorias», en tanto el amparo jurisdiccional refunde también el interés de la víctima (ofendido) en la «Reparación» de los efectos perjudiciales de la conducta criminal. Esto se explica en que el hecho delictivo además de ser un ilícito penal constituye un ilícito civil —anota PEÑA CABRERA¹²⁵⁸, aunque no siempre es así como se verá más adelante.

1257 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal Económico*. Jurista Editores, Lima, 2009, cit., ps. 51-57.

1258 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit., p. 691.

Bajo la denominación «responsabilidad civil derivada del delito», o expresiones semejantes, se suelen reunir determinadas formas de reparación admitidas tradicionalmente en los ordenamientos continentales —restitución del objeto, indemnización económica, etc.—.¹²⁵⁹

Un aspecto es la naturaleza pública del Derecho penal y del Derecho procesal penal, en lo referente al *ius puniendi* estatal y a la promoción y persecución penal del delito y, otro lo que tiene que ver con las legítimas expectativas de la víctima, de poder verse resarcida económicamente de forma proporcional al daño causado por el hecho delictuoso. Mientras que la *legitimidad activa* de la acción penal recae sobre el representante del Ministerio Público, la *legitimidad activa* de la acción civil es potestad de la víctima, no obstante que la legislación procesal le confiere ciertos derechos al persecutor público.

La ley acumula en el proceso penal un doble objeto, pues a la depuración de la responsabilidad penal se une una exigencia de responsabilidad civil, salvo que la víctima, que es el titular del bien jurídico dañado, renuncie a exigir la reparación (porque no quiere reclamar¹²⁶⁰ o porque haya sido reparada extraprocesalmente) o la reserve para discutirla después de terminado el proceso penal¹²⁶¹.

Consecuentemente, en el Proceso Penal se unifican ambas acciones, que corresponden a una naturaleza distinta: la acción penal se comprende en una “Justicia Distributiva” (de impartir del castigo punitivo de acuerdo a la culpabilidad del autor), mientras, que la acción civil se comprende en la denominada “Justicia Compensatoria” (de disponer una compensación económica proporcional al daño materializado en el bien jurídico)¹²⁶².

El Proceso Penal versa sobre un hecho delictivo, cuya persecución y sanción se justifica en mérito a un interés público, en cambio la Responsabilidad Civil tiene que ver con una pretensión de privados, de un particular que busca ser resarcido de los daños causados por el delito en sus bienes jurídicos fundamentales.

La Acción Civil es privada, porque corresponde su ejercicio a la persona lesionada y por tanto es de interés particular; las relaciones jurídicas que norman su contenido son privadas¹²⁶³.

1259 ROIG TORRES, M.; *La Reparación del daño causado por el delito*, cit., p. 85.

1260 Así, el artículo 13° del nuevo CPP.

1261 MORENO CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 123.

1262 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 443.

1263 GARCÍA RADA, D.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 92.

La «antijuridicidad penal» es una categoría global de la dogmática, que define la existencia del *injusto penal*, por otro lado, también existe una «antijuridicidad civil»; la contravención de los preceptos jurídico-privados, requiere también de una valoración que trasciende la esfera estrictamente típica, así se advierte de las causales de «Imprudencia de Responsabilidad» glosadas en el artículo 1971º del CC.

Siguiendo la línea argumental esbozada, se ha construido –normativa y conceptualmente–, la teoría de «Unidad del ordenamiento jurídico», según dicha postura doctrinal aquello que es ilícito en el campo penal ha de serlo también en el campo del Derecho privado. No obstante, hemos advertido ciertas fisuras de dicha consideración teórica¹²⁶⁴ en otras investigaciones, en el sentido de aquella conducta que puede ser exonerada de Responsabilidad penal puede ameritar aún una Responsabilidad Civil, sabedores que los factores de imputación de una y otra parcela de la juridicidad responden a criterios distintos. Posición que encuentra asidero legal, conforme a lo previsto en el artículo 12.3 del nuevo CPP¹²⁶⁵.

Ahora bien, en el tópico de análisis, queremos centrar la valoración en la naturaleza jurídica de la «Reparación Civil», si bien ello debería estar claro, tanto de su propia consideración terminológica como por su remisión a las normas extra-penales, parece que en cierto sector de la jurisprudencia ello no ha calado así, al haberse instituido la posibilidad de que en el Sistema de Administración de Justicia puedan fijarse en la sentencia de condena así como en los acuerdos reparatorios¹²⁶⁶, sumas dinerarias por concepto de Reparación Civil en causas penales seguida ante delitos de peligro abstracto (Conducción bajo la influencia del alcohol y/o de sustancias psicotrópicas), en los cuales no se advierte la causación de un daño susceptible de ser reparado. No olvidemos algo muy importante, generalmente quien reclama ante la jurisdicción el pago de una suma indemnizatoria en el Proceso Penal, es una persona debidamente identificada e individualizada.

En el caso del delito tentado, del delito frustrado y del arrepentimiento voluntario, se diría que al no evidenciarse un daño efectivo, dichas acciones han de estar exentas de Responsabilidad Civil. No obstante, se advierte que la tentativa de un delito puede producir un daño de naturaleza moral¹²⁶⁷, cuando

1264 Cfr., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C./ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Comentarios al Código Penal*, 2, cit., p. 768.

1265 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., ps. 307-320.

1266 Así, es de verse en la procedencia de los criterios de Oportunidad.

1267 ANTOLISEI apunta que el daño no patrimonial (o moral) es normalmente resarcible, al igual que el económico, mediante una indemnización pecuniaria que, sin embargo, no se orien-

la víctima estado a punto de ser eliminada o de ser secuestrada, la repercusión en la esfera psicológica en el sujeto pasivo es indudable. Se dice en la doctrina que todo dependerá de lo que los primeros pasos del *iter criminis* hayan podido llegar a constituir un ilícito civil que haya generado consecuencias dañosas que deben ser resarcidas¹²⁶⁸.

En palabras de PEÑA CABRERA, el hecho de que la reparación civil se determine conjuntamente con la pena no significa en modo alguno que a toda pena haya que anexársele una reparación civil, pues, no toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente¹²⁶⁹.

La denominada Responsabilidad Civil, que también es ventilada en el Proceso Penal requiere necesariamente de la verificación de un daño –susceptible de ser reparado–, importa un elemento nuclear de dicha imputación, un factor material cuya ausencia determina su exoneración.

La responsabilidad civil es propia de los delitos “de lesión”, que suponen un ataque consumado a los bienes protegidos. En cambio, la responsabilidad civil puede faltar en los delitos puramente “formales” o “de peligro”, o cuando la acción delictiva fue meramente intentada o incluso si quedo frustrada¹²⁷⁰. Así, RUIZ VADILLO, al citar las sentencias del STS, que declaran que la responsabilidad civil ha de operarse sobre realidades y no atendiendo a hipotéticas ganancias y futuros perjuicios¹²⁷¹.

En la ejecutoria recaída en el Exp. N° 1742-2000-Lima, se dice lo siguiente: “*Todo delito acarrea como consecuencia no sólo la pena, sino también da lugar al surgimiento de la responsabilidad civil por parte del autor, es así que en aquellos casos en que la conducta del agente produce daño, corresponde fijar junto a la pena el monto de reparación civil*”¹²⁷².

ta a la reintegración del patrimonio sino que pretende proporcionar al perjudicado una *satisfacción* que le compense el perjuicio sufrido; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 586; en la doctrina nacional ESPINOZA ESPINOZA apunta que dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extramatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”; *Derecho de la Responsabilidad Civil*, cit., ps. 227-228.

1268 VÁZQUEZ SOTELO, J. L.; *El ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal*, cit., p. 121.

1269 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 692.

1270 VÁZQUEZ SOTELO, J. L.; *El ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal*, cit., p. 120.

1271 RUIZ VADILLO, E.; *La Responsabilidad Civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal*, cit., p. 8.

1272 En: Jurisprudencia Penal. Taller de Dogmática Penal, cit., p. 327.

Debe decirse que la unidad de procesamiento de la acción penal y de la acción civil obedece sustancialmente a dos factores; el primero, en cuanto a la necesidad de cautelar la seguridad jurídica en el Sistema de Justicia, a efectos de evitar decisiones jurisdiccionales contradictorios sobre un mismo hecho y, lo segundo, llevado a un plano de economía procesal, de evitar el coste que resulta para la víctima incoar el amparo jurisdiccional de la Justicia Civil¹²⁷³. Son dos acciones emanadas del mismo hecho delictuoso, con prueba igual que deben ser resueltas por el mismo Juez¹²⁷⁴.

No es, entonces, que la acción civil que se tramite en el Proceso Penal adquiere cierta singularidad y especificidad que la distinga de un Responsabilidad Civil (Indemnización) Extra-contractual, conforme lo estipulado en el artículo 1969º del CC. No se ha construido normativamente (lege lata) una «Responsabilidad Civil» privativa del Derecho penal, sino que su aplicación se sostiene sobre los presupuestos que se reglan en el Derecho privado, con arreglo a lo previsto en el artículo 101º del CP. Y podría entenderse también, escribe VÁZQUEZ SOTELO en el sentido de que pudiese derivar de un mismo hecho un doble derecho al resarcimiento, uno por vía penal y otro por vía civil, como si el contenido del derecho a la reparación se transformase según que el hecho pudiese ser contemplado o no como delito¹²⁷⁵.

Los problemas relativos a la responsabilidad civil procedente del delito pertenecen, básicamente, al campo del derecho privado¹²⁷⁶.

En todo caso, pese a su naturaleza civil, el hecho de que se exija a través de un procedimiento penal y como consecuencia del enjuiciamiento de un delito, impone condicionamientos específicos que aconsejan una regulación especial¹²⁷⁷.

Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima, en su persona o en su patrimonio acota GARCÍA RADA. La sentencia debe repararlo: unas veces podrá devolverse la especie perteneciente a la víctima; otras no será posible como en las lesiones. Entonces procede disponer el pago de determina cantidad de dinero en concepto de indemnización por la lesión causada¹²⁷⁸.

1273 Vide, al respecto, RUIZ VADILLO, E.; *La Responsabilidad Civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal*, cit., p. 5.

1274 GARCÍA RADA, D.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 91.

1275 VÁZQUEZ SOTELO, J. L.; *El ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal*, cit., p. 125.

1276 CURY URZÚA, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 807.

1277 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Comentarios al Código Penal*, 2, cit., p. 768.

1278 GARCÍA RADA, D.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 91.

2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Corresponde analizar la figura de la responsabilidad extracontractual, que se regula en los artículos 1969º y ss. del CC, cuando aparecen daños como consecuencia de actuaciones no amparables en convenciones legales, susceptibles de ser reparados, tiene que ver con la responsabilidad civil, no olvidemos que mientras la Justicia Privada es compensatoria, la Justicia Penal es distributiva.

Cuando se causa un daño atribuible, la consecuencia de tal acción es que se debe responder, anota LÓPEZ HERRERA. La forma en que se responde es mediante el pago de una indemnización, la que en la mayoría de los casos consiste en el pago de una suma de dinero¹²⁷⁹.

El artículo antes invocado, señala a la letra que *aquel por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*

Se revelan, entonces, los siguientes elementos, para que pueda configurarse la figura de la responsabilidad extracontractual: la infracción de una norma de cuidado, la producción de un daño cuantificable económicamente y la atribución de imputación subjetiva a título de dolo o culpa, donde debe mediar una relación de riesgo entre la concreción del resultado lesivo con la conducta infractora de la norma, debiéndose descartar aquellos factores no imputables al agente, por ser imprevisibles e inevitables. Apareciendo en el artículo 1971º (in fine), una serie de causales que importan la improcedencia de la responsabilidad civil extracontractual, que si bien pueden haber causado un daño, por ende, en infracción de la norma, son lícitas, al ampararse en una causa de justificación, disponiendo el inc. 1) del articulado la causal del ejercicio regular de un derecho, en este caso podría ser el derecho a la información, siempre y cuando se verifique la concurrencia de ciertos presupuestos, de común idea con lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del CC (ejercicio abusivo de un derecho)¹²⁸⁰.

1279 LÓPEZ HERRERA, E.; *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 8.

1280 En la siguiente ejecutoria, se pone de relieve lo siguiente (Exp. N° 163-97 del 12 de junio de 1997): "(...) que si bien existe impunidad frente a los daños autorizados por ley, siendo una de las hipótesis para ello el ejercicio legítimo de un derecho de denunciar a quien creemos que ha causado un delito en nuestro perjuicio, siempre que ese ejercicio sea ejercido regularmente; (...) que la denuncia es indemnizable cuando el ejercicio del derecho a denunciar se hace irregular, el mismo que conforme lo previsto en el artículo mil novecientos ochentidós del Código Civil es irregular cuando se hace a sabiendas de la falsedad de las imputaciones o cuando no existía motivo razonable para denunciar; (...) que en el caso de autos habiendo existido otros procesos judiciales entre las partes originados del contrato de mutuo que la demandante suscribiera con el esposo de la demandada en la que ésta no interviniera acredita que los hechos expuestos por la demandada no eran

3. LOS FACTORES PERTURBADORES QUE ABONAN EN LA NATURALEZA «PENAL» DE LA REPARACIÓN CIVIL

Antes de entrar en detalle, hagamos un poco de historia, en cuanto al ingreso de la víctima al Sistema Penal. Según las aristas del modelo procesal Acusatorio antiguo, el ofendido era quien daba inicio a la persecución penal, es decir sobre aquél recaía la potestad de instar el Proceso Penal, conforme a una visión privada de la Justicia Penal. En tal entendido, se confundían y refundían las pretensiones punitivas y resarcitorias en una sola persona, desnaturalizando la esencia del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Un modelo así concebido generaba consecuencias indeseables, pues no siempre la víctima estaría interesada en promover la acción de la justicia, sea por desidia o por la procedencia de negocios oscuros; conforme a dicha estructura no podía garantizarse un sistema capaz de prevenir y sancionar adecuadamente los hechos «social y jurídicamente negativos». El acusador privado puede tomar lugar con arreglo a la descripción del «Querellante particular», tal como se ha esbozado según la particularidad del nuevo modelo procesal Acusatorio moderno, no como sujeto promotor de la acción penal pública, sino quien insta ante la jurisdicción la iniciación del procedimiento en aquellos delitos perseguibles por acción penal privada.

Con el florecimiento ideológico de la Ilustración y del Iluminismo, traído a más por la consolidación de los Estados como instituciones regentes y reguladoras de la vida comunitaria, se asienta la postura doctrinal, de que el Derecho penal y el Derecho penal procesal penal reposan en la soberanía estatal, en ese *ius imperium* que legitima al Estado para imponer penas a todos aquellos que desobedecen los mandatos y prohibiciones normativos, desencadenando una acción penal de orden pública en manos del juzgador. A partir de dicha consideración se edifica el modelo Inquisitivo, fuertemente apegado a una estimación monopolizadora del poder penal por parte del Estado, desde un aspecto sustantivo se justifica según la teoría Retributiva de la pena, donde la reacción punitiva importa en una respuesta monolítica ante todo hecho perturbador de los valores mínimos de convivencia social. Por consiguiente, la víctima es reemplazada, sustituida y relegada por el Sistema Penal en su conjunto.

El proceso inquisitivo desempeñó en ese sentido el papel de unos de los más poderosos medios de afianzamiento de la autoridad, como escribe Vasquez Rossi. Lo que se había iniciado en la Edad Media adquiere en la Modernidad su cabal culminación y encuentra plenitud lógica dentro del esquema estatal de las monarquías absolutas¹²⁸¹.

falsos y que sus motivos eran atendibles, aunque no ameritaran la existencia de un proceso penal en su contra (...).

1281 VASQUEZ ROSSI, J. E.; *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit., p. 130.

La creencia en que tanto la responsabilidad civil como la penal estaban presididas por un fin retributivo común favoreció la regulación de la responsabilidad privada, a falta de Código Civil, en el texto punitivo, escribe ROIG TORRES¹²⁸².

La Justicia Penal debe manifestar una actuación estatal contraria a la idea de venganza o de vindicta pública, el Derecho penal aparece como una manifestación razonada y ponderada de eliminar todo vestigio de violencia punitiva, que en rigor desborde los márgenes de humanidad y proporcionalidad que debe guardar los medios de control social en un orden democrático de derecho.

RUIZ VADILLO expone que las víctimas y los perjudicados por una infracción penal sienten, sin duda, el afán de justicia (y ojala que no sientan nunca el de venganza) pero también, y ello es humano, el deseo, que es también justicia, del inmediato resarcimiento económico¹²⁸³.

La entrada en vigencia del modelo Mixto, supuso el reconocimiento de una serie de derechos y garantías del imputado, quien deja de ser un *objeto de derechos*, para instituirse en un *sujeto de derechos*, definiendo la consagración de una serie de principios fundamentales. Es decir, el centro de atención habría de enfocarse en el imputado, en el agente agresor, la víctima, el ofendido es también dejado de lado, como si su derecho indemnizatorio fuese accesorio de la pretensión punitiva. Dicha degradación procesal, fue que años más tarde propulsará el desarrollo teórico de la «Victimología» y de la «Victidogmática»; el redescubrimiento de la víctima, en cuanto a su reivindicación por parte del Sistema Penal, que no es un protagonista casual en el hecho delictivo, sino que al verse afectada en sus bienes jurídicos fundamentales, tiene todo el derecho de ser resarcida y a su vez rehabilitada. La redefinición de los procesos de atribución de la etiqueta de "criminal" y el poder definitorio que decide el proceso de tipificación, incide también en la persona de la víctima, en los procesos de interacción social que producen el comportamiento "socialmente negativo"¹²⁸⁴.

El nuevo Sistema Procesal Penal que se avizora normativamente con el nuevo CPP, introduce el principio de «Debida Protección¹²⁸⁵», tal como se devela del Título V del Libro Segundo de la nueva codificación procesal. La tutela jurisdiccional efectiva, como principio «omnicomprensivo» y multiplicador de una serie de garantías para los sujetos procesales¹²⁸⁶, no puede ser entendido desde un plano reductor y parcial, en cuanto a la aplicación del *ius puniendi*

1282 ROIG TORRES, M.; *La Reparación del daño causado por el delito*, cit., p. 87.

1283 RUIZ VADILLO, E.; *La Responsabilidad Civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal*, cit., p. 2.

1284 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 445.

1285 Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., ps. 442-454.

1286 Artículo I del Título Preliminar del nuevo CPP.

estatal, de plataforma concretizadora del Derecho penal, sino como la vía legitimada por la cual las víctimas han de recibir una indemnización por el daño causado por el delito, de ser reivindicadas ante la sociedad y de ser el caso, de ser sometidas a un proceso de rehabilitación social, en aquellos delitos excesivamente violentos.

Conforme lo anotado, observamos que la actuación de la víctima, sea como sujeto ofendido o como «Actor Civil», cuenta con una serie de derechos y garantías en el Sistema Penal, que deben ser cabalmente respetados por los operadores jurídicos; empero, dicha reivindicación normativa no puede suponer de ningún modo que se trastoque la naturaleza de la «Reparación Civil», en mérito a orientaciones *punitivistas* y *retributivas*, que nada abonan en la consolidación de un Derecho penal democrático.

Habiendo planteado un estudio introductorio, hemos de pasar revista a aquellas posturas doctrinales que sostienen la naturaleza penal de la «Reparación Civil».

En la doctrina, se sostiene que los defensores de la naturaleza punitiva de la Reparación Civil, obedece a tres tipos de razones: el hecho de que la regulación de dicha obligación se halle ubicada en el Código Penal; el origen delictivo de la misma y la necesidad de que el Derecho Punitivo restaure la totalidad del orden jurídico perturbado por la infracción¹²⁸⁷.

Sobre el primer punto descrito, debe decirse lo siguiente: el ordenamiento jurídico tiene por principales características su unidad, plenitud y coherencia sistemática; cada esfera jurídica ha de regular las diversas situaciones humanas, conforme su naturaleza jurídica. Al Derecho privado le corresponde regular y normas aquellas consecuencias jurídicas que se derivan por efecto de una conducta humana que genera un daño en los intereses jurídicos de los ciudadanos; mientras que al Derecho penal se le asigna la prevención de los comportamientos más perturbadores de los valores elementales de la sociedad, cuando aparezca la culpabilidad del autor.

El hecho de que en el texto punitivo, se haya reglado lo concerniente a la «Responsabilidad Civil», en los artículos 92° al 101°, obedece a un planteamiento legislativo intra-normativo, de adecuar los conceptos privativos del Derecho civil al Derecho penal y, no a la inversa de crear normativamente una Reparación Civil en el Proceso Penal, distinta a la Indemnización extra-contractual contenida en el Código Civil.

1287 ROIG TORRES, M.; *La Reparación del daño causado por el delito*, cit., p. 91.

Como se señala en la doctrina, el primer argumento señalado es puramente formal, el encuadramiento sistemático de una norma no prejuzga en absoluto la naturaleza del contenido sustantivo de la misma¹²⁸⁸.

Debemos hacer hincapié que el legislador en esta proyección abrumadora de la política criminal, muchas veces incluye instituciones procesales y de ejecución penal a la codificación punitiva, lo cual no puede significar que ello las convierta en instituciones *sustantivas*.

La acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que el la circunstancia de ventilarse en este para nada afecta a las características que le son propias y específicas, hasta el punto de que si, por vía de posibilidad legal, se produce la correspondiente reserva ningún efecto debiera producirse en este orden de cosas¹²⁸⁹.

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito muchas veces no coincide con el sujeto perjudicado por los daños civiles; cuando se produce un robo de un vehículo, el chofer es quien fue objeto de violencia, mientras que la sustracción del bien tiene como sujeto ofendido al dueño del automóvil.

Conforme al segundo planteamiento, cabe decir que la Responsabilidad Civil que se encauza en el Proceso Penal tiene por origen un hecho delictuoso, un comportamiento humano (acción y/o omisión) constitutivo de un injusto penal, que a su vez debe haber lesionado la integridad de un bien jurídico. Sin embargo, dicho dato a saber no resulta fundamento valedero para sostener la pretendida *naturaleza penal* de la Reparación Civil, en la medida que constituyen ámbitos de responsabilidad *per se* independientes y autónomos¹²⁹⁰, cuyos criterios de imputación parten de variables distintas. Puede existir Responsabilidad Civil sin que exista Responsabilidad Penal¹²⁹¹, como es de verse de las diversas manifestaciones de «Responsabilidad Civil», que se han glosado en los artículos 1969º y ss. del CC; el hecho de que se produzca un daño por caída de un edificio, sin que medie una actuación dolosa y negligente, no desencadena Responsabilidad Penal. Así también, puede haber Responsabilidad Penal y no Responsabilidad Civil, precisamente porque el hecho luctuoso no ha propiciado

1288 ROIG TORRES, M.; *La Reparación del daño causado por el delito*, cit., ps. 91-92.

1289 RUIZ VADILLO, E.; *La Responsabilidad Civil derivada del delito...*, cit., p. 13; Así, Calderón, A./ Choclán Montalvo, J. C.; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 126; RIFÁ SOLER, J. M. y otros; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 57.

1290 Vide, al respecto, VÁZQUEZ SOTELLO, J. L.; *El ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal*, cit., p. 122.

1291 Así, RUIZ VADILLO, E.; *La Responsabilidad Civil derivada del delito...*, cit., p. 14.

un estado de lesión material a un bien jurídico, puede haber, entonces, delitos sin *daño civil*¹²⁹².

En tal entendido, el hecho de que la Responsabilidad Civil tenga como origen un evento delictuoso, no constituye elemento suficiente para abonar por su naturaleza penal, no se advierta interdependencia entre una y otra esfera de la juridicidad. La inclusión del derecho indemnizatorio en el Proceso Penal, obedece a motivos distintos, tal como se señaló líneas atrás, no es por tanto una acción *accesoria*, es plenamente independiente, a tal punto que puede ser encauzada en un proceso judicial autónomo del penal.

Recapitulando, diremos que una misma conducta puede en simultáneo ser un injusto penal y un injusto civil, en cuanto a su adecuación típica en ambos apartados legales, sin embargo la calificación de cada uno de ellos se construye a partir de elementos de diversa naturaleza.

Tercer elemento a saber, es el concerniente a la misión del *ius puniendi* estatal, de si a esta parcela del orden jurídico le corresponde asumir todas las consecuencias (jurídico-penales y jurídico-civiles) que se derivan del hecho delictuoso.

Es sabido que la misión fundamental del Derecho penal es la *protección preventiva de bienes jurídicos*, de restablecer la paz y seguridad jurídica alterada por la comisión del injusto penal, de garantizar una convivencia pacífica entre los comunitarios, reprimiendo con pena aquellas conductas de mayor perturbación, en cuanto a un ataque a los valores primordiales de la persona humana y de la sociedad.

La doctrina penal ha permanecido en un constante debate acerca de los fines de la pena y del Derecho penal, cuyo norte ha ido cambiando conforme la evolución del Estado y la sociedad. Conocemos que las primeras posturas apuntaban hacia un fin *retributivo*, donde la reacción penal tiene por fin erradicar todo viso de comportamiento delictivo sobre la faz de la tierra, es decir la pena se retrotrae al pasado sin reflexionar acerca de sus consecuencias de cara a futuro. Una visión así concebida deja de lado a la persona del sujeto infractor así como los compromisos con la sociedad, de evitar la reiteración de los llamados «comportamientos socialmente negativos». La pena de todos modos supone la retribución del Estado por el mal causado por el delito, de ahí que se diga que una cosa es la naturaleza de la pena y, otra muy distinta a que apunta la sanción punitiva.

Sin entrar mucho en detalle, resulta claro que mi posición es de asignar a la pena fines esencialmente *preventivos*, de sentar las bases de una sociedad

1292 Vide, al respecto, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 967-968; MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 620-621.

de incluidos, donde la sanción punitiva se destina a evitar que los asociados delincan en el presente y en el mañana, tanto desde la perspectiva *individualista* de la prevención especial positiva como desde un plano *colectivista* según la prevención general negativa; sin negar también la necesidad de reafirmar la defensa y confianza de la comunidad hacia el orden jurídico en términos de la prevención general positiva.

Dicho lo anterior, nos preguntamos lo siguiente ¿Es que acaso la Reparación de los daños causados por el delito se refunden en la idea de prevención del Derecho penal? En definitiva, la respuesta es negativa, la Reparación Civil de las consecuencias perjudiciales del hecho punible tiene que ver con la necesidad de reparar, resarcir aquellos daños que han sido causados de forma antijurídica, no se dirige a ejercer una comunicación disuasiva a los comunitarios ni de rehabilitar a quien cometió la conducta antinormativa; máxime, si la Responsabilidad Civil puede recaer sobre personas (naturales o jurídicas) que no intervinieron en la conducta constitutiva de infracción de la normativa-civil.

La Responsabilidad Civil cumple una función *compensatoria*, con esta función el derecho e la responsabilidad civil interviene después (*ex post*) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas a su estado anterior (*ex ante*)¹²⁹³.

En la ejecutoria recaída en la Ejecutoria Suprema en el Exp. N° 268-2000, se expone lo siguiente: "*Que el monto de la reparación civil debe estar en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados, debiendo existir proporcionalidad entre estos y el monto que por dicho concepto se fija, que la indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo a lo establecido por el artículo noventa y tres y artículo ciento uno del Código Penal*"¹²⁹⁴.

No se puede hablar de una posibilidad de *resarcimiento y/o de reparación*, ante la naturaleza de los bienes jurídicos de naturaleza penal; el homicidio que priva del elemento vital que es la vida así como la integridad sexual del menor que es ultrajado no pueden ser restaurados a su estado anterior a la comisión del hecho delictuoso, simplemente ello es fáctica y jurídicamente imposible. En cambio, la pérdida del patrimonio de un negocio jurídico, los daños provocados a un bien mueble si pueden ser resarcidos, reparados e inclusive restaurados a su estado anterior. Máxime, si los elementos intrínsecos de la Reparación Civil, son el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, sólo éste último puede tener cabida en ciertos eventos penalmente antijurídicos, cuyo fin axiológico no se corresponde con la naturaleza reparadora sino más bien *compensatoria*.

1293 LÓPEZ HERRERA, E.; *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 41.

1294 En: Jurisprudencia Penal. Taller de Dogmática Penal, cit., p. 316.

El denominado daño criminal y el daño civil constituyen, (...), dos círculos secantes, que si en algunos casos coinciden, según sucede normalmente en los delitos contra el patrimonio, en otros casos coinciden sólo en parte o no coinciden en absoluto, dice Antolisei¹²⁹⁵.

Como bien apunta HIRSH, la Reparación no representa ni una sanción penal ni una consecuencia jurídico-penal independiente, ni algo similar¹²⁹⁶, sólo provoca un efecto mediato a favor del ofendido, esto es, la imposición de una suma dineraria por concepto de Reparación Civil¹²⁹⁷. La pena se dirige esencialmente a la tutela de un interés público o social, mientras que el resarcimiento se orienta a la tutela de un interés privado¹²⁹⁸.

La Reparación Civil no constituye pues un nuevo fin del Derecho penal (*ein dritter Zweck*¹²⁹⁹), sino que se muestra como una acción que se refunde en el Proceso Penal amen de instaurar en dicho procedimiento un concepto lato de lo que debemos considerar por «tutela jurisdiccional efectiva», en cuanto al legítimo derecho de las víctimas de ser resarcidas por los daños causados por la conducta criminal.

El Derecho Penal, configurado como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, tiene por objeto los ataques más graves contra los bienes más importantes para el desenvolvimiento de la vida social. Los demás efectos que puedan derivar del hecho delictivo, es decir, la lesión de otros intereses jurídicos, deberán enjuiciarse conforme a las diferentes ramas del ordenamiento jurídico que los regulen –Derecho Civil, Derecho Administrativo, etc.–¹³⁰⁰.

4. EL DAÑO COMO LESIÓN REAL Y CONCRETA Y LAS PRESCRIPCIONES NORMATIVAS APLICABLES

Como bien explica VÁZQUEZ SOTELO, el daño o perjuicio (que son conceptos equivalentes) para que sea resarcible es preciso que sea un *daño real o actual* y no meramente hipotético o posible, es decir, ha de ser un *daño causado*, y debe ser un *daño directo*, es decir, derivado inmediatamente del hecho delictivo y que tenga en él la única causa de producción¹³⁰¹. Por eso podemos decir, que el daño es el centro de gravedad y primer elemento de la responsabilidad civil

1295 ANTOLISEI, F.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 589.

1296 HIRSH, H. J.; *Acerca de la posición de la víctima*. En: *Derecho Penal. Obras completas – Libro Homenaje*, T. III, cit., p. 179.

1297 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 446.

1298 ANTOLISEI, F.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 587.

1299 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 447.

1300 ROIG TORRES, M.; *La Reparación del daño causado por el delito*, cit., p. 99.

1301 VÁZQUEZ SOTELO, J. L.; *El ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal*, cit., p. 150.

(...)¹³⁰²; (...) sólo habrá lugar a declarar responsabilidad civil cuando nos encontremos ante una infracción que produzca daños, y la reparación, sea *in natura* o se convierta en indemnización, debe ser íntegra¹³⁰³ (...).

Si es que el actor civil renuncia a la calidad de «Parte o Actor Civil» en el decurso del Proceso Penal, se encuentra plenamente legitimado para interponer la acción de Indemnización Extra-contractual en la vía privada. Por consiguiente, nos preguntamos: ¿Si algún juez civil pueda determinar la procedencia de dicha petición, cuando el actor no acredita la causación antijurídica de un daño en la esfera de sus bienes jurídicos? Por supuesto que no, tanto por aspectos legales como probatorios¹³⁰⁴, de manera que no nos explicamos como en el Proceso Penal sí podría obtener una Reparación Civil, no obstante que la conducta delictiva no causó daño alguno, al tratarse de un delito de *peligro abstracto*. No estamos frente a una tentativa de homicidio o de secuestro, donde sí podría admitirse la procedencia de la indemnización al existir un daño moral evidente, sino ante la tenencia ilegal de armas por ejemplo.

Asimismo, cabe agregar que la prescripción de la acción civil se determina conforme a las normas del Derecho privado, cuestión distinta es que ésta ya no pueda perseguirse en el Proceso Penal al haberse extinguido la acción penal, tal como se colige del artículo 100º del CP.

Siguiendo la línea argumental esbozada, estimamos que resulta –fáctica y jurídicamente–, improcedente la imposición de una condena de Reparación Civil ante hechos delictivos, cuya entidad sustantiva no supone la exteriorización de un daño susceptible de ser resarcido, es decir es inconsistente jurídicamente insistir en una indemnización en mérito a la producción de un delito de *peligro abstracto*, dicho en otros términos: no se cumplen a cabalidad con los presupuestos exigibles para la configuración de dicha responsabilidad, conforme la normativa del Derecho privado.

Como bien se expone en la doctrina, (...) la responsabilidad civil no resulta inherente mas que a los delitos de lesión con resultado material, en que se hayan producido daños o perjuicios resarcibles a través del cauce del proceso seguido para la determinación de la responsabilidad penal¹³⁰⁵.

Importa una obligación extra-contractual, propiciando consecuencias distintas a las jurídico-penales; es en tal mérito que rechazamos la postura que

1302 LÓPEZ HERRERA, E.; *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 119.

1303 DE FUENTES BARDAJÍ, J.; *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, T. I, cit., p. 233.

1304 Así, el artículo 196º del CPC.

1305 CALDERÓN, A./ CHOCLÁN MONTALVO, J.C.; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 126; Así, RIFA SOLER, J. M. y otros; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 57; de otra postura, CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN y otro; *Comentarios al Código Penal*, 2, cit., p. 769.

indica al pago de la Reparación Civil como una regla de conducta, sea en el marco de los Sustitutivos Penales o en el ámbito de los Beneficios Penitenciarios. Cuando se deniega la procedencia de la Libertad Condicional por ejemplo, por no haberse cumplido con abonar el íntegro de la Indemnización ex –delicto, se vulnera la proscripción constitucional de prisión por deudas.

En el precedente vinculante emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema recaída en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, Fundamento 10, se dice puntualmente lo siguiente: "(...). Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el que recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados".

Según la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Civil (extra-contratual), los daños susceptibles de ser reparados pueden ser vistos desde una consideración material, dígase física, v.gr., el daño causado en la integridad de un bien mueble por un incendio, el desperfecto de un vehículo, etc.; por otro lado, aparecen daños inmateriales, espiritualizados, morales, que toman lugar desde el plano psicológico de la persona humana. Así, el artículo 1984° del CC, al sostener que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

En la doctrina civilista, se define al daño moral como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial¹³⁰⁶. Mientras que en la ejecutoria recaída en la CAS N° 949-95-Arequipa, se expresa lo siguiente: "*Que si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual*".

Los daños morales son los únicos que pueden encontrarse en este rubro, que pueden tomar lugar en el ámbito del delito tentado, en acciones delictivas violentas donde pueden producirse daños psíquicos de consideración en la víctima, como una tentativa de violación.

Empero, cuestión distinta ha de verse en el caso de los delitos de peligro, pues bajo esta hipótesis no existen víctimas identificables, el sujeto pasi-

1306 LÓPEZ HERRERA, R.; *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 168.

vo es la sociedad en su conjunto al tutelarse un bien jurídico *supraindividual*. ¿Cómo podría estimarse, cuantificarse y acreditarse daños *inmateriales* en sujetos abstractos e indeterminados? Es un total despropósito, pretender decir que en los delitos de peligro se adviertan daños no patrimoniales dignos de ser resarcidos.

Se dice luego en el precedente vinculado citado, que "(...) *se produce una alteración del ordenamiento jurídico, con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal —que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual—* (...)".

Sin duda, toda infracción delictiva como generadora de una perturbación social significativa, produce una alarma social y una afectación a un bien jurídico, en el caso de los delitos de peligro abstracto como la Conducción bajo la influencia del alcohol y sustancias psicotrópicas¹³⁰⁷. Importa una lesión a normas, a entidades abstractas, mas ello no justifica la reacción punitiva, lo que sustenta la pena es la lesión de bienes jurídicos. Lo dicho es únicamente en lo que respecta a la Responsabilidad Penal, la Responsabilidad Civil, como se ha venido sosteniendo, sólo ha justificarse cuando se exteriorice una conducta productora de un daño susceptible de ser resarcible, la infracción estrictamente normativa no resulta un dato suficiente a saber, para legitimar el derecho reparador del Derecho privado.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO PROBATORIO

Es sabido que quien alega ciertos hechos, quien propone en su escrito de demanda aseveraciones y/o proposiciones fácticas tiene el deber de probarlos, es decir la carga de la prueba que recae sobre el demandante o quien en su escrito de demanda propone aseveraciones fácticas contrapuestas a las del demandante (reconvención), tal como se desprende del artículo 196° del CPC.

Dicho lo anterior, aparece una exigencia probatoria imposible de eludir, por quien pretende que el órgano jurisdiccional le ampare un derecho subjetivo, igual ha de suceder en el Proceso Penal, sea por la propia petición del sujeto damnificado (agraviado) o por el representante del Ministerio Público, al solicitar una suma determinada de dinero por concepto de Reparación Civil.

A la par que la *pretensión punitiva*, cuando el persecutor público asevera en su Teoría del Caso que la conducta atribuida al imputado se ajusta plenamente a los alcances normativos de un tipo penal, mediando la sustentación

1307 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, ps. 525-550.

de una serie de proposiciones fácticas así como los factores a tener en cuenta en la determinación judicial de la pena, la *pretensión resarcitoria* requiere también que los aspectos que la comprenden estén debidamente individualizados y cuantificados, a partir de una valoración que ha de tomar lugar de forma independiente.

A efectos de una adecuada reparación civil, el demandante debe individualizar y fundamentar exactamente los daños de los cuales está solicitando indemnización, asevera con corrección ESPINOZA ESPINOZA¹³⁰⁸.

El artículo 93º del CP, dispone que la Reparación comprenda la restitución del bien o, si no es posible el pago del valor del bien y la indemnización de los daños y perjuicios; este último apartado a su vez refunde lo que se conoce como Daño Emergente, Lucro Cesante y el Daño Moral. Así, el CC, al señalar que la indemnización comprende la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

Conforme lo anotado, cada uno de dichos aspectos ha de estar debidamente sustentado, tanto con respecto a los hechos como del Derecho, mediando una debida valoración, pues el juzgador en su decisión deberá justificar el porque la suma es o no proporcional a cada uno de dichos aspectos. Ello, a efectos de una correcta administración de justicia en beneficio de las partes y de la misma sociedad, anota ESPINOZA ESPINOZA. Una cosa es que el juez, en virtud del aforismo *iura novit curia*, aplique el derecho que corresponda y otra bien distinta es que se convierta en adivino de las pretensiones de las partes en el proceso¹³⁰⁹.

Siguiendo la línea argumental esbozada, la pretensión *resarcitoria* que se pretenda incoar ante una causal penal seguida por un delito de *peligro abstracto*, obliga al peticionante fijar con exactitud en que se basa el *daño moral*, pues éste sería el único que se podría invocar bajo esta hipótesis. Para ello, se debe tener en cuenta que el agraviado es el colectivo social, víctimas indeterminadas, lo que dificulta tremendamente dicha tarea.

Consecuentemente, no resulta suficiente con sostener la posibilidad resarcitoria en los delitos de *peligro abstracto*, sino que se debe señalar con corrección como debe plantearse dicha *pretensión*, que en puridad resulta inaplicable según los principios y criterios fundamentales que explican la Responsabilidad Civil, según el Derecho positivo vigente.

1308 ESPINOZA ESPINOZA, J.; *Derecho de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 254.

1309 ESPINOZA ESPINOZA, J.; *Derecho de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 254.

6. EL CONDICIONAMIENTO DE LA REPARACIÓN CIVIL A LA ACREDITACIÓN DE UN INJUSTO

Conforme lo hemos venido sosteniendo —en la presente monografía—, la inclusión de la «Reparación Civil», en el marco del procedimiento penal, obedece a dos factores a saber: —primero, por razones de seguridad jurídica, en pos de evitar resoluciones jurisdiccionales contradictorias, sobre un mismo hecho; y, segundo, por motivos de economía procesal, evitando así el costo que supone para el ofendido, acudir a la tutela jurisdiccional efectiva en la vía civil.

Dicho lo anterior, tenemos que la acción civil, que es tramita en el decurso del Proceso Penal, conserva su naturaleza jurídica (*civil*); el hecho de que sea incoada en un procesamiento privado, no puede hacer pensar lo contrario; por tales motivos, ha de rechazarse aquellas posturas, encaminadas a revestir de dicha acción, de un revestimiento punitivo.

La indemnización extra-contractual, que viene a llamarse Reparación Civil en el Proceso Penal, no es una tercera vía de la sanción punitiva, no apunta a reforzar los fines preventivos de la pena; su objetivo es netamente indemnizatorio, en cuanto a la reparación de los daños causados, como consecuencia de los efectos perjudiciales de la perpetración del hecho punible.

Siendo así, debe señalarse, en rigor, que los criterios de imputación jurídico-penal, son en esencia, distintos, a los que se desprenden de la imputación jurídico-civil; es a partir de dicha inferencia jurídica, que no resulta aconsejable ni correcto, asumir la postura de la «unidad en el ordenamiento jurídico», en el sentido de que lo reprobable penalmente, debe ser necesariamente reprobable civilmente y viceversa; en tal entendido, aquella conducta que no sea constitutivo de un injusto penal, sí puede ser reputado como una infracción normativa de índole civil.

Si bien la categoría de la «antijuridicidad», resulta identificable en todas las parcelas del ordenamiento jurídico, cada una presenta sus propias aristas y variables de imputación; en el caso del Derecho penal, sólo puede ser autor, aquel que con su proceder antijurídico, ha lesionado o puesto en peligro, un bien jurídico —penalmente tutelado—; en cambio en el Derecho civil, puede asumir responsabilidad aquel que no ha intervenido material (normativamente), en la perpetración de la conducta generadora del daño; quiere decir esto, que mientras la responsabilidad penal es personal e intransferible, todo lo contrario, aparece en el caso de la responsabilidad civil, que inclusive puede ser “solidaria”, tal como se desprende de los artículos 1975° al 1983° del CC.

Se decía, que no hay un ilícito civil ni otro penal: el ilícito es uno solo. Tanto es así que cuando un deudor no cumple la obligación civil asumida, su

actitud vulnera el Derecho tan parejamente como el comportamiento de quien mata a su padre¹³¹⁰.

Las diferencias entre unas y otras -anota BUSTOS RAMÍREZ-, no pueden buscarse en la antijuridicidad, ya que la ilicitud es una sola dentro de todo derecho y, por tanto, no hay una diferencia cualitativa entre la antijuridicidad civil y penal, sino en razón de criterios político-criminales que llevan a la tipificación penal de ciertos ilícitos, lo que justamente resulta del carácter de *última ratio* y fragmentario del derecho penal¹³¹¹.

A nuestro entender, la regla invocada, no resulta de aplicación universal, no siempre un hecho penalmente justificado va a traer como consecuencia la exención de responsabilidad civil, del sujeto infractor; puede que las consecuencias de la acción justificada, afecten derechos subjetivos de terceros no comprendidos en el conflicto penal, que en realidad, no tienen porqué verse desprotegidos por el ordenamiento jurídico, en específico, por el Derecho civil; v.gr., quien a fin de repeler una agresión ilegítima (Legítima Defensa), golpea con un jarrón chino costoso, al agresor ilegítimo, que pertenece a una persona no involucrada en el suceso delictivo. Si bien su acción es justificada por el Derecho penal, no resulta lógico, que el dueño del jarrón no puede ser objeto de resarcimiento por el daño causado a su patrimonio.

Asimismo, a la inversa, a pesar de acreditar un injusto (de la acción o del resultado), no siempre implicará la concurrencia de responsabilidad civil, es el caso de algunos delitos o de formas imperfectas de ejecución. La clave de la bóveda, apunta ANTÓN ONECA, está en que no todo delito da lugar a responsabilidad civil, sino aquellos que producen un daño reparable¹³¹², la existencia del daño se somete entonces a la certidumbre, es decir, debe haberse generado una modificación en el mundo exterior, ora en la integridad psicosomática del afectado, ora en un determinado bien (mueble o inmueble)¹³¹³.

La pena debe ser reservada para aquellas conductas que no llegan a esta calificación, por no ser portadoras de una intensidad de amenaza suficiente. Sin embargo, esta calificación sea legal o interpretativa, no nos puede forzar a la afirmación de licitud desde otros ámbitos de la juridicidad. Por consiguiente, lo que es lícito en el Derecho penal, no necesariamente debe serlo en las otras ramas del ordenamiento jurídico; (...) tal unidad en modo alguno se puede predicar cuando el hecho típico no es antijurídico, pues entonces sería desconocer

1310 PEÑA CABRERA, R.; op. cit.

1311 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 416.

1312 ANTÓN ONECA; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 692.

1313 Así, Carlos Alberto GHERSI; *Teoría General de la Reparación de Daños*. 2da. Edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1999, cit., p. 61.

el carácter subsidiario del Derecho penal y que en todo el ordenamiento jurídico existen diversas y múltiples sanciones (civiles, administrativas, policiales, etc.) que precisamente se aplican de forma general y ordinaria, cuyos presupuestos son totalmente diferentes a los de la sanción penal, pues respecto de ellos no se exigen las garantías que son indispensables en el campo del Derecho penal, como por ejemplo el principio de legalidad de los delitos y las penas, precisamente porque en este ámbito está en cuestión la base del sistema democrático, esto es, la relación entre ciudadano y Estado¹³¹⁴.

La línea argumental esbozada, la podemos contrastar positivamente, cuando el nuevo CPP, dispone en el artículo 12.3 lo siguiente: "*La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda*"; de la normativa se colige, que el hecho de que la causa haya prescrito o se haya declarada Fundada una Excepción de Improcedencia de Acción, no enerva la facultad del juzgador, de pronunciarse acerca de la responsabilidad civil, remitiéndose para ello, a los criterios de imputación que se han glosado en el CC.

7. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Los factores que inciden en la imputación delictiva, son de naturaleza estrictamente personal, conforme a las categorías dogmáticas de la capacidad de acción, la imputación individual (responsabilidad), así como la necesidad de pena, de común idea con lo glosado en el artículo 26º del CP, no pueden trasladarse sin mas a sujetos ajenos a la participación delictiva. En el caso de los partícipes, las incidencias jurídicas de las causas de justificación que concurren en el autor, sí les resulta aplicable, en mérito al principio de «Accesoriedad Limitada».

En el caso de la responsabilidad civil, la situación corre una suerte distinta; puede también extenderse la responsabilidad civil a terceras personas que no han participado mediante aportación delictiva alguna en la comisión del hecho punible objeto de persecución penal, sin que ello suponga vulnerar el principio penal de la responsabilidad individual; la responsabilidad directa del pago de la indemnización pecuniaria corre a cargo del imputado y, la indirecta a cargo del tercero civilmente responsable.

DEL VALLE RANDICH, apunta que el que responde por la reparación civil es el mismo autor del delito se la llama a este tipo de responsabilidad: directa; pero no siempre son ellos los que pagan el monto de la reparación, sino que existen terceras personas quienes, sin haber participado en el hecho criminoso, están

1314 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Antijuricidad y causas de justificación*, cit., p. 36.

obligados al pago de la reparación civil por el daño que se ocasione, sea porque el delito o la culpa, han sido producidos, por incapaz (art. 1142 y 1143 del C.C.) en cuyo caso el padre, en su defecto madre, tutor o el curador, son responsables por los daños que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda o dependencia, en todos estos responden por los daños que irroguen (*culpa in vigilando, in eligendo*) o por responsabilidad por riesgo (*culpa in custodio*), art. 1145 i 1146 del C.C., a este sistema de responsabilidad se le llama: indirecta.

La responsabilidad del tercero que no es penalmente responsable, se deriva de una serie de relaciones de garantía de carácter institucional, que supone la atribución de determinada responsabilidad por la generación de hechos de un tercero, con el cual se mantiene un determinado vínculo legal o contractual, son los que de acuerdo con la ley civil están obligados al resarcimiento (la llamada responsabilidad civil *extra delicto*), o sea, todas aquellas personas que sin haber concurrido a la realización del hecho punible deben asumir dicha carga por sus relaciones con el acto delictivo o con el autor de la transgresión a la ley penal¹³¹⁵.

El nuevo CPP, establece en el artículo 111°, que *las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil.*

Será el actor civil, el más interesado, en hacer ingresar al proceso, «al tercero civil», a fin de que se garantice la efectiva prestación de la obligación indemnizatoria; máxime, si el imputado, no cuenta con recursos económicos suficientes; cabe precisar al respecto, que el tercero civil, cuente también con ciertos derechos y garantías, a efectos de defender sus intereses patrimoniales. Así, también, que la obligación resarcitoria en contra el tercero civil, contendía en la sentencia condenatoria, puede efectivizarse aún estando aquel en un rebeldía o falta de apersonamiento¹³¹⁶.

Al respecto, vemos que el artículo 95° del CP, estipula normativamente, que *la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.*

Estas terceras personas se encuentran relacionadas con el imputado en razón de determinados vínculos, sea por cuestiones legales, laborales o de parentesco; así el padre o el tutor de un sujeto privado de discernimiento, deberá responder con su patrimonio por los daños causados por el delito.

GARCÍA RADA, clasifica la responsabilidad nacida de la ley civil de la siguiente manera: a) la responsabilidad de los padres, tutores y curadores por los

1315 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 782.

1316 Artículo 113°.

actos que cometan sus hijos menores, sus pupilos o los mayores sometidos a curatela; b) la responsabilidad de los patronos por los actos ilícitos cometidos por quienes se encuentran bajo su inmediata dependencia como son sus servidores; c) responsabilidad del propietario del vehículo por los hechos practicados por el conductor al conducir el vehículo que le ha entregado.

A la clasificación mencionada, habría que agregar la responsabilidad de la persona jurídica ante hechos punibles cometidos por sus órganos representantes; si bien es claro que la responsabilidad penal exige la presencia de un sujeto con capacidad de acción y con culpabilidad, aquello no es extensible al campo jurídico-civil que estructura la responsabilidad en base a categorías conceptuales marcadamente diferentes a la jurídico-penal, en síntesis para adquirir esta cualidad procesal se necesita únicamente poseer capacidad civil; un ejemplo sería la responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas propietarios de vehículos susceptibles de generar riesgos no permitidos, en el ámbito del tráfico varios son donde acaecen en muchas oportunidades los accidentes de tránsito, que pueden llevar consigo resultados fatales: muerte o graves lesiones en las personas. Si bien sus dependientes son los que con su acción pueden generar riesgos no permitidos en inobservancia de las reglas de tránsito, son los autores directos, estos terceros serán responsables civiles subsidiarios.

Al «tercero civil responsable», le alcanza en cuanto los bienes del imputado no sean suficientes para el pago de la reparación civil, primero se gravan los bienes del imputado y si estos no son suficientes se procede a gravar los del tercero civil responsable, quedando siempre el derecho de repetir por lo pagado.

El Tercero Civil Responsable, puede ser también una persona jurídica, la *societas*, cuando aquélla fue instrumentalizada para la perpetración del hecho punible, por quienes ejercen el dominio de sus órganos de representación; pudiéndose presentar, también, la figura de la empresa como «sujeto de imputación» de las Consecuencias Accesorias, contenidas en el artículo 105° del CP, asumiendo una posición de naturaleza dual, para lo cual se le deberá garantizar a la persona jurídica, el debido proceso así como el abanico de garantías que se comprenden en el modelo acusatorio.

8. EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

El artículo 93° del CP, dispone a la letra que: la reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y,
2. La indemnización de los daños y perjuicios.

Conforme lo argumentado, –líneas atrás–, presupuesto y/o requisito indispensable, para que el juzgador pueda fijar una suma dineraria, por concepto de

Reparación Civil, es que se haya producido un daño cierto, objetivo y determinable, en cuanto a una afectación a la integridad u intangibilidad del bien jurídico, que tiene a la víctima como titular.

La aplicación de una u otra modalidad comprendida en el articulado, dependerá del caso concreto, puesto que no necesariamente se aplican ambas; la restitución del bien, sólo resultara factible en delitos que atentan el patrimonio privado o del erario público.

Conforme lo anotado, para determinar la amplitud de cada una de las modalidades descritas, habrá que hacer un análisis pormenorizado de cada una de ellas, para lo cual habrá que remitirse a las fuentes del Derecho civil:

a. La Restitución del Bien

El cometido esencial es de reponer la situación de las cosas, al estado anterior de la comisión del hecho punible.

Modalidad de reparación, que por su singular naturaleza, únicamente resultará aplicable en el caso de bienes patrimoniales, no fungibles; de los cuales, el uso y/o empleo que se hace de ellos, si bien puede depreciar su valor en el mercado, su funcionalidad operativa se mantiene, a menos que se produzca una destrucción parcial o total del bien.

En ese sentido, la obligación puede proyectarse ya sea sobre bienes muebles (por ejemplo, que han sido hurtados) así sobre inmuebles (por ejemplo, que han sido usurpados)¹³¹⁷.

En definitiva, los bienes jurídicos personalísimos, aquellos que se comprenden en el núcleo duro del Derecho penal, no pueden ser objeto de restitución, puesto que por su calidad y naturaleza, marcan un sustento distinto a los objetos patrimoniales.

La restitución del bien, importa entonces un hecho real, que implica un análisis meramente objetivo, en cuanto a la devolución de un bien, por parte de quien lo detenta de forma ilícita, como será en el caso de los delitos de hurto, robo, apropiación ilícita, estafa; etc.; en el de daños, no será ello factible, en tanto el bien ha sido destruido en su integridad, no obstante, la devolución puede suponer la entrega de un bien de semejante naturaleza y funcionalidad.

En el caso que sea un tercero quien ha adquirido legalmente el bien, es decir, de buena fe y a título oneroso, y éste ha sido considerado como tercero civil responsable en el Proceso Penal correspondiente, deberá entregar el bien,

1317 QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 670.

pero tendrá derecho de repetición contra quien corresponda¹³¹⁸, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 94º del CP¹³¹⁹; de forma contraria, quien adquiere un bien a sabiendas que es procedente de acto delictivo, no tendrá protección alguna por el derecho, más bien resulta pasible de ser denunciado penalmente por el delito de receptación.

En muchas ocasiones, la restitución no será suficiente para reparar el daño causado, puesto que la sustracción que ha sido objeto su titular, puede haber generado determinados daños o perjuicios, por lo que deberá aplicarse el concepto, de «indemnización de daños y perjuicios».

Ante la imposibilidad de poder restituir el bien, deberá pagar el valor del bien, y en este caso, el juzgador deberá realizar no sólo una estimación cuantitativa -en referencia a su valor actual en el mercado-, sino también, una estimación cualitativa, en razón a la magnitud de afectación subjetiva, que ha producido en el titular la pérdida de dicho bien.

Pagar el valor del bien ya no importa propiamente la restitución del bien, más bien es una clara expresión indemnizatoria o una reparación, máxime cuando el abono del valor del bien deberá ir acompañado con el abono de los deterioros y menoscabos que haya sufrido el bien¹³²⁰, por lo que es evidente que se trata de una verdadera indemnización.

En el caso de los frutos y las mejoras que hubiese podido modificar el bien originario, habrá que remitirse a las normas del CC; *prima facie* habrá que apuntar, que *únicamente el poseedor de buena fe tendrá derecho al pago del valor actual de las mejoras, únicamente útiles y necesarias que existan al momento de la restitución y a retirar las de recreo que puedan repararse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual* (artículo 917º del CC). *Si las mejoras fueron realizadas cuando el poseedor ya sabía de la procedencia delictuosa del bien, no será aplicable lo anteriormente señalado. En lo referente a los frutos, el tercero adquirente de buena fe, podrá hacer suyos los frutos naturales, industriales y civiles, sin perjuicio de los derechos adquiridos* (artículo 892º del CC).

1318 El artículo 2014º del CC, consagra el principio de fe pública registral, que dispone lo siguiente: *"El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos"*.

1319 Este artículo dispone que: *"La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda"*.

1320 Así, ALASTUEY DOBÓN, M. C.; *Los Consecuencias Jurídicas del Nuevo Código Penal Español*. cit., p. 480; aunque, en el caso español, el derecho positivo vigente lo establece taxativamente (artículo 111 del C.P. español).

Sin necesidad de haberse pronunciado previamente, la sentencia de condena, el texto punitivo, contempla la posibilidad -vía medida cautelar precautoria-, se proceda a incautar determinados bienes de naturaleza presuntamente delictiva; así es de verse, en es el caso de los delitos contra los derechos intelectuales, el artículo 221° del CP, dispone normativamente, que *se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde se estuviere cometiendo el ilícito penal. En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares ilícitos podrán ser entregados al titular del derecho vulnerado o a una institución adecuada. La entrega, dice el articulado, no tendrá carácter indemnizatorio*¹³²¹; no importa, por tanto, es una medida cautelar destinada a garantizar el pago de la reparación civil, sino es más bien un decomiso, destinado a neutralizar los efectos criminógenos del delito. De igual forma procede en el caso de los delitos contra el patrimonio cultural (artículo 231° del CP).

b. La Indemnización de Daños y Perjuicios

Sobre el tema en cuestión, se debe señalar lo siguiente: el Código Civil recoge dos clases de responsabilidad civil, en cuanto al daño privado susceptible de reparación, la Responsabilidad contractual, la que se origina de un contrato, de un vínculo jurídico anterior, derivada del incumplimiento de un contrato y la Responsabilidad extracontractual, que tiene su origen en la Ley, esto es, no se reconoce vínculo jurídico anterior y, nace porque el agente deudor ha contravenido la legalidad.

Debiéndose recalcar, que los daños y perjuicios que debe responder el deudor por concepto de responsabilidad contractual, son aquellos que fueron previstos o que pudieron preverse al momento de constituir la obligación, por lo que son producto de un Incumplimiento de una de las partes, a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve, tal como se desprende del artículo 1314° del Código Sustantivo, debe ser un incumplimiento defectuoso, parcial o tardío.

No existe en realidad una frontera claramente delimitable entre la Responsabilidad contractual y la Responsabilidad extra-contractual, pues subyace una zona intermedia, que tiene por origen una relación contractual, pero que se basa en la violación de un deber genérico de no causar a daño a otro, que ingresaría al radio de acción de la Responsabilidad extra-contractual.

1321 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 126-131.

El artículo 1969° del CC, dispone que *aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*

La intensidad de la conducta delictiva -en este rubro-, se mide conforme al grado de afectación al bien jurídico tutelado, como presupuesto de punición y como generador de una obligación-jurídica indemnizatoria.

Dicho lo anterior, habrá que destacar, que para que subsista el régimen indemnizatorio se necesita la concurrencia de los siguientes elementos: -La generación de un riesgo *jurídicamente desaprobado, susceptible de causar efectivamente un daño en la esfera de intangibilidad del bien jurídico tutelado, un daño que debe ser cuantificado en términos dinerarios, tanto en su especie como en su cantidad; asimismo, debe verificarse una relación normativa, entre el proceder antijurídico atribuido al autor con los efectos perjudiciales, de que el resultado lesivo sea consecuencia directa del proceder conductivo del agente; a su vez, deben también acreditarse lo presupuestos que sostienen la imputación por daños y perjuicios, según lo previsto en el CC; primero, que se haya realizado una conducta en franca contravención al orden jurídico, segundo, que dicha conducta haya sido cometida a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve, como elemento de factor subjetivo, que impulsa la actuación defectuosa del sujeto infractor, tercero, que se haya producido un daño, susceptible de ser resarcido y que dicho perjuicio no sea consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor o un evento extraordinario imputable a un tercero y cuarto, que la causación del daño sea consecuencia directa de la conducta provocada por el agente (relación normativa) y, no por factores causales concomitantes y/o sobrevivientes.*

Es de verse, que el daño producido, trae como consecuencia un perjuicio; no basta pues, con la mera restitución del bien -en los casos que esto sea posible-, en tanto el haber despojado del bien de su titular, ha provocado una frustración de una serie de expectativas que tenía en relación con el uso, usufructo, enajenación del bien, etc.

La situación en daños a la persona, resultan -en realidad-, más difíciles de resolver en la práctica; las lesiones inferidas a un sujeto que se gana la vida en base a un ejercicio físico; vg.r., como, los deportistas, el taxista, el albañil, etc.; en aquéllos, no bastará su recuperación fisiológica, sino de algún modo el perjuicio se extiende a la imposibilidad de seguir sufragando sus gastos más elementales, conforme a la actividad, que usualmente están acostumbrados a efectuar; máxime, cuando las lesiones graves inferidas, han ocasionado la pérdida de un miembro u órgano o su discapacidad total o parcial; aspecto en cuestión, que se comprende en el llamado «daño moral».

De nada servirá el aliento de que en un futuro no muy lejano, el avance de la ciencia le permitirá recuperar las funciones cesadas, máxime cuando la víctima es de bajos recursos económicos.

Por su parte, la muerte, concebida como la eliminación vital de un ser humano, es irreversible y definitiva; no hay vuelta atrás, la deceso de un ser humano, genera a los deudos un profundo pesar, de ahí que se diga, que importa un drama que enluta a toda una sociedad; a tal efecto, indemnizar a los familiares, por la muerte de quien sufrió las consecuencias naturales de una conducta criminal, es empresa complicada, en la medida, que entrarán en consideración una serie de variables, aristas o elementos, que muy pocas veces son valorados en su exacta medida, por quienes tienen la tarea de administrar justicia penal en el Perú; las expectativas de vida, así como el proyecto alcanzado, según el estatus socio-económico, edad, carga familiar, son aspectos que han de ser tomado en cuenta, para graduar la magnitud de la indemnización con arreglo al principio de proporcionalidad.

Por consiguiente, la indemnización por daños y perjuicios viene a cubrir un amplio espectro a saber, de restituir, reparar y compensar a quien fue víctima de una agresión ilegítima.

Objeto de la indemnización son tanto los daños materiales como los morales¹³²²; los primeros pueden ser objeto de estimación cuantitativa, pues afecta un determinado bien, en tanto, que los segundos van a necesitar una valoración –en puridad subjetiva-, al penetrar en una esfera muy personal del ser humano, muy difícil de cuantificar –económicamente hablando-.

Conforme lo anotado, la acción indemnizatoria viene a comprender una serie de elementos, los cuales deben ser plenamente identificados y conceptualizados a fin de determinar su exacta amplitud, a tal efecto, hemos que remitirnos al artículo 1985° del Código Civil, que dispone a la letra lo siguiente: *"La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral..."*.

De la normativa en cuestión, identificamos tres rubros: el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, este último comprende el daño a la persona humana y a su esfera ontológica.

1322 ALASTUEY DOBÓN; M.C.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., p. 484.

c. El Daño Emergente y el Lucro Cesante

La acción u omisión antijurídica significa un determinado grado de afectación, a la entidad de determinado bien jurídico; el daño comporta una modificación del mundo exterior, en cuanto al menoscabo que sufre el bien en su integridad y funcionalidad.

En concreto, este daño produce un menoscabo patrimonial, perjuicio que se deriva de la pérdida del bien o de la imposibilidad de ser utilizado por su titular; es de verse, que la adquisición del bien, ha costado un esfuerzo para su titular, un gasto monetario, traducido en los frutos y dividendos de su labor y obra cotidiana.

Dicho lo anterior, el «daño emergente», se refiere a la necesidad de indemnizar a la víctima, conforme a una valuación económica destinada a reparar estimativamente el grado de afectación ocasionado; es por ello, que convenimos que el «daño emergente», se extiende a la compensación por los daños o perjuicios materiales, cuantificables en dinero, que recaen sobre el patrimonio de la víctima o perjudicado.

Los daños que se producen a instancia de una acción delictiva pueden también recaer sobre objetos inmateriales o incorpóreos; nadie duda, que en los delitos contra el honor, el grado de afectación es de naturaleza inmaterial, espiritual, únicamente perceptible por el titular del bien jurídico, daño que a nuestro parecer debe ser comprendido en el daño moral y, no en este rubro.

La obtención de un determinado bien significa la consecución de una determinada finalidad por parte del sujeto, es decir, los individuos adquieren y usan determinados bienes a fin de satisfacer determinadas necesidades; en tal entendido, se hace alusión a una determinada función; máxime, cuando el bien puede servir de sustento económico, para la manutención de toda una familia; v.gr., el vehículo del taxista, la computadora de un escritor, en lo que respecta a la información que almacena en su disco duro, los equipos quirúrgicos de un cirujano lo son también, la vaca para un campesino, etc.

Advertimos, por tanto, que la pérdida de estos bienes, más allá del perjuicio patrimonial, impide que su titular continúe percibiendo los frutos y provechos que este bien significaba para su actividad económica.

El daño ocasionado reduce la capacidad laborativa en sí misma; ello implica, por un lado, dejar de percibir lo necesario para la supervivencia actual, y por otro la posibilidad de dejar de obtener una determinada ganancia o beneficio, necesario para el proceso de acumulación¹³²³.

1323 GHERSI, Carlos Alberto; *Teoría General de la Reparación de Daños*, cit., p. 78.

El «lucro cesante», se refiere, por su parte, a la utilidad, beneficio o ganancia que se deja de percibir por el uso o propiedades que emergen del bien¹³²⁴, por el tiempo que permanecieron sustraídos o secuestrados.

El lucro cesante es la ganancia de que fue privado el damnificado. Consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir; el daño ocasionado reduce la capacidad laborativa en sí misma, ello implica, por un lado, dejar de percibir lo necesario para la supervivencia actual, y por otro la posibilidad de dejar de obtener una determinada ganancia o beneficio, necesaria para el proceso acumulativo de la riqueza (ahorro).

Se debe hacer entonces una prognosis cuantitativa, conforme a una estimación objetiva, tomando como referencia los índices de inflación, así como la pérdida del valor monetario, producto del inexorable paso del tiempo.

d. El Daño Moral

Los «daños morales» son aquellos que afectan la esfera psíquica de la víctima, es decir, afectan los bienes inmateriales del ofendido, se trata de una lesión a los sentimientos y que tiene eminentemente carácter reparatorio o de satisfacción¹³²⁵.

El hecho de ser objeto de una agresión criminal, no sólo significa una afectación material al bien jurídico objeto de tutela, al trascender un plano de materialidad, penetrando en un ámbito de plena espiritualidad, tanto del sujeto ofendido como de sus familiares más cercanos; v.gr., el homicidio que significa la pérdida irreparable de una vida, produce un dolor inmenso en sus familiares, la incapacidad de un determinado órgano (la amputación de una pierna a un futbolista), una determinada aptitud física neutralizada o sustancialmente mermada, una salud deteriorada, fruto de una enfermedad incurable (Sida), la afectación de la belleza estética y corpórea en una modelo o actriz, van más allá del aspecto económico y se sitúan en la esfera emotiva de la víctima. Son todas estas manifestaciones de una sensible afectación a la moral de una persona, que son comprendidas por el denominado «daño moral».

En la esfera del «daño moral», se comprende una distinción, entre aquellos que afectan directamente el patrimonio, susceptibles de valuación económica; y, aquellos que no tienen incidencia alguna sobre el patrimonio, pues, tienen una incidencia espiritual.

1324 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 784; VILLAVICENCIO TERREROS, F.; *Código Penal*, cit., p. 269.

1325 GHERSI, Carlos Alberto; *Teoría General en la Reparación de Daños*, cit., p. 81.

A estos últimos los denomina -ALASTUEY DOBÓN- como daños morales puros y abarcan, a modo de ejemplo, el dolor por la pérdida de un ser querido, el sufrimiento físico, la disminución de condiciones o aptitudes físicas como la salud, estética, sexualidad, aptitud para el deporte, etc¹³²⁶.

VELASQUEZ VELÁSQUEZ de forma parecida, divide al daño moral, en: daño moral subjetivo, de imposible evaluación económica; y, el daño moral objetivo o menoscabo patrimonial¹³²⁷.

Sobre el concepto de daño moral, la siguiente Ejecutoria (CAS N° 949-95-Arequipa), se expone lo siguiente: *"Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual"*¹³²⁸.

Es de verse, entonces, que importan afectaciones muy personales, propiciando una labor de aplicación e interpretación normativa, muy compleja al órgano jurisdiccional, al momento de fijar el monto económico, por concepto del llamado *daño moral*.

El CC en su artículo 1984°, dispone a la letra que: *"El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia"*.

El derecho positivo vigente, no viene sino a reconocer la necesidad de que el daño moral sea objeto de una reparación económica, en cuanto a una indemnización, que tenga en cuenta no sólo a la víctima, sobre la cual recayó los efectos perjudiciales de la víctima, sino también a los indirectamente ofendidos, nos referimos a los familiares.

El daño moral lo podemos dividir o dígame segmentar, en cuatro elementos a saber: «daño psíquico», «daño biológico», «daño estético» y el «daño espiritual».

El «daño psíquico», es aquel que se imbrica, en la esfera anímica de la persona humana, que adscribe a un examen de plano psicológico y a su vez psiquiátrico; este daño presupone una perturbación y alteración de la personalidad, que se manifiesta a través de una serie de síntomas, como agudas depresiones, mareos, desvanecimientos, pérdida de la memoria, ausencia de aprehensión de datos, bloqueos, etc.

1326 ALASTUEY DOBÓN; M.C.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., ps. 484-485.

1327 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 784.

1328 En: "Código Civil". Gaceta Jurídica Editores. Séptima edición, abril de 1999, cit., p. 536.

Para determinar el grado de afectación al plano subjetivo de la víctima, se necesitará la realización de una pericia psicológica y de una pericia psiquiátrica, amén de establecer un cuadro clínico (patológico) que defina la magnitud del daño.

Habrà que decirse, que los daños estéticos y biológicos pueden ir acompañados por un daño psíquico; el daño biológico, por su parte, viene constituido por aquel que ha producido un menoscabo sensible a la esfera fisiológica u orgánica del individuo, es un daño a la integridad estructural-funcional física del ser humano¹³²⁹.

En este plano de afectación, entran en consideración no sólo las lesiones del cuerpo humano, considerado como una estructura compuesta por órganos y tejidos, en cuanto a las heridas, mutilaciones visibles que se exteriorizan en el cuerpo humano, sino también, la disminución notable con la que se pueden ver afectadas ciertas funciones fisiológicas de los órganos vitales, tales, como el hígado, el vaso, el pulmón, tórax, etc.

Existe entonces, daño en el cuerpo cuando se destruye la integridad del cuerpo o la arquitectura y correlación de los órganos y tejidos, ya sea ello aparente, externo o interno¹³³⁰.

Y, existe daño en la salud -señala PEÑA CABRERA- cuando se rompe el normal estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo. Esta alteración puede responder, a menudo, a lesiones orgánicas¹³³¹.

Para determinar, la magnitud del daño inferido a la esfera biológica de la víctima, deberá procederse a una pericia, de conformidad a lo previsto en el artículo 243° del CPP de 1991; mientras, que el daño estético se refiere a la apariencia exterior de la persona humana, en lo concerniente a su estética, a su rostro, apariencia, etc.

El daño que recae sobre esta esfera personal también genera una responsabilidad indemnizatoria, máxime, la generación de una cicatriz o una desfiguración¹³³² grave en el rostro de una actriz o modelo, significan un menoscabo, de alto contenido infamante; daño que se adecua formalmente, a los alcances normativos del artículo 121° inc. 2) del CP.

1329 GHERSI, Carlos Alberto; *Teoría General de la Reparación de Daños*, cit., p. 82.

1330 SEBASTIÁN SOLER; *Derecho Penal Argentino*. T. I. Buenos Aires, 1969. cit., ps. 110-111.

1331 PEÑA CABRERA, Raúl; *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud*. Editorial San Marcos, 1997, cit., p. 286.

1332 Debe entenderse por desfiguración la alteración visible de la proporcionalidad morfológica que presenta el cuerpo humano, disminuyendo su belleza natural.

Finalmente, el daño espiritual se corresponde con la afectación de la fe, el quebrantamiento de convicciones religiosas o de valoraciones moralistas, son lesiones al mundo interno del individuo, compuesto por una suma de valores inherentes a la personalidad del mismo. Este daño afecta al núcleo vivencial del ser humano, esto es, al sí mismo de cada cual¹³³³.

9. LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO POSTERIOR AL HECHO PUNIBLE

El momento de la comisión del hecho punible, resulta determinante para valorar no sólo el juicio del reproche personal, en cuanto a la *imputación individual*, sino también, las otras consecuencias jurídicas, que su perpetración puede incidir en el plano indemnizatorio ("Responsabilidad Civil").

Producidos los efectos nocivos de la conducta delictiva, verificable a través de la esfera de materialidad del bien jurídico, la responsabilidad civil ya habrá tomado lugar, siempre y cuando se pueda verificar, con cierta seguridad, la *generación de un daño, susceptible de ser reparado, como pretensión alterna al proceso penal, que tiene como sujeto legitimado al ofendido*.

Vemos también, que la posibilidad de la víctima de petitionar sus legítimos intereses indemnizatorios, se encuentra subordinada al *efectivo ejercicio de la acción penal*, quienes promoverán la acción penal ante las instancias judiciales competentes.

Es de verse también, que durante el tiempo que puede transcurrir entre la comisión del hecho punible y la iniciación formal del Proceso Penal, pueden tomar lugar una serie de actos u negocios jurídicos, encaminados a mermar el acervo patrimonial del imputado o de los otros sujetos –civilmente responsables–; modificaciones que pueden importar un detrimento significativo de su masa patrimonial, situación, que podría frustrar las legítimas expectativas de la víctima, en lo referente a su pretensión indemnizatoria.

Así, como en el aspecto punitivo, se adoptan una serie de decisiones judiciales, encaminadas a asegurar la comparecencia del imputado, ante las instancias jurisdiccionales, en cuanto a la imposición de medidas cautelares, injerencias al contenido sustancial de las libertades fundamentales; en el aspecto civil, sucede algo semejante, en cuanto a la cautela del pago de la probable indemnización, de ahí, que se adopten medidas cautelares de naturaleza real, como el embargo o el secuestro; mas es de verse, que dichas medidas, sólo puede gravar bienes, que tienen como propietario al imputado o al tercero civil responsable.

1333 GHERSI, C.A.; *Teoría General de la Reparación de Daños*, cit., p. 83.

Las normas procesales, entonces, únicamente facultan al Juzgador a trabar embargos preventivos, sobre los bienes del imputado o de terceros civilmente responsables, en el auto que dicta el auto apertorio de instrucción¹³³⁴ y durante el desarrollo del proceso.

Hasta antes de la formalización de la denuncia penal, en cuanto a la formulación de una imputación jurídico-penal formal contra los sindicados, se advierte un espacio de tiempo, visto desde la perpetración del injusto, que puede ser aprovechado por el sospechoso, para suscribir una serie de negocios jurídicos, actos jurídicos encaminados a transferir su masa patrimonial a terceros; a tal efecto, suscribirá con otros, compra-ventas fraudulentas, donaciones, anticipo de legítima, es decir, una serie de convenciones, que en puridad se dirigen a generar un estado de insolvencia; en otras palabras dicho: *los actos jurídicos que efectúa el sindicado con terceros, tienen por principal objetivo, disminuir significativamente su acervo patrimonial, lo que implicará la imposibilidad de asumir la suma dineraria, que por concepto de Reparación Civil, fije el juzgador en la sentencia de condena.*

Siendo así, una justicia penal, tendiente a reforzar la tutela jurisdiccional efectiva a todos los sujetos involucrados, define un ajuste en la normativa punitiva, integrando en su compendio legislativo, instituciones privativas del Derecho civil; con la particularidad de su inclusión normativa en los apartados correspondientes del texto punitivo¹³³⁵, en cuanto a la *generación de obligaciones, encaminadas a la disminución del patrimonio del imputado, y lo hagan insuficiente para cubrir el monto de la Reparación Civil; nulidad, que inclusive pueden incidir en derechos subjetivos de terceros, siempre que hayan obrado de mala fe, según los términos normativos propuestos en el artículo 97° del CP.*

El acto jurídico para ser válido debe cumplir con los presupuestos contenidos en el artículo 140° del Código Sustantivo: -agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y la observancia de la forma prescrita, bajo sanción de nulidad. Cada uno de estos elementos son la esencia del acto jurídico, por lo que su ausencia y/o contravención, genera una consecuencia jurídica inevitable: su Nulidad, que a la vez supone declarar la invalidez del negocio jurídico, pues se trata de un acto viciado desde su nacimiento. Nuestro ordenamiento jurídico-sustantivo reconoce dos clases de nulidad, la que tiene como principio el interés público («absoluta») y, conduce al acto nulo; y, la que se concede a

1334 Artículo 94° C de PP.

1335 Resultando fundamental la aplicación supletoria del CC, conforme lo dispone el artículo 101° del CC, concordante con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del CC; esto quiere decir, que la pretensión nulificante, debe sustentarse jurídicamente, de conformidad con los preceptos legales comprendidos en el Título IX del CC - «Nulidad de Acto Jurídico», en cuanto a las variantes de nulidad y anulabilidad.

favor de determinadas personas por perjudicar el derecho («relativa»), propiciando la anulabilidad del acto.

Resulta importante invocar, el artículo 195° del CC, que regula la denominada «Acción Pauliana», que a la letra dispone lo siguiente: *"El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro"*.

Por la acción paulina, anota Torres Vásquez, el acreedor persigue que se declare respecto de él la ineficacia de los actos realizados por su deudor con los cuales renuncie a derechos, o desaparezca o disminuya su patrimonio conocido, perjudicando el cobro del crédito actual o futuro. No basta, dice el autor, que el deudor disminuya su patrimonio, sino que es necesario que con el acto de disminución, para que proceda la acción, se perjudique el cobro del crédito¹³³⁶.

Es de verse, por tanto, que el legislador atento a las maniobras fraudulentas, que puede efectuar el sujeto infractor, en cuanto a la intangibilidad de su acervo patrimonial, con la evidente finalidad de burlar, su responsabilidad civil frente a los sujetos ofendidos, de su conducta criminal; negocios jurídicos que son sancionados con efectos nulificantes, siempre que tomen lugar los presupuestos que se detallan en la normativa aplicable.

Vemos que el artículo 97° del CP, reza literalmente de la siguiente forma: *"Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyen el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación..."*.

De la normativa invocada, se colige, la sanción de nulidad, de los actos jurídicos fraudulentos, aquellos que manifiestan una connivencia dolosa entre las partes suscriptoras, aquellos encaminados a disminuir el acervo patrimonial del sindicado, sabedores de la responsabilidad civil generada por las consecuencias dañosas del suceso delictivo.

Dicho lo anterior, aparecerán en escena, actos colusorios del imputado con terceros, estos últimos por lo general, serán personas, que cuentan con algún tipo de vinculación con el primero; sea un pariente (esposa, hijos o hermanos), o con quien se mantiene una relación de negocios o laboral. Es a partir de dicho dato a saber, que ambos contrayentes se ponen de acuerdo, para suscribir negocios jurídicos, en cuanto a una transferencia dominical de los bie-

1336 TORRES VÁSQUEZ, A.; *Código Civil*, cit., p. 216.

nes de propiedad del sospechoso, quien de forma impronta se muestra ante la judicatura penal, como un sujeto «insolvente».

El artículo 94° del C de PP, dispone al respecto, lo siguiente: *“Sin perjuicio de las medidas precautelares de embargo y/o de incautación dictadas y tramitadas de oficio por el Juzgado, se requerirá al inculcado con domicilio conocido que señale bienes libres susceptibles de ser embargados. De no precisarlos dentro de las veinticuatro horas, continuarán o se afectará los que se sepa son de su propiedad. Los autos de embargo y/o incautación de bienes, son notificados verificada que sea la medida.”*

En la práctica, se registrarán la constitución de Patrimonios Autónomos (Familiar), anticipo de legítimas a los herederos, donaciones, simulación de compra-ventas, transferencia de acciones, colocación de participaciones, etc.

De conformidad con las disposiciones pertinentes del CC (artículo 140°), se reputa nulo el acto jurídico cuando su fin no es lícito, y, en este caso, es manifiesta la intención dolosa de burlar la responsabilidad de reparar el daño producido por la conducta criminal; situación asimilable, a lo normado por el artículo 190° del CC, en cuanto a la institución de la «Simulación Absoluta», en cuanto a la aparente intención de celebrar un acto jurídico, cuando realmente no tiene voluntad para celebrarlo.

Si bien la codificación penal, no lo regula taxativamente, se colige que la acción de nulidad deberá ser tramitada en la vía civil, en concordancia con lo establecido por el artículo 99° del Código de Procedimientos Penales, en tanto el juez penal no puede declararlo nulo de oficio, en tanto, el acto jurídico fraudulento debe ser acreditado con el sustento probatorio correspondiente¹³³⁷.

Normativa esta última, que debe ser entendida, según la regulación que se ha seguido en el artículo 188°-A del C de PP, incorporado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto del 2004, que reza así: *“En los supuestos del artículo 97 del Código Penal y cuando se trate de bienes sujetos a decomiso con arreglo al artículo 102 del Código Penal, que hubieran sido transferidos ilegalmente, la declaración de nulidad se acordará en el proceso penal al emitirse sentencia, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida cautelar que corresponda para asegurar la eficacia de la nulidad que habrá de dictarse con la sentencia”*; por su parte, el artículo 97° del mismo cuerpo de normas, dispone que: *“Los embargos que se ordenen para los fines a que se contrae este Título, se inscribirán en los Registros Públicos o en la entidad que corresponda. De igual forma, se procederá cuando se dicte la medida de*

1337 Vide, al respecto los artículos 302° y ss. del nuevo CPP.

incautación sobre bienes inscribibles. Aún cuando los bienes incautados no se encuentren a nombre del inculpado se inscribirá dicha medida cursándose los partes a los Registros Públicos, debiendo el funcionario competente cumplir con el mandato judicial. Estas inscripciones no están afectas al pago de derechos registrales y se harán por el sólo mérito de la resolución judicial que ordena la medida”.

Mediando un criterio de interpretación sistemática, entre la normativa contemplada en el texto sustantivo, con aquella contemplada en la Ley procesal, vemos, que la declaración de Nulidad, sólo puede tomar lugar en el marco de la sentencia de condena, cuando el imputado ha sido declarado *judicialmente como culpable, lo que es entendible, pues la condena por Reparación Civil, por lo general, debe tener como acreditado un injusto penal atribuible a un sujeto infractor culpable, por lo que antes no se puede adoptar una decisión con dichos efectos jurídicos*, situación distinta, ha de verse, en el decurso del procedimiento penal, donde las medidas precautorias, en cuanto a su naturaleza instrumental, definen un marco de actuación singular, donde sólo resulta factible *la anotación preventiva de la medida cautelar, en el registro correspondiente, en cuanto al aseguramiento de la nulidad, que haya de incoar el Fiscal o la parte civil, en la vía judicial pertinente.*

Se debe acotar en este punto, que la nulidad del acto jurídico únicamente es atribuible a la persona del condenado, el artículo 97° del CP, no hace alusión al tercero civil responsable; actor, que en la práctica puede también realizar acto de disposición sobre su patrimonio; el embargo sobre bienes de terceros civiles responsables, ameritan que éstos sean llamados a la instancia jurisdiccional, deben ser incorporados válidamente al procedimiento, en pos de que puedan ejercitar los derechos de defensa y contradicción, en cuanto facultad de refutar las proposiciones fácticas que sustentan la pretensión nulificante, de los actos jurídicos correspondientes.

Los terceros que hayan participado en el acto jurídico, no serán perjudicados, siempre que hayan actuado de buena fe, y para esto, se deberá demostrar que el tercero celebró el acto a título oneroso, con quien resultaba titular en el registro respectivo y sin saber que el otro contratante había participado en un hecho punible; inferencia que debe ser concatenada, con lo previsto en el artículo 2014° del CC, que dispone a la letra lo siguiente: *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.*

10. INSOLVENCIA DEL CONDENADO

En caso de que el condenado no tenga bienes realizables, susceptibles de ser ejecutados, el juzgador señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil.

Al respecto, el artículo 95 del C de PP, establece *la obligación del inculgado de señalar bienes libres susceptibles de ser embargados, por lo que de no precisarlos se afectará los que se presume son de su propiedad*.

Por lo general, el señalamiento de estos bienes se produce en el momento de la declaración Instructiva que toma lugar en los primeros momentos del procedimiento; puede ser que el condenado se encuentre incurso en un procedimiento concursal u otro de similar naturaleza, en las oficinas competentes del INDECOPI.

En específico, puede referirse, a un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio o cualquier otro procedimiento de reprogramación de obligaciones.

Vemos, que si el procedimiento administrativo se hubiese iniciado simultáneamente al procedimiento penal, la parte agraviada (parte civil), podrá acreditar su acreencia ante la instancia administrativa y participar en la Junta de Acreedores conforme su crédito legalmente reconocido; dispone la normativa, que sólo podrá disponerse hasta un tercio (33.3%) de la remuneración del condenado para el pago de la reparación civil; sin embargo, existiendo una obligación alimenticia vigente al momento de la condena, puede que la proporcionalidad determinada tenga que bajar, en tanto el artículo 648° inc. 6) del CPC, permite efectuar el embargo por pensión alimenticia hasta el 60% del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos de ley.

Conforme lo anotado, si existe ya una retención por el 60% de la remuneración del condenado, no puede gravarse un 30% más, en tanto, podría ponerse en riesgo los gastos mínimos de manutención del condenado o de un tercero, sobre el cual tiene éste una obligación de asistirlo económicamente.

11. ACCIÓN CIVIL INEXTINGUIBLE

El artículo 100° del CP, dispone *la subsistencia de la acción civil mientras la acción penal se encuentre vigente*; pareciere, entonces, que el legislador ha subordinado la vigencia de los plazos prescriptorios de la acción civil (*pretensión indemnizatoria*), a los concernientes a la acción penal; adecuación temporal, que debe ser entendida en su exacta medida y proporción, sabedores que los enunciados legales del texto punitivo, han condicionado la imposición de la indemnización reparadora, a la declaración de condena del imputado, en cuanto, a la supuesta dependencia de la responsabilidad civil con la responsabilidad penal.

Conforme lo sostuvimos –líneas atrás–, cada parcela del ordenamiento jurídico, en este caso el Derecho penal y el Derecho civil, identifican de forma singular, sus propias variables de imputación; en tal sentido, no resulta correcta asimilar los elementos de imputación punitivos, de aquellos que se desprenden de la codificación civil.

La unificación de ambos conceptos en el Proceso Penal, se sustenta en argumentaciones de política criminal –valederas–, mas ello no implica, identificar una Reparación Civil, que cuente con una naturaleza jurídica distinta, a la responsabilidad extra-contractual que se regula en el artículo 1969° del CC; dicha pretensión sigue manteniendo su propia naturaleza, por ello, sus diversas aristas y elementos de configuración se construyen a partir de la normativa contemplada en el Código Civil.

Dicho lo anterior, tenemos que declarada prescrita la acción penal, en el procedimiento punitivo, se diría que la acción civil, también habría prescrito; lo que no es tanto así. La extinción de dicha pretensión, por el transcurso inevitable del tiempo, en lo concerniente a la acción penal, sólo opera en la vía penal; quiere decir, esto que el actor civil o dígase la parte civil, cuenta con la vía expedita, para acudir a la tutela jurisdiccional efectiva, en la vía civil, en cuanto a la interposición de una demanda de daños y perjuicios.

Es de verse, que los plazos de prescripción en materia penal, pueden resultar en algunos casos, más cortos que los previstos en la vía civil (prescripción y caducidad), por lo tanto, resulta legítimo, que el hecho que la acción penal sea judicialmente declarada prescrita, no impida al afectado a recurrir al amparo de la tutela jurisdiccional efectiva, vía indemnización de daños y perjuicios, o puede también que ambos procesos se estén tramitando paralelamente.

A tal efecto, debemos acudir a los plazos de prescripción, glosados en el artículo 2001° del CC, que a la letra dice lo siguiente: "*Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:*

1. *A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.*
2. *A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*
3. *A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.*
4. *A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo".*

CAPÍTULO XXXVIII

LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS AL DELITO Y UNA REFERENCIA SISTEMÁTICA A LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA SOBRE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. Objeciones a la atribución de Responsabilidad Penal a la Persona Jurídica. 3. Consecuencias Accesorias. 4. Modelos de atribución de responsabilidad de la persona jurídica. 5. Naturaleza Jurídica de las Consecuencias Accesorias. 6. Comentarios al Plenario de la Corte Suprema. 7. Alcances y limitaciones del artículo 105° del CP. 8. Consecuencias Accesorias y Proceso Penal. 9. De las Consecuencias Accesorias en Particular: a. *El Decomiso*. b. *Otras Consecuencias Accesorias*.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Son variados los tópicos, que aún son objeto de discusión, en el campo de la dogmática *jurídico-penal*; entre aquéllos destaca el referido a la «responsabilidad penal de las personas jurídicas», un entramado muy complejo de resolver, en la medida que la postura a adoptar, tiene también repercusión en el plano de la política criminal; lo que queremos decir en todo caso, que el asunto no sólo pasa por un *discurrir jurídico*, al comprometer asuntos *criminológicos* y *persecutorios*; no olvidemos, que la posición dogmática que se asuma, tendrá incidencia en un plano procesal, pues, la imputación que se construya al respecto, debe adquirir base probatoria, según las pretensiones de las partes involucradas en el Proceso Penal; así también, en un plano de prevención, sabedores que los delitos que se perpetran a través y por intermedio, de la estructura formal que reviste a la persona jurídica, no son en realidad pocos.

Lo anotado, en cuanto a una perspectiva teórico-conceptual, ha de ser sometido a una rigurosa confrontación con la estructura formal del derecho positivo

vigente; en el sentido de que la consideración que se tenga, desde un norte interpretativo, no supongo un desborde inadmisibile, con arreglo al principio de estricta legalidad; en todo caso, las abstracciones elucubraciones, que puedan formularse al respecto, podrán ser de utilidad para una reforma penal de *lege ferenda*, pero en ningún caso, como método de aplicación de la normativa en cuestión.

Dicho lo anterior, aparece una corriente doctrinal, encaminada a reconocer la «responsabilidad penal de las personas jurídicas», que parte de construcciones jurídicas muy elaboradas conceptualmente, que tienen como referendo legislaciones comparadas, que han asumido en su normativa, dicho reconocimiento de responsabilidad¹³³⁸.

Formulación que se vislumbra, tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*; de *lege ferenda*, cuando los proyectos de reforma penal se orientan a buscar fórmulas normativas de imputación que puedan sustentar válidamente la responsabilidad penal de la persona jurídica; y, de *lege lata*, sutilmente, cuando se atribuye naturaleza jurídica de verdaderas «penas», a las consecuencias accesorias al delito; lo que conlleva a la postre, tener que reconocer que la persona jurídica es sujeto de imputación jurídico-penal.

Esta confrontación doctrinal, que data de hace varias décadas, pone en la vitrina de la discusión, la validez del viejo apotegma del *societas delinquere non potest*; debate que se ha reactualizado en la literatura penal vigente, acentuada por las siguientes consideraciones:

Primero, la presencia de una «Criminalidad de la Empresa», identificada por altos niveles de incidencia criminológica, desde entonces se retoma la vieja discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas -como anota DE VICENTE MARTÍNEZ-, puesto que la realidad criminológica de nuestros días ha puesto de manifiesto que los delitos de mayor incidencia social y económica se realizan por las grandes empresas, muchas de ellas transnacionales¹³³⁹. Situación que pone en cuestionamiento, la idoneidad de las estructuras dogmáticas de la teoría jurídica del delito, para afrontar eficazmente esta emergente criminalidad; en cuanto a si la dogmática -tal como ha sido definida años atrás-, resulta político criminalmente eficaz para prevenir esta creciente delincuencia empresarial. Estado de la cuestión, que un sector de la doctrina lo niega a rajatabla, y, otro, afirma categóricamente su idoneidad¹³⁴⁰.

1338 Así también, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Consecuencias Accesorias Contra la Empresa*. En: "Derecho Penal Contemporáneo" - Revista Internacional. LEGIS. Octubre-Diciembre, Bogotá, Colombia, 2002, cit., ps. 35-76.

1339 DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, cit., p. 36.

1340 Al respecto GIMBERNAT ORDEIG, apunta que: "los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados -aún más: irrenunciables- para tratar -y penetrar- en estas

Segundo, la tendencia a una integración supranacional positiva, producto del fenómeno jurídico de la «Globalización», en cuanto al ensayo de unificar modelos de política criminal, encaminadas a enfrentar los nuevos desafíos de la criminalidad del tercer milenio, representada por aquellas mafias (narcotráfico, terrorismo, trata de personas, tráfico de armas, etc.); entre éstas, ubicamos también, a la «Criminalidad de la Empresa», tendencia de política criminal, que toma lugar en la constitución de importantes Convenios Internacionales (UE, ONU, etc.), pactos supranacionales; formulaciones normativas, que pueden resultar muy novedosas e utilitarias, pero a su vez, incompatibles con los principios rectores de un Derecho penal democrático.

Tercero, en cuanto dificultades probatorias, que toman lugar, en el curso del procedimiento penal, de forma concreta, en el ámbito de la actuación probatoria, sabedores que el representante del Ministerio Público, al ostentar la carga de la prueba, primero debe identificar a los verdaderos protagonistas del suceso delictivo (*personas físicas que asumen la dirección y control de los órganos de representación de la sociedad*), para luego construir, -mediando el acervo correspondiente-, la Teoría del Caso de acriminación; para en caso de ausencia de pruebas contra una persona física, tener siempre a "alguien" (aunque sólo sea una persona jurídica) a quien exigir responsabilidad criminal"¹³⁴¹.

Conforme lo anotado, atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, a través de modernas y novedosas construcciones dogmáticas; supone en la práctica, la definición normativa, sobre el mismo plano del sujeto, en cuanto a su estructura ontológica, que en puridad pueda acoger a ambas cualidades de sujetos: a la persona física como unidad bio-psíquica (antropológica) y a la persona jurídica, en razón de su estructura orgánica, de cuyo cuño se propicia la perpetración de injustos penales.

Los partidarios de extender espacios de imputación jurídico-penal a las personas jurídicas, parten de una realidad innegable, que en muchas oportunidades, los Tribunales de Justicia imparten una justicia penal dulcificada a las personas físicas que cometen delitos en el seno de la estructura societaria; y, que en el caso de la persona jurídica, sólo les alcanza medidas sancionadoras administrativas y civiles, sumamente leves, en tal sentido, ineficaces para poder ejercer funciones preventivas, en concreto, de asumir un enfrentamiento eficaz contra la criminalidad económica y empresarial.

nuevas manifestaciones jurídico-penales". En: *"Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología"*. UNED, Madrid, 2001, cit., p. 356.

1341 ZUGALDIA ESPINAR, J. M.; citado por Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; *Las Consecuencias Accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal*. En: *"La Ciencia del Derecho Penal en el nuevo Siglo"* - Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Primera reimpresión. Tecnos. Madrid, 2003, ps. 1113 y ss.

La descripción esbozada, amerita un cambio de rumbo político-criminal, que cierre espacios de impunidad, actuando para tal función el Derecho Penal, bajo una nueva construcción teórica del delito. De esta posición es ZUGALDIA ESPINAR, quien propone llevar a cabo esta transformación del Derecho Penal, mediante una ampliación del sujeto del Derecho Penal para dar entrada a las personas jurídicas¹³⁴².

Posición semejante, pero con otra definición normativa, ha planteado SILVINA BACIGALUPO, quien propone toda redefinición del sujeto del Derecho Penal conforme a la teoría de los sistemas, definición del sujeto del derecho que no puede ser confundido con los criterios de imputación jurídico-penal¹³⁴³. De la propuesta del primer autor, se identifica una plena necesidad político-criminal, de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Dicho en sus propias palabras "aunque la persona física sea y vaya a seguir siendo el sujeto principal

1342 ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel; *Bases para una Teoría de la Imputación de la Persona Jurídica*. En: Cuadernos de Política Criminal. Instituto Universitario de Criminología - Universidad Complutense de Madrid. N° 81, Madrid, 2003, ps. 539-540; así también, MAPELLI CAFFARENA, Borja, para quien el aumento de las actividades infractoras en el ámbito de los delitos contra el orden socio-económico que se realizan frecuentemente en el marco de una empresa o negocio y las dificultades de perseguir penalmente esos hechos, han ido haciendo cada vez más frágiles los tradicionales argumentos que sustentaba el principio de *societas delinquere non potest*. Y, en tal sentido, señala el autor, que el legislador debe diseñar una respuesta penológica adecuada para las personas jurídicas de igual forma que en su momento la diseñó para las personas físicas peligrosas sin culpabilidad; *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*. En: "Revista Penal". Año 1. Número 1. Publicación semestral de Editorial Praxis S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha. Barcelona, 1998, cit., ps. 43 y ss.

1343 A este nivel se plantea también la resolución de la problemática, a través de las teorías de la ficción y de la realidad, en relación a la existencia de la persona jurídica y su reconocimiento como tal (normativo); la primera de ellas elaborada por SAVIGNY, y la segunda por GIERKE; posturas, que a decir de GRACIA MARTÍN, no puede resolver el problema, señalando al respecto que "La persona jurídica no es una ficción, sino una realidad propia, distinta de las personas físicas": La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. En: *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en Evolución*. Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de La Laguna, 1997, cit., p. 105; es de verse, que la persona jurídica es una realidad normativa distinta de sus miembros que la componen, en tal sentido se orienta normativamente el artículo 178° del CC, al disponer que: "*La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros...*", no resulta posible entonces, encontrar un carácter ontológico a la persona jurídica al igual que a la persona física, biológicamente constituida, porque simplemente no la tiene; su existencia es ideal, pues se sustenta en una construcción normativa, de un alto contenido de abstracción, en cuanto a una elaboración espiritual de un sujeto, que despojado de dicho revestimiento normativo, queda huérfano, sin vida propia; así FERNÁNDEZ SESSAREGO, al sostener que la aplicación de esta peculiar y comprensiva visión de fenómeno jurídico, permite distinguir a la persona jurídica, la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia, de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológica existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que la caracterizan y le otorgan sentido; *Derecho de las Personas*. Séptima edición actualizada. Grijley, 2000, ps. 185 y ss.

del Derecho Penal, no debe olvidarse que el Derecho Penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones político-criminales de asumir los retos que supone la criminalidad organizada -sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico- con afección de bienes jurídicos distintos a los clásicos (protección del medio ambiente, protección del consumidor, etc.)¹³⁴⁴.

Sin duda, la nueva sociedad, definida por la asunción de nuevos riesgos, pone en cuestionamiento, si es que las categorías dogmáticas concebidas y definidas por el Derecho penal convencional, está en condiciones de resolver esta compleja criminalidad, situación que para algunos, amerita de una nueva formulación teórica o simplemente una adaptación coherente.

Para ZUGALDIA ESPINAR, una teoría de imputación de la persona jurídica no requiere de una construcción jurídica nueva, sino que, son los propios conceptos utilizados hasta hoy los que pueden solucionar el problema. Para tal definición, el autor mencionado, sostiene dos puntos importantes referidos a la capacidad de acción y a la culpabilidad. En cuanto a la acción, escribe que las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir efectos exigidos por dichas normas. De ello se deduce, aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata, que al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar "acciones" (contratos de adopción de acuerdos, etc.) que se expresan a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son -al mismo tiempo- acciones de la propia persona jurídica¹³⁴⁵.

Es de recibo, que la persona jurídica es reconocida como sujeto de derecho, en algunas ramas del ordenamiento jurídico; conforme es de verse en el derecho mercantil, conforme a una conformación contractual, se permite a la persona jurídica realizar una serie de negocios jurídicos, claves para la buena marcha del negocio; asimismo, en el plano laboral, vemos que la persona jurídica, contrata trabajadores y constituye una serie de relaciones laborales, en cuanto al marco de contratación laboral, generando para ambas partes, una serie de derechos y obligaciones; al trabajador de recibir una remuneración por la jornada laboral prestada a la empresa, a su vez, reporta un aspecto pensionario, así como la obligación de la persona jurídica, de depositar la CTS del trabajador, de formas periódica. Vemos también, que según la relación jurídico-tributaria, el Estado es un ente recaudador y sujeto pasivo de dicha obligación, es la persona jurídica, conforme al hecho generador, cuyo incumplimiento, puede acarrear una serie de sanciones a la empresa.

1344 ZUGALDIA ESPINAR, J. M.; *Bases para una Teoría de la Imputación de la Persona Jurídica*, cit., p. 540.

1345 ZUGALDIA ESPINAR, J. M.; *Bases para la Teoría de la Imputación de la Persona Jurídica*, cit., p. 549.

El hecho de que la empresa pueda ser concebida como sujeto de imputación, en diversas ramas del ordenamiento jurídico, no puede llevar a confundirlo, con el plano de imputación jurídico-penal, donde sus variables de configuración, manifiestan una rígida singularidad, en cuanto a las categorías dogmáticas de acción y de culpabilidad; sabedores que las consecuencias jurídicas que se desprenden del derecho punitivo, contiene la mayor dosis de aflicción sobre los bienes jurídicos fundamentales de los involucrados.

Obviamente, la realización de actividades lícitas, que benefician o que van en su perjuicio a la persona jurídica, van a ser compartidas por quienes asumen un rol societario en la empresa; pero, situación distinta, es pretender atribuir una capacidad de acción colectiva, sin previamente distinguir quiénes son los verdaderos sujetos protagonistas del suceso delictivo.

En el caso, de la autoría mediata se habla de un dominio social (corporativo) de la empresa, cuando a su nombre, se realiza una acción fraudulenta; cuando la persona jurídica constituye una unidad, con los sujetos a través de actos de cooperación, lo que la convierte en coautora del delito; por lo tanto, la autonomía empresarial (colectiva) succiona a la autonomía individual, lo que permite constituir una acción propia de la empresa.

Es sabido que la persona jurídica importa una realidad, pero, aquella importa una construcción normativa que no tiene vida propia, es una genuina ficción jurídica, que en realidad expresa la voluntad de su componente sociológico, que la dirige y dinamiza con determinados fines.

En la supuesta «voluntad corporativa», se compaginan una serie de voluntades individuales, lo que incide, en que algunas de esas voluntades desconozcan, las decisiones de la voluntad *sistémica*; dicha ignorancia a la larga, puede significar, la asunción de responsabilidad penal, por actuaciones, únicamente atribuibles a esferas singulares de organización, en cuanto a defectos de organización que responden a un sentir individual en su configuración.

Las personas jurídicas no tienen conciencia y voluntad de auto-determinación, no poseen las cualidades ontológicas que le permiten dirigir su conducta conforme a fines valorativos, en cuanto a su propio pensar y proceder; solo las personas físicas, poseen esa propiedad, de encaminar sus actuaciones conforme a su esfera de decisión intelectual.

En palabras de GRACIA MARTÍN, habrá que distinguirse entre el "sujeto de la acción" y el "sujeto de la imputación"¹³⁴⁶; cualidades distintas, destinadas por un lado, a reconocer al sujeto como centro de derechos y deberes (que en el Derecho Civil se le reconocen a las personas jurídicas), y, en cambio, la imputación

1346 GRACIA MARTÍN, L.; *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*, cit., p. 107.

tación en el Derecho penal se rige por otros criterios, los cuales únicamente reconocen a la persona física, como *sujeto de imputación, en cuanto a una unidad bio-psique-social, con capacidad para motivarse conforme al sentir normativo, es decir, de adoptar modelos valiosos de conducta, según los preceptos normativos en rigor.*

Cualidades que pueden o no coincidir, pero, en el caso de las personas jurídicas, en cambio, sujeto de la imputación y sujeto de la acción tienen que ser irremediabilmente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas (sujetos de la acción)¹³⁴⁷. Y, esto es así, en cuanto son sus órganos representantes, los que toman las decisiones, los que finalmente dirigen el rumbo de la *societas*, rumbo que puede ser desviado a fines ilícitos, pero, que en definitiva, no representan una actuación delictiva propia de una persona jurídica.

Conforme lo anotado, hemos de negar la capacidad de acción a la persona jurídica, puesto, que no cuenta con las capacidades cognitivas y volitivas, para dirigirse conductivamente, conforme la exacta comprensión que se deduce de sus capacidad psico-motrices. Situación que se vuelve categórica, cuando desde el seno mismo de la persona jurídica, se manifiestan negocios que resultan lesivos para la propia persona jurídica; bajo esta postura, la persona jurídica se constituiría en sujeto activo y sujeto pasivo a la vez, lo cual resulta incompatible con cualquier orientación dogmática al respecto. La cuestión no debe variar de sentido en los casos en que la acción del órgano o del representante constituye en un delito que beneficia a la persona jurídica¹³⁴⁸.

Dicho de otro modo: *de la posición que encuentra factible atribuir capacidad de acción a la persona jurídica, resulta una contradicción insostenible, por un lado, se extiende una acción colectiva, que implica la asunción de deberes a quienes no tenían nada que ver con el negocio ilícito; y, por el otro, resulta que la misma voluntad colectiva resulta ser el afectado y a la vez el agresor, situación que en definitiva quiebra la armonía que debe llevar a todas sus consecuencias una formulación dogmática así concebida.*

En cuanto, a la construcción de una culpabilidad para las personas jurídicas, ZUGALDIA ESPINAR señala lo siguiente "(...), aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de la *actio libera* in causa y de los delitos impropios de omisión, se ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. No se trata, lógicamente, de la culpabilidad bio-psicológica del órgano (persona física) que permita un juicio de reproche moral, sino una culpabilidad propia de

1347 GRACIA MARTÍN, L.; *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*, cit., p. 107.

1348 GRACIA MARTÍN, L.; *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*, cit., p. 109.

la persona jurídica (orientada a categorías sociales y jurídicas, aunque no exenta de valoración ético social) y que muy bien podría llamarse responsabilidad por defecto de organización¹³⁴⁹.

En lo concerniente a la «*actio libera in causa*», construcción que permite atribuir responsabilidad, a quien en el momento de la comisión del hecho punible no se encontraba con sus capacidades cognitivas y volitivas plenas, es decir, el juicio de reproche personal, se retrotrae a un momento anterior a la comisión del hecho punible, momento en el cual el sujeto se libremente se sometió a una situación de inimputabilidad.

En el caso de la persona jurídica, parece que el autor se refiere a que el reproche viene a sustentarse en un momento anterior, en el cual tomó lugar, una deficiencia en el ámbito de organización colectiva, en cuanto a la propia persona jurídica, así como la asunción de deberes por responsabilidad de ámbitos de dominio, donde el sujeto de derecho (persona jurídica) es garante de una buena marcha de la empresa, en lo concerniente a una gestión óptima y eficiente que asegure una conducción lícita de la empresa, lo cual podría suponer, a toda consecuencia de la punición, de actuaciones societarias, que no develan aún, una significativa dosis de lesividad social.

Siendo así, en el caso de la configuración de «comisión por omisión», el reproche se sustenta en un defecto de organización, por no haber actuado conforme a una actuación eficiente en el marco de un determinado ámbito de competencia por dominio social.

La denominada «Responsabilidad por organización o por defecto de organización», edificada por TIEDEMANN, fue estructurada en principio para fundamentar infracciones administrativas (contravenciones) del Derecho Alemán, pero no para crear un sistema de imputación jurídico-penal¹³⁵⁰. Entendiéndose como delitos de «Asociación», aquellos que son favorecidos o facilitados por la omisión de medidas precautorias para garantizar el manejo ordinario del negocio.

En este caso, son considerados delitos «por defecto de organización», pues por omitir las medidas necesarias conducentes a la evitabilidad de la comisión del Injusto.

El Derecho penal sólo puede construir su centro de imputación en base a una culpabilidad propia y no en una ficticia, en aquellos elementos que pueden

1349 ZUGALDIA ESPINAR, J. M.; *Bases para la Teoría de la Imputación de la Persona Jurídica*, cit., p. 550.

1350 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; *Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Penal Español y en el Derecho Penal Peruano*. En: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas - órganos y Representantes*. Coordinador: Percy García Caveró. Ara editores, 2002. Lima, cit., p. 229.

sostener válidamente la atribución por responsabilidad de un hecho propio, tomando en cuenta el revestimiento ontológico de la persona de la imputación así como el fundamento de los destinatarios de las normas jurídico-penales.

Si bien es cierto, que en base a la comisión por omisión (*Begehung durch Unterlassung*) podrá imputarse responsabilidad a determinados órganos de la empresa, que a pesar de detentar labores de control y de fiscalización no hicieron nada para evitar la comisión de un injusto, pues la evitabilidad se derivaba de una exigibilidad en base a la posición funcional que ocupaban (Garantes); dicha cláusula general no podrá extender sin más todos los casos, no sirve entonces como criterio general interpretativo¹³⁵¹. Entonces, en base a lo expuesto, queda claro que en nuestro derecho positivo rige aún el principio del *societas delinquere non potest*¹³⁵².

En todo caso -como apunta SILVA SÁNCHEZ- una vez admitida "in genere" la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos cometidos por individuos integrados en su estructura, debe insistirse en que es preciso determinar con claridad cuál es el círculo de personas físicas integradas en dicha estructura, cuyas acciones desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica. Además, continúa señalando el autor hispano, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuación-

1351 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas...*, cit., ps. 215 y ss.

1352 Así, BAJO FERNÁNDEZ, al referirse al derecho positivo español, aunque este autor señala, a diferencia de nuestra posición, que la imposibilidad de atribuir responsabilidad criminal a la persona jurídica, "no ha de reconducirse a un valor ontológico sino simplemente político-criminal que salva los principios irrenunciables de culpabilidad y personalidad de las penas"; *Personas Jurídicas y Derecho Sancionador*, cit., p. 59; así también TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, en referencia a la legislación penal española, al señalar que: "No hay dato alguno del que pueda deducirse que el CP 1995 ha procedido nada menos que a la derogación del principio *societas delinquere non potest*. Atiéndase para ello al tenor de las normas del Título II del Libro 1 CP relativas a "las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas"; *Las Consecuencias Accesorias del Artículo 129 del Código Penal: Un primer paso hacia un Sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo - Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir", cit., p. 1162; en nuestro derecho positivo vigente ocurre la misma situación; no existe ningún ápice o constelación normativa alguna que pueda dudar en la vigencia fáctica del principio *societas delinquere non potest*, el legislador del 91 fue enfático al subrayar las bases de imputación jurídico-penal sobre una base estructural psico-física, de no ser así, el legislador del 91 no se hubiera aventurado a sancionar el artículo 27º («Actuar en nombre de otro»; artículo 31º del CP español), hubiese bastado con establecer la responsabilidad penal de la *societas*, obviamente reformando los artículos 11º y 12º del CP; entonces, la dimensión existencial que recoge nuestro texto punitivo es la persona psico-física, como único ser portador de acciones configurantes llevadas a voluntad y de comprensión normativa (culpabilidad), y, esto no significa, un relajamiento político-criminal, pues, instrumentos hay y suficientes para hacer frente a esta criminalidad económica, lo que sucede es una falta de operatividad de los órganos competentes.

nes de órganos colectivos, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe una suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a ésta o no; etc.¹³⁵³

Si la imputación objetiva, es por no decirlo imposible de construir en las acciones u omisiones atribuida a una *societas* (persona jurídica); mayor dificultad se presentará al momento de pretender construir una imputación subjetiva individual, que en realidad, viene a construirse por la suma de una serie de voluntades de sujetos actuantes.

Una imputación subjetiva delineada de esa forma, implica una confluencia ideal de voluntades criminales, en la cual basta, una voluntad criminal no configurada (ni siquiera a título de imprudencia), para que se quiebre esta retórica unidad subjetiva.

2. OBJECIONES A LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

Los reparos que se elaboran en la dogmática jurídico-penal, en cuanto a la posición que pretende construir un sistema de imputación jurídico-penal, sobre la persona jurídica, pueden identificarse, desde los siguientes elementos a saber:

Primero, que nuestro sistema de imputación jurídico-penal, se elabora estrictamente sobre la persona física, en cuanto al plano de un ser dotado de cuerpo, alma y espíritu, de una voluntad social del hombre, como individuo.

La voluntad, es la fuerza motriz que permite identificar la actuación del plano cognitivo del individuo, que toma lugar en su cotidiana interrelación con sus congéneres. En palabras de WELZEL "Sin la voluntad no es posible caracterizar una acción de un contenido determinado"¹³⁵⁴.

Segundo, es el mismo revestimiento de las estructuras dogmáticas, las que impiden que la persona jurídica pueda ser sujeto de responsabilidad penal; tanto la acción típica como la culpabilidad, someten su valoración, a un ente que pueda actuar conforme a sentido; la acción importa, por tanto, la finalidad

1353 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Primera edición. Civitas, Madrid, 1999, cit., p. 87.

1354 WELZEL, Hans; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una traducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Reimpresión. Julio César Faira - Editor. Montevideo-Buenos Aires, 2002, cit., ps. 41 y ss.

emprendida por el autor que adquiere relevancia jurídico-penal, cuando esta acción alcanza trascendencia social.

Si bien las personas jurídicas, efectúan cotidianamente una serie de actos —de naturaleza comercial, civil y tributario—, no actúan conforme a una unidad volitiva, sino, son sus órganos de gestión y administración, los cuales encaminan una proyección, de carácter esencialmente empresarial.

Los actos comerciales y de negocios, que se gestan en el seno de las estructuras societarias, importan la plasmación de una voluntad orgánica, voluntad que no puede identificarse plenamente con todas las voluntades de las personas físicas, que componen orgánicamente esta unidad societaria; entonces, estos actos lo realizan en representación de la empresa, obviamente, son las personas naturales que crean y emprenden dicha voluntad, las que en realidad emplean esta estructura normativa para cometer delitos.

La cierto y concreto, comporta que la persona jurídica es una ficción creada por el derecho positivo, creación destinada a cobijar voluntades sociales, con el fin de impulsar la economía del país; nadie puede negar que la empresa hoy en día, en una economía donde rige el libre mercado, se ha constituido en el motor de la economía nacional¹³⁵⁵.

Este pensamiento parte de SAVIGNY para quien la persona moral es una ficción: toda asociación de hombres no es más que una suma de individuos entre los que existen ciertas relaciones, carecen, empero, de la unidad espiritual y corporal que caracteriza a las personas¹³⁵⁶.

En cuanto a la «culpabilidad», en cuanto a un reproche de naturaleza estrictamente individual, que importa una inadecuada conducción conductiva conforme a las normas penales, pese a conocer de su eminente prohibición, juicio que se extiende materialmente, a todo el proceso de socialización del sujeto, así como de su evidente vulnerabilidad frente al sistema en su conjunto; lo que incide en varios planos de intensidad, en lo que respecta al juicio de imputación individual.

Conforme lo anotado, resulta en puridad falaz, la idea de sostener una responsabilidad colectiva de la persona jurídica, en cuanto al atribuir responsabilidad penal a la *societas*, se estaría realizando un juicio —de orden colectivo—, que es inimaginable en estructuras societarias compuestas por una serie de órganos y departamentos, donde sirios y troyanos, tendrán que asumir responsabilidad penal, por la verdadera responsabilidad criminal de unos cuantos gesto-

1355 De ahí la importancia de la Empresa como generadora de tributos (sujeto obligado), como fuente de empleos (mano de obra) y como impulsor de la riqueza.

1356 Citado por DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, cit., p. 37.

res; máxime, ante el reconocimiento de una responsabilidad penal incompatible con la concepción de culpabilidad –así concebida-; a tal efecto, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cómo operaría en este caso, la función de prevención especial asignada teóricamente a la pena? ¿De qué manera se ejecutaría el tratamiento penitenciario destinado a la rehabilitación del agente, cuando no se sabe a ciencia exacta, cuál es la medida de culpabilidad de cada uno de los supuestos «culpables»? sabedores, que el tratamiento penitenciario debe ajustarse a la medida de las necesidades rehabilitadoras del sujeto infractor, de acuerdo a sus características particulares y singulares.

De recibo, que en este punto, los partidarios de su imputación, sostendrán la mayor importancia de la prevención general negativa de naturaleza disuasiva, sobre la prevención especial positiva, pero, de este modo, afectarían las bases de un Derecho penal fuertemente ligado a la idea de socialización y al reconocimiento de la dignidad humana, -como el soporte material del ordenamiento jurídico-; formulación que únicamente podría sostenerse en un Estado de modelo «policial» y «autoritario».

La resistencia dogmática, en cuanto admitir responsabilidad penal a la persona jurídica, no significa una postura en contra de la redefinición de las categorías dogmáticas de la imputación jurídico-penal, ni tampoco un relajamiento político-criminal, que pueda significar la apertura de espacios de impunidad a una criminalidad, de tan grave cobertura perjudicial para el orden económico y social.

La discusión, creemos, no camina en ese sentido, sino en formular técnicas de procesamiento coherentes; volvemos a reiterar, mientras el derecho positivo no asuma a la persona jurídica como centro de imputación jurídico-penal, la propuesta de atribuir responsabilidad penal a la *societas* carece de sentido práctico y metodológico¹³⁵⁷.

Atribuir sin más, «responsabilidad penal» a las personas jurídicas, mediante el levantamiento del *societas delinquere non potest*, si bien puede encubrir buenas intenciones, como bien expone DE TOLEDO Y UBIETO, puede generar un tan importante como usual acicate para producir el conformismo con el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por consiguiente, para la dejación *in itinere* o, incluso, el abandono *ab initio* de las muchas más largas y complejas tareas de averiguar qué persona o personas físicas ha(n) empleado delictivamente a las jurídicas.

El camino entonces, -como lo sostuvimos en una apartado anterior de la monografía-, debe discurrir en la técnica del «Levantamiento del Velo», la cual

1357 Así, SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, J. R.; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Palestra Editores, Lima, cit., p. 112.

consiste en penetrar en las estructuras formales de la persona jurídica con el cometido de identificar e individualizar a todos aquellos verdaderos autores, que se han servido de su formalidad normativa, para perpetrar hechos punibles, desde el seno de sus órganos de representación y gestión.

Identificación de autores, que no sólo se limita a los representantes de derecho (formales), sino también a los representantes de hecho, aquellos, que sin ejercer formalmente una representación, son en realidad quienes ejercen el dominio de la actividad social de la empresa (los denominados «testaferros» u «hombres de paja»)¹³⁵⁸; quienes no aparecen formalmente (en la *inscripción registral*), como órganos de representación de la empresa, pero en los hechos, son quienes cuentan con el *dominio social típico*.

Situación esta última que debería ser recogida de *lege ferenda*, por el legislador, y de esta forma, modificar los alcances normativos del artículo 27º del CP, conforme la línea argumental esbozada.

En la medida de lo expuesto, no consideramos idóneo que deba circunscribirse el combate a la criminalidad empresarial, únicamente *con los brazos sancionadores del Derecho penal, pues debe aparejarse a dicho cometido, la afirmación y reforzamiento del ámbito regulador de las otras parcelas del ordenamiento jurídico, que también ejercen un rol importante en el marco de un rol sancionador; a tal efecto, el Derecho privado, es la parcela, que se encarga de las pretensiones indemnizatorias, cuando el comportamiento atribuible a la persona jurídica, ha ocasionado un daño, susceptible de ser reparado; así también, vemos que el Derecho societario (comercial), impone medidas y sanciones, que significan una alta dosis de afectación al emprendimiento normal de la empresa, que de cierta forma se entrecruzan con los objetivos de las denominadas "consecuencias accesorias", que serán analizadas líneas más adelante*

En resumidas cuentas, convenimos que la actuación de las diversas parcelas del ordenamiento jurídico, así como una adecuada legislación en término de política criminal, pueden resultar eficaces para combatir un fenómeno crimi-

1358 Así, DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., al sostener que al derecho penal le corresponde, "(...) la finalidad de poner de manifiesto los excesos en que se puede incurrir (se incurre) dentro de otros ámbitos del ordenamiento, cuando se admiten como lícitas y aún aconsejables la simulación de la aristocratización extrema en el interior de muchas sociedades, la opacidad máxima de su organización, el oscurecimiento impenetrable de la toma real de decisiones en su interior, la ocultación permitida de ramificaciones y conexiones societarias que pueden tener, la fugacidad, transferibilidad, intercambiabilidad, instrumentalidad (delictiva) o auténtico carácter de simple señuelo y capacidad de esfumarse sin dejar -o con mínimo rastro de multitud de ellas, etc., y se admiten también, proveerlas, las deficiencias en la jurisdicción penal de medios (personales, materiales y aun también legales) adecuados para desenmascarar lo que en todo ello se finge o encubre"; *Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares...*, cit., ps. 1139-1140.

nal, de raíces tan complejas, como es de verse en el caso de la «delincuencia empresarial».

3. CONSECUENCIAS ACCESORIAS AL DELITO

El hecho punible es atribuido es un sujeto infractor –penalmente responsable–, al haber lesionado y/o puesto en peligro bienes jurídicos fundamentales, dando lugar a una reacción jurídica legitimada, una pena es caso de los imputables y una medida de seguridad en caso de los declarados inimputables.

La pena se dirige a fines estrictamente preventivos (generales y especiales), mediando el despliegue de una comunicación socio-pedagógica, dirigida esencialmente a evitar la comisión de delitos en el futuro (*punitur ne pecetur*). Empero, la política criminal que ha de perfilar el Estado en el combate contra la delincuencia no se agota en la sanción que recae sobre el sujeto infractor, sino que de aparejar también otras instituciones sancionadoras que coadyuven a neutralizar la comisión frecuente de las conductas prohibidas.

La imputación *jurídico-penal*, presupone dos aspectos a conocer: primero, el conjunto de reglas (prescripciones: prohibiciones y mandatos), que se plasman en los directivos de conductas contenidos en los enunciados penales (*tipicidad penal*) y, segundo, sujetos capaces (*destinatarios*) de comportarse (*motivación normativa*) según los modelos conductivos que hacen alusión los tipos penales. Concretamente, si se imputa anota Sánchez-Ostiz, se parte de un sujeto que no se encuentra predeterminado, sino abierto a vincularse mediante reglas (de conducta). Es más, que la persona se determina y determina el proceso que “acontece”. Y, en igual medida, esa persona, como sujeto de conductas, no puede concebirse sin la existencia de un conjunto de reglas de imputación¹³⁵⁹.

Las «Consecuencias Accesorias aplicables a la persona jurídica», importó la inclusión de una figura novedosa en el Corpus Punitivo de 1991, entendiendo el legislador que no en pocas circunstancias, los sujetos infractores se valen de la fachada de las personas jurídicas, de las empresas y corporaciones, para perpetrar injustos penales. Es decir, estas unidades orgánicas cuentan con una serie de órganos societarios que la representan, a partir de dichos departamentos es que se toman decisiones, algunas de ellas se salen del cauce legal, del pacto social, incidiendo en la comisión de conductas delictivas.

Puede decirse que la imputación delictiva ya no puede ser vista desde la imagen de un sujeto singular e individualizado, sino como una imputación sistémica o dígase corporativa, cuando se emplea la fachada legal de la persona

1359 SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, cit., ps. 395-396.

jurídica para incurrir en ilícitos penales¹³⁶⁰. Se dice así, que la *societas* ha de ser neutralizada —como foco criminógeno—, y así evitar que se siga instrumentalizando para encubrir conductas delictuosas.

La imputación *jurídico-penal* fue creada en base a la visión de las personas *psico-físicas*, en base a individuos portadores de capacidades cognitivas y volitivas, necesarias para adecuar su conducción conductiva conforme al sentido motivador de las normas jurídicas. Dicho plano ontológico de la imputación ha sido redefinido según las nuevas manifestaciones criminológicas, que han dado paso a nuevos rumbos de la política criminal, tomando en cuenta los medios por los cuales se valen los sujetos infractores para cometer delitos, redefiniendo posturas en puridad *normativistas*. Surge en escena la criminalidad empresarial avizorando una perspectiva más amplia del régimen sancionador, lo que determina un doble plano a saber: primero, la sanción que ha de recaer sobre el sujeto infractor de la norma jurídico penal y, aquellas consecuencias accesorias que tienen como sujeto pasivo a la persona jurídica.

Es el propio funcionamiento de la corporación empresarial, que permite a sus órganos decisorios generar ciertas situaciones, que son aprovechadas para cometer una serie de defraudaciones y otras conductas afines, que lesionan intereses jurídicos —dignos de tutela penal—. Por ello, las consecuencias jurídicas no pueden agotarse en la persona del sujeto infractor, sino otras que hayan de repercutir en el instrumento delictivo, como una vía reforzada de la prevención delictiva así como de garantizar las sanciones indemnizatorias.

Hoy en día la criminalidad desarrollada al amparo de las sociedades es vasta y de un potencial criminógeno antes nunca visto, llámese mafia, criminalidad organizada, redes de tráfico de armas, de niños, de prostitución, de drogas, de blanqueo de dinero, etc. Se estima que su desarrollo tan espectacular en los últimos tiempos se debe precisamente a la irresponsabilidad penal de las sociedades, pues muchas de dichas organizaciones utilizan sociedades ficticias, sociedades tapaderas, corrompen a la clase política para perpetrar sus ilícitos, anota ZÚÑIGA RODRÍGUEZ¹³⁶¹. No es el abordaje presente, referido a la responsabilidad penal o no de las personas jurídicas, mas no deja de ser interesante lo acotado, sabedores que el freno contra la delincuencia empresarial, tiene como

1360 Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, al sostener que los delitos cometidos en el ámbito de la empresa o en sistemas organizados, en realidad conllevan dos injustos: por un lado está el injusto de la empresa, el injusto de la organización, donde puede haber una actitud criminal de grupo o defecto en la propia organización y, por otro, el o los injustos de los individuos concretos que realizan conductas delictuosas dentro de la organización, aprovechándose de ella (dolo) o con imprudencia; *Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y modelos de Imputación Penal*, cit., ps. 230-231.

1361 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y modelos de Imputación Penal*. En: *Delincuencia Organizada*, cit., ps. 202-203.

herramienta importante las Consecuencias Accesorias ha de ser impuestas sobre las personas jurídicas.

En palabras de DÍAZ PITA, las personas jurídicas, y más concretamente, las sociedades de carácter mercantil, se han convertido en un factor altamente criminógenos: escándalos financieros, estafas a gran escala, desestabilización, incluso, de las economías estatales son sucesos que, se producen con excesiva frecuencia con resultados y consecuencias en la mayoría de los casos, desastrosos¹³⁶².

No obstante, la nueva dimensión normativa proclamada en el cuerpo penal, las consecuencias accesorias al delito ha pasado a engrosar el denominado «Derecho Penal Simbólico», meramente decorativo, en tanto su aplicación es nula en la Justicia Penal. La judicatura, pese a contar con elementos de convicción suficientes, para imponer esta clase de sanciones, hacen caso omiso a la ley y, simplemente no la concretizan. Un complejo multifactorial que ha impedido que el régimen sancionador del Derecho penal se materialice en toda su extensión, provocando una merma en las finalidades preventivas.

4. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

Advertimos la presencia de un nuevo modelo de *prevención delictiva*, donde a las sanciones penales tradicionales, la pena y la medida de seguridad, se suman otros que tienen como factor de atribución de responsabilidad una «persona jurídica» que desde un plano formal es sujeto de derechos y obligaciones, tal como se desprende desde el ámbito del Derecho Público, nos referimos al Derecho Administrativo Sancionador, al Derecho Tributario, al Derecho Comercial (Societario) y al Derecho Laboral.

En el campo estrictamente penal la persona jurídica, la *societas* es vista como un instrumento -que es empleado por las personas físicas que ejercen sus órganos de representación-, para la perpetración de hechos delictivos, desnaturalizando los fines sociales, para los cuales fue creada la corporación. Bajo tal contexto, el derecho positivo, fijado desde las normas jurídico-penales trata de abordar -desde una visión totalizadora-, la forma de cómo enfrentar esta criminalidad, sumando sanciones que no necesariamente pueden ser explicadas desde los derroteros de la política criminal¹³⁶³.

1362 Citada por DÍAZ PITA, M. P.; *La Persona Jurídica como imputado en el Proceso Penal Español*. En: *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, II, cit., p. 663.

1363 Vide, al respecto, DÍAZ PITA, M. P.; *La persona jurídica como imputado en el Proceso Penal Español*, cit., ps. 664-668.

Con ello queremos fortalecer la idea —ya propuesta en otro apartado de la monografía—, que según la normativa de nuestro CP, las *societas* no son pasibles de Responsabilidad penal (*societas delinquere non potest*), ora por motivos de estricta imputación individual y de acción, al margen de posiciones en puridad *dogmáticas* que pretenden alejarse de las prescripciones de la *lege lata*.

Un aspecto es la proponer las fórmulas dogmáticas de cómo poner freno a la criminalidad empresarial y, otra muy distinta, de interpretar la ley penal, con arreglo a los dictados del principio de legalidad.

El papel de la doctrina es el de desentrañar en el propio Derecho positivo (penal y administrativo), mediante la hermenéutica correspondiente, los tipos de infracción que ya se encuentran descritos en los programas de buen gobierno y también debe desempeñar el rol de señalar al legislador la vía por la que debe de discurrir en la tarea de tipificar nuevas conductas, señala Bajo Fernández¹³⁶⁴.

Dicho lo anterior, ponemos énfasis en la naturaleza *jurídico-administrativa* de las Consecuencias Accesorias que recaen sobre la persona jurídica; como vemos del listado de sanciones que se han glosado a todo lo largo del artículo 105º del CP, como la clausura de locales, prohibición temporal de actividades, disolución y liquidación de la sociedad o de la asociación, etc., responden a consecuencias jurídicas privativas del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Comercial. De ahí, que su inclusión en los apartados normativos de la codificación punitiva responde a una unidad del modelo de prevención y de sanción, que expone una integración de la respuesta jurídica del Estado ante conductas disvaliosas, infractoras de la normativa en cuestión, conforme al conjunto del Derecho Público sancionador.

El modelo de atribución de responsabilidad que incide sobre las personas jurídicas, al seguir un carácter *administrativo*, es esencialmente *objetivo*, por lo que se configura al margen de la responsabilidad penal de los sujetos físicos que han de ser identificados como individuos responsables de la conducta delictiva. La Ley Nº 27444 y las normas especiales siguen dicho modelo de atribución de responsabilidad, sea una persona natural o jurídica.

El hecho de que las Consecuencias Accesorias sean dictadas por tribunales penales, no es un dato contradictorio, no olvidemos que es el juez penal quien también fija la indemnización extracontractual de naturaleza civil, según se contiene del artículo 92º del CP.

Cuestión muy aparte a saber, es que la imposición de las Consecuencias Accesorias a las personas jurídicas en el Proceso Penal, está condicionada a la responsabilidad penal de las personas que ejercen sus órganos de representa-

1364 BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Modelo para un Derecho Penal de las Personas Jurídicas*. En: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, cit., p. 726.

ción, esto es, como corolario de una sentencia de condena, donde se haya garantizado a la empresa sus derechos de defensa, contradicción y aquellos otros refundidos en el modelo acusatorio fiel a la imagen del debido proceso. A decir de RAMOS GANCEDO, naturalmente estas medidas sólo podrán imponerse cuando se haya declarado la culpabilidad de alguna persona por el hecho cometido y se haya impuesto una pena¹³⁶⁵.

Lo anotado, determina incidencias: jurídico-material y jurídico-procesales importantes, en el sentido de que la no acreditación de responsabilidad penal de los órganos de representación en el decurso del procedimiento criminal, no anula la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser sancionada en un procedimiento extra-penal (comercial, laboral, administrativo, etc.). Mediando esta fórmula dogmática de ver el estado de la cuestión, se supera el obstáculo que plantea el principio del *non bis in idem*, desde el plano del sujeto de actuación, mientras que en el Proceso Penal son los individuos que representan a la empresa que son sancionados, en el Proceso Administrativo sancionador, es la persona jurídica que es objeto de consecuencias jurídicas, por lo que no concurre la identidad del sujeto, como exigencia del principio acotado¹³⁶⁶. Así también, los bienes jurídicos protegidos son distintos; en el ámbito tributario puede darse una doble persecución, sin que ello importe una vulneración al *non bis in idem*, de forma concreta en el marco de la acotación tributaria, facultad que tiene la Administración Tributaria de fiscalizar los valores que consignan los contribuyentes en sus declaraciones de rentas y otros, con la persecución de los ilícitos tributarios¹³⁶⁷¹³⁶⁸. Así, puede verse también en el mercado de valores.

Quienes postulan por la naturaleza jurídica *penal* de las Consecuencias Accesorias¹³⁶⁹, y parten del modelo de responsabilidad por "atribución", se encuentran con el escollo del principio material del *non bis in idem*, pues no pueden explicar con suficiente solvencia, como puede sancionarse dos veces a una misma persona, en lo que respecta a la sanción penal convencional y a las consecuencias accesorias. Como explica Silva Sánchez, el modelo de res-

1365 RAMOS GANCEDO, D.; *Comentarios al Código Penal*, 2, cit., p. 856.

1366 Así, SILVA SÁNCHEZ, al anotar que parece dominante la postura que entiende compatible la sanción penal a las persona física con la sanción administrativa a la persona jurídica, con base en el argumento de la divergencia del sujeto activo; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código Penal Español*. En: *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas. Órganos y Representantes*, cit., p. 173.

1367 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 109.

1368 Vide al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., ps. 157-158.

1369 Así, ZULGADÍA ESPINAR, para quien las consecuencias accesorias del art. 129 son auténticas penas; *Las "Consecuencias Accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, cit., p. 3.

ponsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, acota, la responsabilidad por ese hecho delictivo se *transfiere* a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación fundacional existente entre éstos y aquélla, son también, de esta última¹³⁷⁰.

Es mediando el modelo de la *transferibilidad* que se aplica la responsabilidad penal a las personas físicas que asumen la dirección de los órganos de representación de la persona jurídica, según la cláusula del «Actuar en lugar de otro», fórmula contenida en el artículo 27º de la PG del CP. Empero, lo que se propone en la postura de responsabilidad por «atribución» es al revés, de transferir los elementos de imputación (objetivos y subjetivos) de las personas físicas a la persona jurídica. Así, SILVA SÁNCHEZ al escribir que mientras la transferencia de los aspectos objetivos que fundamenta tal responsabilidad podría no plantear problemas, (...), no parece fácil fundamentar una «transferencia de los elementos subjetivos de las personas físicas actuantes a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última»¹³⁷¹.

Por el modelo de responsabilidad por el hecho propio no requiere de una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Es una responsabilidad de estructura «anónima» en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva¹³⁷².

Como se ha sostenido la persona jurídica constituye en un centro de atribución de derechos y obligaciones, según una serie de prescripciones normativas contempladas en varias esferas de la juridicidad, de modo que importa una asociación distinta de sus miembros, tal como se desprende del artículo 78º del CC y los dispositivos pertinentes de la LGS. Resultando que la responsabilidad administrativa y/o comercial en la que pueda incurrir, es independiente de la responsabilidad penal que pueda atribuirse a las personas físicas que la representan en sus órganos societarios.

1370 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., p. 161.

1371 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., p. 169.

1372 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., p. 165.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

La necesidad preventiva del Derecho penal, en el ámbito de una criminalidad económica, motivó al legislador del 91, a establecer de *lege lata*, ciertas medidas sancionadoras, que sin ser «penas» y verdaderas «medidas de seguridad», propongan una lucha más eficaz contra esta grave delincuencia.

En tal sentido, MAPELLI CAFFARENA, apunta que las personas jurídicas no son penalmente responsables en el sentido estricto, pero cuando sus actuaciones infringen la ley penal se dispone de unas sanciones que sin ser penas se asimilan a ellas en todo aquello que no presentan sus características propias¹³⁷³; importan entonces sanciones, que se aplican en función de ciertos presupuestos, tal vez ajenos a la pena, pero más asimilados a las medidas de seguridad. De ahí, surge la necesidad dogmática, de definir dogmáticamente el revestimiento jurídico de las denominadas «consecuencias accesorias».

La posición que se haya adoptado en el punto anteriormente discutido, determinará en definitiva, la postura sobre este controversial estado de la discusión.

Como subraya DE VICENTE MARTÍNEZ, la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias resulta confusa, por ello no es de extrañar que las propuestas realizadas por la doctrina en torno a la misma hayan agotado todas las soluciones imaginables posibles, desde que se trata de auténticas penas, o bien de medidas de seguridad o de otra clase de consecuencia jurídica del delito distinta a las anteriores¹³⁷⁴.

Identificamos, por tanto, una variedad de argumentaciones, que intentan explicitar la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, de cuya postura dependerá la finalidad que éstas deban ejercer, *en marco específico y concreto de las tareas preventivas del Derecho penal*; de cuyo cuño, explica TAMARIT SUMALLA, algunas soluciones aportadas por la doctrina incurren en un exceso de creatividad, que resulta incompatible con el necesario respeto al contenido esencial del principio de legalidad, al pretender hacer decir a la ley lo que ésta manifiestamente no dice¹³⁷⁵; y, son éstas las posiciones que seguidamente pasarán a ser abordadas y analizadas de forma rigurosa.

1373 MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, cit., p. 48.

1374 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: consecuencias accesorias contra las empresas*, cit., p. 49.

1375 TAMARIT SUMALLA, Joseph M.a; *Las Consecuencias Accesorias del artículo 129 del Código Penal: Un primer paso hacia un sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo - Libro Homenaje al profesor doctor Cerezo Mir", cit., p. 1161.

Como premisa del entramado de la discusión, delimitaremos los presupuestos de las sanciones punitivas: -la pena necesita de una acción culpable que haya infringido una norma jurídico-penal, en cuanto a una persona con capacidad psico-física para determinarse conductivamente, conforme al directivo de conducta, contenido en el enunciado penal y, las medidas de seguridad, se imponen ante un acto inculpable, que ha vulnerado una norma jurídico-penal, y que revela una prognosis de *peligrosidad de cara a futuro*.

Ambas sanciones punitivas, se encuentran sujetas al principio de «proporcionalidad»; empero, resulta necesario precisar, que las medidas de seguridad rigen también en otras parcelas del orden jurídico, como el Derecho administrativo sancionador; en el decurso de dicho procedimiento, en cuanto a la imposición de infracciones administrativas, podremos denominar como «medidas de seguridad»; aquellas destinadas a asegurar el carácter coercitivo de la sanción, como el decomiso de la mercadería.

Quienes son partidarios de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, como ZUGALDIA ESPINAR, no tienen problemas para considerar a las consecuencias accesorias como «verdaderas penas». El autor mencionado, considera que las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP (105 del CP peruano) son auténticas penas fundamentadas en su necesidad (como la pena de la persona física), previstas en el Código Penal, impuestas por el Juez Penal, como consecuencias de una infracción penal, en el curso de un proceso penal, orientadas a los fines de la pena, esto es, a prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la empresa (...) y que -por exigencia constitucional (...)-presuponen y se gradúan conforme a la propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad de la persona jurídica¹³⁷⁶.

Siendo consecuentes con nuestra postura, -que será definida líneas adelante-, la proposición antes mencionada, si bien encierra un falso silogismo, no resulta errática en sus funciones propuestas.

La pena presupone acción humana consciente y una culpabilidad determinada judicialmente; presupuestos únicamente identificables en la persona física -espiritualmente considerada; de ahí, aparece la idea que la pena pueda orientarse como amenaza legal en abstracto, a partir de sus efectos cognitivos disuasorios («prevención general»), y que pueda proyectarse un programa de rehabilitación social a la persona del infractor («prevención especial») y la autoconfirmación del orden jurídico a través del acto de condena («prevención general positiva»); ambas finalidades, sobre todo la prevención especial, necesitan de un sujeto, con capacidades de atribución, es decir, un verdadero sujeto de derecho, que sólo puede ser la persona física.

1376 ZUGALDIA ESPINAR, J. M.; *Bases para una Teoría de la Imputación de la Persona Jurídica*, cit., p. 546.

El planteamiento esbozado, llevado a todas sus consecuencias, implica la imposición de una doble sanción por un solo injusto cometido: -una pena de naturaleza retributiva, por la responsabilidad colectiva atribuida, que presupone la comisión de un injusto; y, otra pena, de naturaleza preventiva, que vendría a constituirse por medio de las consecuencias accesorias. Situación que vulnera el principio del *non bis in idem*, al sancionarse doblemente por una única conducta de relevancia jurídico-penal.

También, se pretende justificar la condición de «penas» de las consecuencias accesorias, a partir de una traslación de imputación del derecho administrativo sancionador, esto es, en el campo del derecho administrativo, la persona jurídica es reconocida como un verdadero «sujeto de derecho», por lo cual se le aplican también sanciones como la multa, el cierre del establecimiento, el decomiso, etc.

Esta realidad -sostiene BAJO FERNÁNDEZ- hace que, a veces, se sostenga la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por este simple hecho, aunque las sanciones procedan del orden administrativo y los órganos sancionadores pertenezcan a la Administración Pública¹³⁷⁷. Situación que para nada debe llevar al campo de las justificaciones, ni para acreditar la responsabilidad criminal de la persona jurídica ni para atribuir calidad de penas a las consecuencias accesorias, pues, las penas volvemos a subrayar, se rigen bajo el principio de identidad personal.

Una segunda posición, a la cual nosotros nos adherimos, es considerar a las consecuencias accesorias como «medidas de seguridad»; opción llevada al ámbito de las propuestas de un sector de la doctrina española, en virtud del apartado 3 del propio artículo 129º (CP español) y tal vez en el carácter de medidas de seguridad que le asignó el proyecto de Código Penal de 1980, carácter que se modificaría en la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, cuyo artículo 138º ya no hace uso del término «medidas de seguridad», para las personas jurídicas, sino que introduce por primera vez la expresión «consecuencias accesorias»¹³⁷⁸, cuyo tenor literal reza de la siguiente manera: " (medidas de seguridad) *están orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva*".

Se refrenda así la opinión de quienes distinguen entre peligrosidad subjetiva, que inspira las medidas de seguridad y la peligrosidad objetiva, que fundamenta las consecuencias accesorias¹³⁷⁹.

1377 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Personas Jurídicas y Derecho Sancionador*. En: *La Nueva Delincuencia I*. Oseño Editores. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, cit., p. 58.

1378 DE VICENTE MARTINEZ, R.; *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: consecuencias accesorias contra la empresa*, cit., p. 50.

1379 MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las Consecuencias Accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 48.

Pareciese tratarse de medidas de seguridad administrativa, de acuerdo con lo acotado por GRACIA MARTÍN, mas, este mismo autor señala a la vez lo que la inclusión de estas medidas contra personas jurídicas en el capítulo dedicado a las medidas de seguridad del Derecho penal debía considerarse, sin embargo, técnicamente errónea, pues las personas jurídicas al no poder ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal, no pueden serlo tampoco en la aplicación de medidas de seguridad¹³⁸⁰. No le falta razón para fijar dicha afirmación, puesto que las penas y las medidas de seguridad criminales, se sustentan sobre una base de atribución de responsabilidad basada en la persona psico-física; la pena presupone la «culpabilidad» del autor y la medida de seguridad, la «peligrosidad del sujeto inimputable»; entonces, vistas así las cosas, parece que no podría atribuirse la calidad de «medidas de seguridad» a las consecuencias accesorias al delito, puesto, que no se puede atribuir peligrosidad criminal a las personas jurídicas.

Existe también una tercera vía, una especie de abstracta construcción normativa, que identifica a las consecuencias accesorias en una «tercera vía de punición», como una medida intermedia entre las penas y las medidas de seguridad, no reconocida por el derecho positivo vigente.

En tal sentido, TAMARIT SUMALLA, al apuntar que resulta adecuada la vía interpretativa seguida por todos aquellos autores que entienden a las consecuencias accesorias como una tercera forma de sanciones penales, que la ley establece con plena autonomía de las penas y las medidas de seguridad, por lo cual no le son automáticamente aplicables los criterios legalmente previstos respecto a ninguna de estas dos formas de reacción¹³⁸¹.

En palabras de GRACIA MARTÍN, que es de esta postura, (...) nos encontramos ante una nueva consecuencia jurídica del delito que no es pena, ni medida, ni responsabilidad civil¹³⁸².

Si bien de *lege lata*, fueron varias las funciones que el legislador nacional le atribuyó a las consecuencias accesorias, su funcionalidad político-criminal no la podemos perder de vista, atribuyendo una naturaleza que no se corresponde con la naturaleza de nuestro sistema de punición, que a pesar de compilarlas en el texto penal, su esencia viene sostenida sobre una naturaleza administrativa,

1380 GRACIA MARTÍN, L.: *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*. cit., p. 113; así, MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las Consecuencias Accesorias en el Nuevo Código Penal*, ibid.

1381 TAMARIT SUMALLA, J. M.ª: *Las Consecuencias Accesorias del artículo 129º del Código Penal*, cit., p. 1163.

1382 GRACIA MARTÍN, L.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, cit., ps. 439 y ss.

No resulta coherente, la admisión de esta posición, ni argumentalmente ni dogmáticamente, como apunta MAPELLI CAFFARENA, aceptar esta hipótesis de la cuarta vía -consecuencia del delito- puede resultar un abandono prematuro al análisis en profundidad de estas figuras, además de dejar sin respuesta a cuestiones que de otra manera son fáciles de responder, tales como el fundamento, las reglas de determinación, las posibilidades de extenderle algunos beneficios penales o los principios garantistas en que se inspiran¹³⁸³.

En el caso del Código Penal peruano de 1991, el legislador inequívocamente las incluyó como «consecuencias accesorias», que de acuerdo a la Exposición de Motivos, se trataría de: «(...) *medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales*»; en efecto, las consecuencias accesorias, de acuerdo a la *ratio legis* del legislador, viene a coadyuvar los fines preventivos de la pena, que únicamente recaen sobre la persona física penalmente responsable, estas medidas como bien lo dice el legislador, se aplican a la persona jurídica como una vía de *neutralización de la empresa, como foco generador de riesgos para bienes jurídicos, tutelados penalmente*.

Retomando las críticas, se pone en cuestión, el hecho de que si la persona jurídica no puede cometer delitos, tampoco puede afirmarse que encierre peligrosidad de cometer delitos en el futuro y que en el presupuesto de las consecuencias accesorias no es la probabilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito¹³⁸⁴; y, como segunda objeción a esta tesis, se formula, que estas medidas supuestamente «administrativas», sean impuestas por un órgano jurisdiccional de índole penal.

Los reparos elaborados, pueden refutarse mediante los siguientes argumentos: -primero, el ropaje y revestimiento de las consecuencias accesorias como «medidas de seguridad», no se sustenta en la peligrosidad del autor (quien responde por su propia culpabilidad) ni en la peligrosidad de la persona jurídica como «sujeto de derecho», sino, por la peligrosidad que encierra la persona jurídica, como vehículo para la perpetración de actos delictivos, no concibiendo a la persona jurídica como sujeto, sino como objeto catalizador de delitos («peligrosidad objetiva»).

Dicho lo anterior, no se entiende a la medida de seguridad en términos convencionales (criminal), sino en la necesidad coercitivo-sancionadora, de prevenir la comisión de delitos mediante la utilización de la empresa, como foco generador de *riesgos jurídicamente desaprobados*. Por lo tanto, su caracterización

1383 MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las Consecuencias Accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 49.

1384 Así, DE VICENTE MARTINEZ, R.; *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: Consecuencias Accesorias a la Empresa*, cit., p. 50.

es propia y característica de medidas de seguridad, identificables en el derecho administrativo sancionador¹³⁸⁵; pues, es de verse que esta clase de medidas, se identifican plenamente, con las regladas en el ámbito administrativo, como es el caso, del artículo 174º, numeral 9, del Código Tributario, modificado por el Decreto Legislativo N° 953, que dispone la aplicación de sanciones (comiso o multa) cuando se remiten bienes con documentos que no reúnen los requisitos ni las características para ser considerados guías de remisión, esto es, se dispone el comiso de la mercadería, debiendo el contribuyente acreditar fehacientemente la propiedad de la mercadería a efectos de poder recuperarla.

Conforme lo anotado, se observa, que si bien la medida es de naturaleza preventiva, finalmente su imposición obedece a una finalidad eminentemente coercitiva; segundo, el hecho de que sea un juez penal, quien las impone o dicta, no dice nada al respecto, no olvidemos que la «Reparación Civil» se impone conjuntamente con la sentencia condenatoria, por los motivos, que hemos destacado en capitulaciones anteriores.

Como señala SERRANO-PIEDECASAS, la imposición de las medidas de seguridad a la persona jurídica se ha fundamentado desde dos puntos de vista: en base a la peligrosidad de las personas físicas que la integran y que la utilizaron como cobertura para llevar a cabo sus propósitos criminales, o por la propia peligrosidad de la empresa transgresora¹³⁸⁶.

Esta última postura, es la que tomamos en consideración para nuestro análisis, en razón, no de la peligrosidad de la persona jurídica como «sujeto de derechos», sino, como un «objeto de imputación», que es instrumentalizada por los verdaderos sujetos actuantes como instrumento para la comisión de delitos.

Son medidas coadyuvadoras a hacer efectiva la política criminal dirigida a combatir esta fenomenología criminal, que presenta complejidades en virtud de la estructura formal que cubre su fachada, una fachada normativa que debe ser descubierta, cuando la empresa, ha dejado de cumplir su rol socio-económicamente plasmado en su pacto social y estatutario, cuando ésta se ha convertido en una fuente generadora de riesgos para los bienes jurídicos de los ciudadanos.

Entonces, parece que la reconducción de la problemática se adscribe en una naturaleza administrativa de las consecuencias accesorias del delito aplicable a la persona jurídica; así CEREZO MIR, al enfatizar que las consecuencias ac-

1385 ASÍ, SALAS CARCELLER, Antonio; *Consecuencias Accesorias*. En: *Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Oseño Editores. España, 2003, cit., ps. 379-380.

1386 SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 113.

cesorias son sin duda, medidas de carácter administrativo, dada la imposibilidad que las personas jurídicas realicen acciones típicas y antijurídicas¹³⁸⁷.

Conclusivamente, diremos que las consecuencias accesorias, son una nueva propuesta política criminal que nos presenta el legislador del 91, que tomando en consideración, un hecho punible, -supuestamente cometido por sus órganos representantes (personas físicas)-, amerita la imposición de una medida, de esta naturaleza, al haberse convertido la empresa, en una fuente de peligros.

En palabras de SALAS CARCELLER, (...) se trata de cerrar el ámbito de previsión de la norma con la finalidad, por un lado, de evitar que los vestigios de la infracción penal representados por determinados bienes que guardan relación con la actividad delictiva en que se ha incurrido queden en posesión y beneficio del culpable o de terceros no legitimados por la norma para ello¹³⁸⁸, por razón de la propia coherencia y lógica del sistema y del propio respeto a las víctimas del delito y a sus familiares, más que por el valor intrínseco de tales bienes que tantas veces es en la práctica inapreciable; y, por otro, de impedir que determinadas entidades jurídicas puedan continuar desarrollando su actividad en el tráfico cuando, también tantas veces, su creación y funcionamiento ha tenido como único objeto social tácito la comisión de infracciones penales¹³⁸⁹. Y, decimos supuestamente «cometido», por el hecho palmario, que nuestro derecho positivo vigente, permite la aplicación de las consecuencias accesorias, sin necesidad de haberse impuesto firmemente una condena de punibilidad.

Los artículos: 102º y ss., del CP, no hacen alusión alguna, de que las consecuencias accesorias deben ser impuestas conjuntamente con la sentencia condenatoria, al igual que la reparación civil; es de verse, por tanto que el legislador ha conferido al Juez Penal, la facultad discrecional de aplicar estas medidas asegurativas -de forma preventiva-; así se desprende el artículo 221º del CP (Parte Especial), que establece a la letra lo siguiente: *“que en los delitos en este capítulo (delitos contra los derechos intelectuales) se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. (...) En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares ilícitos podrán ser entregados al titular del derecho vulnerado o a*

1387 CEREZO MIR, José; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tomo II. 5ta. Edición. Tecnos. Madrid, 1997, cit., ps. 69 y ss.; Para MAPELLI CAFFARENA, no son penas ni medidas de seguridad, ni responsabilidad civil, aceptando la hipótesis de la cuarta vía -cuarta consecuencia del delito-; *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, cit., p. 49.

1388 Así, el artículo 102º, al establecer que el «decomiso de bienes», afecta a los instrumentos con que se hubiere ejecutado la infracción penal, a no ser que pertenezcan a terceros no participantes, en la infracción.

1389 SALAS CARCELLER, A.; *Consecuencias Accesorias*, cit., p. 380.

*una institución adecuada y en caso de no corresponder, serán destruidos. La entrega no tendrá carácter indemnizatorio*¹³⁹⁰; en concordancia con el artículo 102º (*in fine*), que dispone lo siguiente: "El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado (...)".

Conforme lo anotado, cabe señalar, que si bien no lo dice el tipo legal, este delito puede ser cometido en el seno de una persona jurídica, por lo que no cabe problema, para aplicar preventivamente la medida preventiva y coercitiva del decomiso, como una vía adecuada, para impedir que se sigan utilizando los instrumentos pertinentes, para facilitar la comisión del hecho punible.

Exigir que la imposición de una consecuencia accesoria tenga que ir unida a la imposición de una pena a una persona física no sólo no se encuentra establecido en la ley, sino que ello sería además contrario al fundamento mismo de dichas consecuencias, en definitiva para su aplicación bastará con que en el curso de la actividad de la persona jurídica se haya realizado un hecho típico y antijurídico sin que sea preciso además, que sea, culpable¹³⁹¹.

Ni siquiera es necesario, que se haya dado inicio formalmente a una Investigación Preliminar (Sumarial), basta con que se ejecuten operativos de prevención de delito, bajo la dirección de los órganos de persecución penal (Fiscalía), en donde se encuentren estos instrumentos en locales que sirven de almacenamiento de material delictivo e instrumentos destinados a su utilización. Muy a menudo, observamos en los editoriales periodísticos, las continuas intervenciones que se realizan en diversos locales y establecimientos de nuestro territorio nacional, a efectos de combatir el plagio y la piratería, que tanto daño producen a la industria nacional y a la hacienda pública.

Cuestión aparte, es identificar, que las consecuencias accesorias previstas en el artículo 102 y ss, del Código Penal, no pueden ser unificadas en un único criterio, a partir de las funciones que persiguen¹³⁹².

Si en todas ellas, identificamos, de forma general un carácter «coactivo-preventivo»; en otras no es tan así, en tanto, la «privación de beneficios de personas jurídicas», prevista en el artículo 104º del CP, establece que *la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas, como consecuencia de la infracción penal cometida, será decretada por el Juez, en cuanto sea necesaria*

1390 Asimismo, el artículo 231º del CP (delitos contra el patrimonio cultural).

1391 CONDE-PUMPIDO FERREIRO; *Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia*. Dirección: Cándido Conde Pumpido Ferreiro. Editorial Trivium S.A. Ira. Ed., Madrid, 1997, cit., p. 391.

1392 Así, GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. cit., p. 439 y ss.

para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil, si los bienes fuesen insuficientes; en cuanto una vía que se apareja y complementa, al cometido indemnizatorio, que se refunde en el Proceso Penal.

Siendo así, las «consecuencias accesorias», no pueden ser reputadas como una «cuarta vía», a diferencia de lo que acontece en el derecho positivo español; constituyen medidas de seguridad de naturaleza administrativa, cuya función se orienta hacia una efectiva prevención, sanción y tutela de los intereses de la víctima.

Asimismo, es de verse, que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, no importa una facultad discrecional que se le confiere al Juzgador, sino, que su imposición se deriva del imperio de la ley. Lo que sí comporta, una potestad discrecional, es imponer, cualquiera de las sanciones, glosadas en el artículo 105º del CP, en sujeción a los principios de «proporcionalidad» y de «razonabilidad», desde un plano sustantivo y, conforme al principio «acusatorio», desde un plano procesal.

6. COMENTARIOS AL PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA

En el Acuerdo Plenario Nº 7-2009/CJ-116 (Fundamento 8), se dice que dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACP, que no han sido objeto de una ley completa en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible.

Si bien podemos conciliar con las precisiones expuestas por el Tribunal Supremo, disentimos en el tema de los criterios, en el sentido de que aquellos parten de premisas y/o presupuestos que se refunden en todo el ámbito del Derecho Público Sancionador, que se derivan propiamente de aquellos glosados en los artículos 45º y 46º del CP¹³⁹³, debiéndose agregar otros en virtud de la naturaleza jurídica de las cosas.

1393 El Tribunal Supremo en el Fundamento 16, ha propuesto los siguientes criterios: a.-prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas. b.-La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. c.-La gravedad del hecho punible realizado. d.-La extensión del daño o peligro causado. d.-La extensión del daño o peligro causado. e.-El beneficio económico obtenido con el delito. f.-La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible. g.-La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica y h.-La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y opera sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

Sobre su naturaleza jurídica, siguiendo a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, se dice que no son penas accesorias como la de inhabilitación (...). No son pues un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesorio, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [*Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia*. En: Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal, José Hurtado Pozo, editor, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo, Lima, 2009, cit., página 493).

Las sanciones ha ser adoptadas en el seno de la persona jurídica no tienen que ver con el sujeto pasible de imputación, la orientación de la política criminal de las consecuencias accesorias detentan su propia finalidad, sin embargo su aplicación sí está condicionada a la verificación del injusto atribuible a o los agentes del delito y complementaria de las sanciones personales.

Para HURTADO POZO, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada¹³⁹⁴, pero no con el objetivo de encubrir su reconocimiento como portadoras de responsabilidad penal. Como bien acota PEÑA CABRERA la imposición de las consecuencias accesorias (...) en modo alguno conducen al reconocimiento que las personas jurídicas poseen responsabilidad penal¹³⁹⁵.

Son, entonces, accesorias, no porque acompañen siempre a una pena o medida, sin necesidad de su previsión específica, sino porque su imposición no es posible al margen de la de una pena o medida¹³⁹⁶ (...) y tiene como finalidad evitar la continuación en la actividad delictiva desarrollada por medios de dichos entes sociales (...) ¹³⁹⁷, los fines criminológicos se encuentran latentes en dicha institución.

7. ALCANCES Y LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 105° CP

El Tribunal Supremo, tomando en cuenta las modificaciones producidas al artículo 105° del CP, al amparo del Decreto Legislativo N° 982, ha definido

1394 HURTADO POZO, J.; *Personas Jurídicas y Responsabilidad Penal...*

1395 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit., p. 696.

1396 GUINARTE CABADA, G.; *Comentarios al Código Penal*, Vol. II, cit., p. 666.

1397 SALAS CARCELLER, A.; *Consecuencias Accesorias*. En: *Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código Penal*, cit., p. 395.

ciertos presupuestos y/o criterios para la imposición de las Consecuencias Accesorias, entre los cuales destaca:

- A. Que se haya cometido un hecho punible o delito; el injusto típico perpetrado en su faz subjetiva, puede ser atribuidos a título de dolo o de imprudencia, pudiendo abarcar un delito de resultado o de peligro.

Según un entendimiento estricto del *principio de legalidad*, habrá que negar la imposición de consecuencias accesorias ante la hipótesis de un *delito tentado*; máxime, la lesión concreta de intereses jurídicos parece ser un dato a saber fundamental para la adopción de estas sanciones jurídicas¹³⁹⁸.

En lo referente al *título de participación delictiva*, de que el sujeto infractor haya sido condenado a título de autor y/o de partícipe (instigador o cómplice), en nuestra opinión no determina la validez de la consecuencia jurídica; lo que interesa acá es que el agente se haya servido de la persona jurídica para la comisión del hecho punible, al margen de la intensidad del título participativo.

- B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; este presupuesto es elemental, tomando en cuenta el factor criminógeno de la corporación, de que el autor se haya servido de las estructuras formales de la *societas* para facilitar la comisión del hecho punible. Podemos hablar de un vínculo societario de imputación, cuya no verificación imposibilita la imposición de las Consecuencias Accesorias a la persona jurídica.
- C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico del delito; presupuesto de no menor relevancia, que exige una resolución de condena con la calidad de Cosa Juzgada, en mérito de la cual se haya acreditado fehacientemente la responsabilidad penal del autor y/o partícipe¹³⁹⁹. Advirtiéndose de los medios probatorios actuados en el Juzgamiento de que el acusado se valió de la corporación en la comisión del injusto. Importa una vinculación personal, que condiciona la adopción de estas consecuencias jurídicas únicamente en el Proceso Penal. Tal como

1398 Vide, al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., ps. 194-195.

1399 Al respecto, DÍAZ PITA —comentando la legislación española—, que sin sentencia condenatoria de la persona física, no podrá ni hacerse responsable solidario al pago de la multa a la persona jurídica no tampoco se le podrá imponer cualquiera de las consecuencias accesorias contenidas en el artículo 129. La apuesta, pues, por la responsabilidad directa de la persona jurídica, no viene avalada, por ahora, por la dirección literal de los artículos del Código Penal español, ni en lo que se refiere a la imposición de pena pecuniaria ni a la imposición de consecuencias accesorias; citada, por DÍAZ PITA, M. P.; *La persona jurídica como imputada en el Proceso Penal Español*, cit., ps. 675-676.

lo aseveramos —líneas atrás—, la absolución del imputado no es óbice para que en la vía administrativa la persona jurídica pueda ser pasible de una sanción administrativa.

Punto importante a saber, es el efecto que irradia el principio de *proporcionalidad* en la aplicación de las Consecuencias Accesorias, como la vía arbitrada y legal que prohíbe la arbitrariedad jurisdiccional, a lo cual debemos sumar el principio de *extrema necesidad* y de *adecuación*, cuya decisión judicial debe estar premunida de una debita motivación. La adopción de la consecuencia jurídica no sólo debe estar prevista en ley pertinente (principio de legalidad), sino que esta debe ser necesaria para lograr los fines propuestos en la normativa, debe ser indispensable y no existir un mecanismo menos lesivo que pueda garantizar dicho estado de cosas.

Habiéndose señalado en el Fundamento 17, que: (...) el órgano jurisdiccional deberá evaluar en caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación antes detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición. (...) no basta sólo con atender al principio de proporcionalidad y la existencia que ello comporta, sino que además la medida debe estar orientada a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma¹⁴⁰⁰. Debe hacerse aquí una ponderación entre los riesgos de futuro y los daños que se han de causar con la intervención penal a la empresa afectada¹⁴⁰¹.

8. CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y PROCESO PENAL

Como toda sanción jurídica, la efectiva adopción Consecuencias Accesorias no puede escapar de las garantías a la luz del Estado Constitucional de Derecho, de cuyo cuño se establece un procedimiento que ha de velar por los derechos fundamentales de las partes involucradas.

Primero, como se tenido la oportunidad de acotar, la imposición de las Consecuencias Jurídicas se encuentra supeditada a una sentencia de condena, donde los sujetos infractores sean sancionados con una pena y/o medida de seguridad; segundo, las Consecuencias Accesorias recaen sobre una persona

1400 RAMOS GANCEDO, D.; *Comentarios al Código Penal*, 2, cit., p. 856.

1401 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., p. 202.

jurídica distinta a las personas naturales que ejercen sus órganos de representación. Por consiguiente, si hemos convenido la no atribución de responsabilidad penal de la *societas*, las sanciones que puedan imponerse sobre aquélla, incide en una situación jurídico-procesal singular, dando lugar al reconocimiento de un sujeto procesal distinto a quienes se les denomina «imputados», en cuanto al juicio de atribución de haber cometido un injusto penal.

Dicho esto, aparece la figura del «Tercero Civil Responsable», quien puede ser una persona natural o una persona jurídica, pues no se exige para tal efecto, los mismos requisitos para ser considerado sujeto *penalmente responsable*, al seguirse los mismos criterios que fundan la Responsabilidad Civil, es decir, en adecuación a los presupuestos que se desprenden del Derecho privado.

El tercero civil responsable es una persona que no ha participado de forma alguna en la realización del evento delictivo, pero, que en razón de estar vinculado legalmente con el imputado —directa o subsidiariamente—, le genera una responsabilidad de naturaleza civil¹⁴⁰².

Entonces, la persona jurídica puede ingresar al Proceso Penal, visto desde un doble plano a saber: —sea para garantizar el pago por concepto de Reparación Civil, cuando los bienes del condenado no sean suficientes para cubrir por entero la suma indemnizatoria a favor de la víctima y, así también como sujeto pasivo de las Consecuencias Accesorias, según lo previsto en el artículo 105° del CP.

Debiéndose aclarar que el ingreso de la persona jurídica al Proceso Penal, si bien puede decirse que sujeto de imputación (*en cuanto a la objetividad de su empleo en la comisión de hechos punibles*), no se produce en calidad jurídico-procesal de imputado, en tanto dicha cualidad jurídico-procesal sólo la puede ostentar los sujetos e individuos —personas psico-física—, a quienes se les atribuye la comisión del delito, sea a título de autores o de partícipes.

En la doctrina española, se señala desde el punto de vista procesal por imputado se entiende en la práctica totalidad de la doctrina aquélla *persona física* a la que se atribuye provisionalmente la comisión de un hecho delictivo, es decir, aquella persona física que, una vez desarrollado el proceso penal, puede resultar absuelta o condenada por el hecho o hechos delictivos por los que se procedió; más concretamente, aquella persona física que puede ser considerada responsable criminalmente de un delito o falta¹⁴⁰³.

1402 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 476.

1403 DÍAZ PITA, M. P.; *La persona jurídica como imputado en el Proceso Penal Español*, cit., p. 669.

Por lo antes dicho, la persona jurídica no puede ser considerada como imputado en el Proceso Penal, por motivos estrictamente sustantivos, donde el obstáculo reside en la imposibilidad de que aquélla pueda ser vista como autor de un delito y, procesalmente hablado su incapacidad para poder responder ante la instancia jurisdiccional como inculpado de una imputación penal. Máxime, si son las personas físicas que asumen la dirección y control de sus órganos de representación, las que asumen dicha cualidad jurídico-material y jurídico-procesal, según la cláusula normativa del Actuar en Lugar de Otro¹⁴⁰⁴.

Como toda norma sustantiva, el CP no regula el procedimiento de ingreso de la persona jurídica al Proceso Penal así como las garantías y derechos procesales que se le debe reconocer. El C de PP, según sus aristas de tan vetusta formación jurídica, no habría de contemplar nada al respecto; situación que cambia con el nuevo CPP, al haberse previsto en el artículo 90° a la letra lo siguiente: "*Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104° 105° del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal*". Se necesita de un requerimiento formal por parte de la administración de justicia (a solicitud del persecutor público), hacia la Persona Jurídica, la cual a tales efectos, ingresará al procedimiento penal como un Tercero Civil Responsable (...) ¹⁴⁰⁵.

Siguiendo la línea argumental esbozada, se tiene que la imposición de consecuencias jurídicas, según la magnitud descrita en los renglones normativos del artículo 105° del CP, requieren que la persona afectada (*persona jurídica*), pueda hacer valer sus elementales derechos que se comprenden en los supra-conceptos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Lo que se quiere evitar, en todo caso es un probable estado de indefensión, desdeñable según los axiomas que construyen el modelo acusatorio-garantista.

Así, como el imputado tiene el derecho de refutar y/o desvirtuar las aseveraciones fácticas que propone el Fiscal en su escrito de Acusación (teoría del caso), asimismo la persona jurídica, a través de sus representantes y/o apoderados tiene también el derecho de proponer una argumentación fáctica y jurídica, tendiente a contradecir la necesidad de que se representada sea pasible de las Consecuencias Accesorias regladas en el artículo 105° del CP, ora por que la empresa no fue el vehículo que empleo el imputado para perpetrar el delito ora que a pesar de su utilización como foco criminógeno no resulta indispensable su adopción, con arreglo al principio de proporcionalidad. Así, el artículo 93° del nuevo CPP, al establecer que: "*La persona jurídica incorporada en el proce-*

1404 Así, DÍAZ PITA, M. P.; *La persona jurídica como imputado en el Proceso Penal Español*, cit., p. 671.

1405 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, cit., p. 439.

so penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que el Código concede al imputado".

En el Fundamento 20 del Plenario, se expone al respecto lo siguiente: "En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanar de las garantías de defensa procesal —derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación— y de tutela jurisdiccional —en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos—.

Sabedores que la aplicación del nuevo CPP, es de naturaleza progresiva, pues no todos los Distritos Judiciales cuentan aún con dicha herramienta procesal, resultaba importante fijar determinados criterios operativos, ha ser tomados en cuenta en aquellas circunscripciones territoriales, donde aún esta vigente el C de PP, es así que el Tribunal Supremo, ha considerado los siguientes:

- A. El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91º.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.
- B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92º NCPP.

Consideramos acertado, de que se incluya desde la formalización de la denuncia a la persona jurídica —como sujeto pasivo de consecuencias accesorias—, sin embargo, puede que en algunos casos, siendo que el Fiscal en el marco de la Investigación Preliminar no siempre está en condiciones de acopiar todas las evidencias con respecto a la imputación, puede que éstas aparezcan recién en el decurso de la Instrucción y, que recién en dicho estadio, sea el Juez Penal quien a solicitud del Fiscal o de oficio, incorpore a la persona jurídica al Proceso Penal. Máxime, si según las estipulaciones legales comprendidas en el C de PP, el juzgador cuenta con funciones investigativas. En consecuencia, la inclusión de la persona

jurídica por parte del Fiscal en la formalización de la denuncia penal, no puede resultar vista como una condición indispensable e inevitable para poder comprenderla como sujeto pasivo de las consecuencias accesorias.

Lo acotado tiene también repercusión en el caso del nuevo CPP, en el sentido de que el Fiscal —que formaliza la IP—, tenga la potestad de solicitar al Juez de la IP, la inclusión de la persona jurídica al proceso como sujeto pasivo de imputación, a pesar de no haberlo solicitado conjuntamente con la comunicación que debe remitir al juzgador, tal como lo dispone el artículo 336.3 del nuevo CPP. Situación que genera la necesidad de ampliar la denuncia por parte del persecutor público.

Conviene subrayar, a este respecto, que los representantes legales de la persona jurídica no tienen por qué coincidir con las personas físicas a quienes se les imputa la comisión del delito¹⁴⁰⁶. En definitiva, si sobre los últimos pende una imputación criminal, lo más adecuado es que comparezcan en juicio personas ajenas a dicha atribución de disvalor antijurídico.

- C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona imputada durante la instrucción y el juicio oral. El derecho de impugnación, de ofrecimiento de prueba, de contradecir la imputación, de no auto-incriminación, de mantenerse en silencio, etc., constituyen el abanico de garantías que deben ser respetadas por la Fiscalía y la judicatura.

Aspecto que podría entrar en controversia, es si su declarada Rebeldía, pese a haber sido formalmente incorporada al Proceso Penal, sería o no obstáculo para que el órgano jurisdiccional imponga las consecuencias accesorias pertinentes a la persona jurídica. De una lectura integral del artículo 93.2 del nuevo CPP, se infiere que no existe impedimento para ello, concordante con lo previsto en el acápite E. No se pueden asimilar las incidencias jurídico-penales de la pena privativa de libertad, que afecta la libertad locomotora de un ciudadano, con la pérdida de ejercer una actividad comercial.

- D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación

1406 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias...*, cit., p. 202.

con el hecho punible cometido¹⁴⁰⁷. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

El Fiscal es quien ejerce la pretensión punitiva, con ella también las demás pretensiones (resarcitoria) y aquella que se dirige a la imposición de consecuencias accesorias (administrativas), de forma que ha de sustentar debidamente, en su escrito de Acusación, las pruebas que acreditan que la persona jurídica fue el vehículo que se sirvió el imputado para la comisión del hecho punible y, que de acuerdo a la gravedad del hecho y de los deberes infringidos, resulta necesario la imposición de una particular consecuencia accesoria (principios de proporcionalidad y necesidad). Todo ello sin defecto, de que el órgano jurisdiccional, en sede de control de la acusación, pueda verificar la concurrencia de los presupuestos que reglan la inclusión y posible sanción de la persona jurídica, en lo que respecta a las consecuencias accesorias. Los aspectos a ser analizados en el control de la acusación, se encuentran detallados en el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116¹⁴⁰⁸.

- E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

Como primer punto a saber, vemos lo concerniente al debido emplazamiento de la persona jurídica —como sujeto pasivo de imputación—, ello no debe ser entendido como una mera formalidad, sino como la vía arbitrada que permite garantizar la defensa material y técnica de la corporación involucrada. Así, como su debida identificación en el Juzgamiento.

1407 De igual forma, su acogimiento por parte del Tribunal de instancia, amerita su debida *motivación*, de explicar en detalle los motivos en que funda su decisión, tanto en los hechos, el derecho y el material probatorio; asimismo, el porque de la gravedad de la medida, en consonancia con los principios de *proporcionalidad* y de *razonabilidad*; Así, GUINARTE CABADA, G.; *Comentarios al Código Penal*, Vol. II, cit., p. 667.

1408 Así, se dice en el Fundamento 9, que dicho control en el ámbito del C de PP, ha de incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida que no genere indefensión material en perjuicio del acusador; así, también de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional —la jurisdicción y competencia penales— y a la causa —excepciones procesales—. Desde luego, se dice en el Fundamento 11, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite de su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto.

En la doctrina española (*respecto al artículo 129º del CPE*¹⁴⁰⁹), se señala que la solución a adoptar habrá de partir de, una vez formulados los escritos de acusación o calificaciones provisionales que contengan la solicitud de imposición de alguna de dichas consecuencias, dar traslado a de los mismos a los titulares o representantes interesados a fin de que puedan comparecer en la causa con la correspondiente representación procesal, formulando escrito en defensa de su posición jurídica acerca de los hechos que se discuten y la procedencia de la medida o medidas solicitadas, asistiendo a juicio como una parte más –asimilada a la figura del tercero responsable civil- con posibilidad de recurrir la resolución que imponga tales consecuencias perjudiciales a su derecho¹⁴¹⁰.

Lo segundo no deja de ser importante, siendo que la pretensión *punitiva* es una potestad de la cual se encuentra investido el persecutor público, también lo será todas aquellas pretensiones que presupongan un estado de coerción o de afectación a derechos subjetivos, en este caso las consecuencias accesorias, que pueden privar de derechos societarios y comerciales a la *societas*.

El juzgador, en estricto respeto al principio de *congruencia* no puede imponer una consecuencia accesoria, distinta a la petitionada por el Fiscal, no tanto por el principio acusatorio, sino por incidencia directa de los principios de *defensa y contradicción*¹⁴¹¹. *Contrario sensu*, estaríamos ante una sentencia *sorpresiva* y con afectación al principio *acusatorio*¹⁴¹², puesto que el juzgador harías las veces de *persecutor público*.

En resumidas cuentas, los fundamentos dogmáticos expuestos en el presente aparatado, nos hace concluir que el axioma del *societas delinquere non potest* sigue vigente, tanto por consideraciones positivas, doctrinarias y jurisprudencias, impidiendo el reconocimiento de las Consecuencias Accesorias, como de naturaleza penal, sino como un complemento a un modelo integrado de prevención y sanción de las conductas delictivas que se perpetran en el seno de las empresas, donde las *personas jurídicas* han de ser apersonas al Proceso Penal, sea como responsables solidarios de la Responsabilidad Civil o como sujetos de imputación de las Consecuencias Accesorias, distinta a la calidad de imputado, que sólo la puede ostentar las personas físicas que detentan el dominio de la *socie-*

1409 Las cursivas son mías

1410 SALAS CARCELLER, A.; *Consecuencias Accesorias*, cit., p. 400.

1411 Vide, más al respecto (principio de congruencia), PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., ps. 408-418.

1412 Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; *Las "Consecuencias Accesorias" aplicables como penas...*, cit., ps. 6-7.

tas, en cuanto a la dirección y control de sus órganos de representación. Entendimiento que se colige de una interpretación sistemática de los artículos 27º y 105º del CP, partiendo de los conceptos elementales de los criterios de imputación jurídico-penal.

Parafraseando a Díaz Pita, diremos que sigue vivo el aforismo de *societas delinquere non potest*¹⁴¹³.

9. DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN PARTICULAR

a. El Decomiso

El sistema sancionador del Estado, no se agota con la imposición de las penas y de medidas de seguridad, en la medida que la reacción punitiva viene aparejada con otro tipo de sanciones, con arreglo a una visión totalizadora de la política criminal. Se parte de una orientación preventiva, incidiendo a tal efecto, en un marco de actuación, que desborda la imputación jurídico-penal que recae sobre el autor o el partícipe, imponiendo consecuencias accesorias sobre los bienes de todos los involucrados en el hecho punible.

Enfrentar cualquier manifestación delictiva-, aconseja acudir a ciertos mecanismos y herramientas de política criminal, cuyo norte se dirige a reforzar los fines preventivos de la pena, a través de la aplicación de las sanciones de naturaleza real, cuya distinción con la sanción tradicional, esto es, la pena, es que no recae sobre los bienes jurídicos vitales del ser humano, sino sobre el goce, uso y disfrute de los derechos subjetivos que ostenta el agente sobre los bienes (muebles o inmuebles).

No estamos hablando de la «Reparación Civil», que impone el juzgador, conjuntamente con la pena, en el caso de una sentencia condenatoria, cuya naturaleza es evidentemente «indemnizatoria» y «resarcitoria»; sino de una sanción de naturaleza coactiva, asegurativa y criminológica. Aparece así, la figura del «Decomiso», contenido en el artículo 102º del CP.

En palabras de GRACIA MARTÍN, el comiso (decomiso), se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa y se orienta (...), a impedir que aquélla sea utilizada en el futuro, no sólo por el autor sino también por otros sujetos¹⁴¹⁴.

Con ello el legislador pretende cerrar el círculo sobre las posibles maniobras financieras, económicas, industriales y contables que el culpable del delito hubiere podido emprender a fin de evitar el rastro de efectos, instrumentos o

1413 DÍAZ PITA, M.P.; *La persona jurídica como imputado en el Proceso Penal Español*, cit., p. 678.

1414 GRACIA MARTÍN, L.; *Las Consecuencias Accesorias del Delito en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 446.

ganancias¹⁴¹⁵, por lo que se identifica también, una finalidad probatoria, para asegurar las fuentes de prueba.

El comiso o decomiso, consiste en la incautación definitiva y consecuentemente en la pérdida del derecho de propiedad de aquellos elementos, cosas o instrumentos que se pusieron al servicio del injusto penal, de los efectos que se derivan directa o indirectamente de él, o de los beneficios de cualquier orden que impliquen un provecho para el autor o los coautores del hecho punible¹⁴¹⁶.

No hay duda que las consecuencias accesorias al delito, no sólo tienen por fin neutralizar y/o impedir, que determinados objetos sigan siendo utilizados para la realización de determinados delitos, incidiendo de manera criminológica, y así también, privando de ciertos beneficios económicos y financieros, a quienes se encuentran involucrados en la comisión de un injusto penal.

Aspecto importante a saber, es que el «Decomiso», puede ser aplicado, como consecuencia jurídica —de naturaleza definitiva— o, como medida de coerción procesal, en el decurso de la prosecución penal, conforme se desprende del artículo 102º del CP, artículo 94º del C de PP y artículo 316º del nuevo CPP.

Haciendo análisis jurídico de la «Incautación», aseveramos en otro trabajo, que se trata de una medida de coerción real que se dirige al secuestro y conservación de los efectos provenientes del delito o de los instrumentos que fueron utilizados para la realización material del hecho punible¹⁴¹⁷.

Conforme lo anotado, podemos identificar varios elementos comunes en el decomiso: -primero, es de verse que el decomiso, no necesita para su adopción judicial, la imposición de una sentencia condenatoria a la persona del culpable o inculpable (sobreseimiento), no se encuentra subordinado a la consecuencia jurídica, aunque el Capítulo II así lo sugiera, tal como lo acreditamos en algunos tipos de la Parte Especial, que permiten su adopción inclusive en el caso de delito flagrante, tanto conforme a su naturaleza, cuanto en orden al desempeño de sus funciones, como de cara al logro de sus fines¹⁴¹⁸; de ahí que nuestra

1415 LUZÓN CUESTA, citado por SALAS CARCELLER, *Consecuencias Accesorias*, cit., p. 382.

1416 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 786.

1417 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R., *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., p. 207.

1418 DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., criticando el presupuesto inmediato establecido por la ley en el derecho positivo español; *Las consecuencias accesorias de la pena en el artículo 129 y similares...*, cit., p. 1143; en específico, nuestro derecho positivo vigente no hace alusión alguna, a someter la adopción de esta sanción a la sentencia condenatoria, pues, su aplicación conforme se identifica en sus propios fines (preventivo-sancionador), a diferencia de lo que sucede con la Reparación Civil, donde se recoge taxativamente esta condición (sentencia condenatoria). de conformidad con lo establecido en el artículo 92º del CP; entonces, la argumentación aquí defendida se sostiene principalmente sobre una consideración de política criminal.

posición de atribuir naturaleza administrativa sancionadora, se vea reforzada, en tanto, los criterios de imputación en el derecho administrativo sancionador resultan siendo más flexibles y preventivamente operativos; en cambio, si fuera una pena, presupondría la culpabilidad judicialmente comprobada del autor.

Sin embargo, hay que reconocer también, rasgos indemnizatorios en esta medida, en tanto el artículo 104º del CP, contempla *la privación de beneficios de la persona jurídica, para cubrir en lo que sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil*¹⁴¹⁹.

Segundo, el decomiso se extiende a los efectos¹⁴²⁰ provenientes del delito, de sus instrumentos¹⁴²¹ empleados para su perpetración o en la privación de las ganancias ilícitas¹⁴²²; se trata esta última, de una modalidad expresamente pensada para frenar los casos de transformación de los beneficios de las actividades delictivas del mundo de los negocios -mediante técnicas de blanqueo-, empleando todas las posibilidades que para ello ofrece la moderna ingeniería financiera¹⁴²³.

Tercero, el decomiso será imperativo para el órgano jurisdiccional, cuando los efectos o instrumentos sean de ilícito comercio y proporcionales a la gravedad del injusto cometido, y, será facultativo, cuando no guarden proporción con la naturaleza del injusto cometido, es decir, cuando su decomiso no resulta imprescindible, para neutralizar la actividad delictiva en el seno de la *societas* o no hayan servido como medio comisivo para la perpetración del mismo, de conformidad al principio de proporcionalidad.

1419 Así, TAMARIT SUMALLA, Joseph M.^a, al referirse al tratamiento de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal español de 1995; *Las Consecuencias Accesorias del artículo 129 del Código Penal: Un primer paso hacia un Sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: "Las Ciencias del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo - Libro Homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir", cit., ps. 1165-1166.

1420 Efectos son todos aquellos bienes materiales, muebles o inmuebles, procedentes de una infracción criminal.

1421 Instrumentos (*instrumenta vel producta scaeleris*) son los medios materiales que sirven como medio facilitador para cometer el hecho punible, objetos que sirvan directa o indirectamente para la realización típica, acá habrá que incluir a una serie de aparatos, máquinas, soportes técnicos, etc.; aunque, como bien apunta MAPELLI CAFFARENA, no necesariamente los instrumentos tienen que ser cosas tangibles, también puede ser decomisado un título nobiliario utilizado por el reo para la comisión de estafas, un contrato de arrendamiento, un soporte informático o energía eléctrica si ésta ha sido retirada del mercado con la intención de desabastecer un sector; *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, cit., p. 51.

1422 Ganancia es toda aquella utilidad o rentabilidad obtenida a consecuencia de la infracción criminal, es el producto económico del delito.

1423 MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las Consecuencias Accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 51.

Entonces, el juez deberá ponderar dos factores a la hora de su imposición: por un lado, la necesidad de poner fin a la actividad delictiva y, por otro, evitar que el perjuicio lo sufran sujetos que no han tenido que ver con dicha acción delictiva¹⁴²⁴; en tales casos, el juzgador podrá decretar su decomiso parcial.

Cuarto, se tutela la propiedad de bienes pertenecientes a terceros de buena fe, que no hayan intervenido en la comisión del delito, y que hayan adquirido el bien a título oneroso y de quien constaba en el registro como legitimado para hacerlo¹⁴²⁵.

No hay duda, que las consecuencias accesorias del delito, no sólo tienen por fin neutralizar y/o impedir, que determinados objetos sigan siendo utilizados para la realización de determinados delitos, incidiendo de manera criminológica, y así también, privando de ciertos beneficios económicos y financieros, a quienes se encuentran involucrados en la comisión de un injusto penal.

La «política criminal» moderna, se orienta en mayor medida, a poner freno a aquellas estructuras criminales, cuyo accionar delictivo, provoca estragos sumamente perjudiciales para los bienes jurídicos personalísimos, colectivos e institucionales.

La criminalidad organizada, constituye hoy en día, un aspecto trascendental de la política criminal vigente, de cómo enfrentarla eficazmente, sin mermar en las garantías y derechos fundamentales, acuñados en un «Derecho penal liberal».

No sólo la pena, como especie pública más grave, puede ser de utilidad, para combatir la criminalidad organizada, pues la mayoría de veces ésta opera sólo de forma retributiva (*ex post delictum*); sin frenar de forma directa la incidencia delictiva de dichas organizaciones, que por su compleja organización se compone de muchos miembros, por lo que se reagrupa de forma constante y permanente.

Es de verse, entonces, que la política criminal moderna, privilegia las consecuencias accesorias al delito, no sólo aquellas que se imponen conjuntamente con la pena principal, sino también la adopción de medidas cautelares de naturaleza real, que están en posibilidad de generar efectos positivos, tanto desde una perspectiva «probatoria», «criminológica», como «indemnizatoria».

Como lo sostuvimos líneas atrás, el decomiso puede ser impuesto en el marco formal de una investigación penal, es decir, en el decurso de las primeras diligencias, en cuanto al recojo de evidencias, que sirvan al persecutor público,

1424 DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Consecuencias Accesorias contra la Empresa*, cit., p. 58.

1425 El tercero de buena fe deberá extraerse del campo civil en concatenación con el caso en concreto.

para formalizar la denuncia penal o para formalizar la IP, según los términos normativos del nuevo CPP.

La reforma penal, traída a más por la sanción del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007, no sólo ha conllevado orientaciones maximalistas, pues en este caso se recoge un instrumento de acertada opción política criminal, para hacer mella en organizaciones criminales, que por lo general están dedicadas al lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y otros ilícitos afines.

A partir de la modificatoria en cuestión, el «decomiso» o «pérdida», podrá extenderse a bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello.

De lo anotado, se colige lo siguiente: que no sólo podrán ser decomisados objetos y/o efectos con los que se hubiera cometido la conducta criminal, sino también toda aquella ganancia ilícita, como bienes, dinero o cualquier otro producto, por ejemplo confecciones textiles, máquinas tragamonedas, computadoras, equipos electrodomésticos, joyas, lanchas, etc.; todo bien y/o objeto susceptible de ser cuantificado económicamente en el mercado.

Cuestión a destacar, es que la pérdida o decomiso del bien, se realizará aunque pertenezca a un tercero ajeno a la comisión de la infracción criminal, pues dicha excepción ha sido expresamente derogada; de todos modos quien de buena fe ha adquirido un determinado bien no puede sin más ser excluido del amparo legal que merece su adquisición. Sin embargo el precepto en mención, debe ser entendido, según lo previsto en el artículo 94° del C de PP, que ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 983 del 21 de julio del 2007, que en su inc. b), último párrafo establece literalmente lo siguiente *“La incautación de los efectos, objetos o instrumentos del delito o cualquier producto proveniente de la infracción penal, se efectuará aún se encuentren éstos en poder de terceras personas naturales o jurídicas, dejando a salvo su derecho, para que lo hagan valer, de ser el caso conforme a ley”*.

Siendo así, lo que el tercero de buena fe, podrá en todo caso, reclamar su propiedad en el proceso de pérdida de dominio (Decreto Legislativo N° 992), ejerciendo su derecho de contradicción contra el Estado, de conformidad con los derechos protegidos que se comprenden en el artículo 9° -de la norma precitada-, del cual es competente el Juez Especializado o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados los bienes incurso en alguna de las causales a que se refiere el artículo 2°; el cual se inicia, en mérito de la investigación que inicia el Fiscal Provincial en lo Penal.

Por otro lado, se ha previsto en el articulado, que no se podrá decretar la «pérdida o decomiso del bien u efectos», cuando exista un proceso autónomo

para ello; se refiere al proceso de pérdida de dominio, que se tramita de forma independiente, el cual se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 992, también sancionado con fecha 22 de julio del 2007; el cual constituye la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna, tal como se desprende del tenor literal del artículo 1° de la Ley antes mencionada.

Conforme lo anotado, si el proceso de «pérdida de dominio», ya se ha iniciado, el Juez en lo Penal no podrá decretar la pérdida o decomiso de los mismos.

Finalmente, se apunta en la nueva redacción normativa, que el Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales.

Primero, nos debemos remitir al artículo 94° del C de PP, modificado por el Decreto Legislativo N° 983, que en el inc. b), estipula que *el Juez podrá disponer la incautación de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal*; por lo que el «decomiso», adquiere la naturaleza de una medida cautelar -de naturaleza real-, concordante con lo previsto en el artículo 316° y ss., del nuevo CPP -también modificado por el Decreto Legislativo N° 983-, para lo cual deberá también tomarse en consideración lo contemplado en el artículo 12° de la Ley que regula el «proceso de pérdida de dominio».

Es de verse, que en el ámbito del tráfico ilícito de drogas y en el lavado de activos, se adquiera una serie de bienes (muebles e inmuebles), a fin de revestir de un manto de legalidad la obtención de dineros ilícitos; el objetivo, en todo caso, es hacer ingresar al patrimonio activo de la empresa (persona jurídica), bienes, acciones, títulos, bonos que se han adquirido con dinero proveniente de una actividad ilícita.

Las grandes mafias internacionales, mueven diariamente, ingentes sumas de dinero, a partir de transferencias de bienes y activos supuestamente lícitos, en cuyos casos, resulta empresa complicada, la identificación de su origen delictivo.

La Sección II del Capítulo III Título XII («delitos contra la salud pública») así como la Ley N° 27765 del 27 de junio del 2002 («Ley penal contra el lavado de activos»), no regulan normativamente, nada al respecto, lo que no obsta, que el órgano jurisdiccional, en uso de sus facultades discrecionales, aplicar este articulado, cuando la infracción penal se cometa a instancias de una persona jurídica; mas es de verse, que en el caso del delito Enriquecimiento Ilícito, se

ha contemplado en el artículo 401º-A del CP, la figura de la «Incautación de Donativos»¹⁴²⁶.

Sólo podrán decomisarse aquellos efectos o instrumentos que se encuentren en posesión de las personas directamente involucradas con la infracción criminal o aquellas que los obtuvieron de mala fe, esto es, aquellos que podían presumir con fundamento de causa que se trataba de bienes y efectos procedentes de una actividad delictiva. En tal sentido, la norma tutela a quien posee estos bienes o efectos de buena fe, no responsable del delito que los haya adquirido legalmente¹⁴²⁷.

Es lógico que consentida y/o ejecutoriada que sea la sentencia condenatoria, los bienes y efectos decomisados sean destruidos o adjudicados a una institución benéfica, por eso es importante establecer, que antes que la sentencia constituya la calidad de «Cosa Juzgada», el decomiso sólo podrá representar la imposición de una medida cautelar¹⁴²⁸.

En el caso de mercancías de carácter eminentemente ilícito, que no sean de libre comercio, armas, municiones, sustancias alucinógenas, estupefacientes, productos altamente contaminantes, v.gr., alcohol, cigarros, se procederá a su destrucción, así dispone el artículo 24º Capítulo III Título II de la Ley Nº 28008 (nueva «Ley de delitos aduaneros»), que dispone la destrucción de determinadas mercancías de inmediato y bajo responsabilidad de la autoridad competente (aduanera).

b. Otras Consecuencias Accesorias

El legislador del 91, conforme los dictados de una política criminal, esencialmente *preventiva*, gloso en los contornos normativos del artículo 105º del CP, como una unidad de modelo de prevención y sanción; tomando como presupuesto material: la presunta comisión de un injusto penal, que se ha perpetrado desde las estructuras formales de los órganos de representación de la persona jurídica.

Es de verse, por tanto, que la persona jurídica debe haber servido como aparato normativo, destinado a facilitar la comisión de un delito, que se gestó en

1426 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 652-660.

1427 SALAS CARCELLER, A.; *Consecuencias Accesorias*, cit., p. 382.

1428 De este proceder, se establece en la Ley Nº 28008 (delitos aduaneros), que en su Capítulo III, artículo 23, dispone que una vez consentida o ejecutoriada la sentencia condenatoria y resuelto el decomiso de la mercancía y de los instrumentos con los que se hubiera ejecutado el delito, previa notificación de la misma, se adjudicarán las mercancías o instrumentos a las entidades del Estado, gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas.

el interior de su estructura societaria. Así lo concibe el artículo 105, al disponer lo siguiente: "*Si el hecho punible fuera cometido en el ejercicio de cualquier actividad de cualquier persona jurídica*¹⁴²⁹ *o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo....*". Se trata de medidas tendentes a evitar que el reo vuelva a tener posibilidades de acceder a una actividad en la que mostró sus tendencias delictivas¹⁴³⁰.

En cuanto a su duración, consideramos que estas medidas de naturaleza preventiva se someten estrictamente al principio de proporcionalidad, en tal sentido, habiéndose diluido las causas que sustentaron su adopción, éstas podrán ser levantadas por el juzgador o sustituidas por otras menos aflictivas, mediante resolución debidamente motivada.

Consideramos que es necesario que la resolución que adopte cualesquiera de ellas, deberá estar debidamente motivada, sustentándose las causas de su adopción, para, lo cual deberá establecer la gravedad de la infracción, la necesidad de su adopción en razón de la gravedad misma de la medida, tomando como base de graduación sancionadora, el principio de «proporcionalidad». Entendemos, que según el principio de legalidad (*nulla poena sine lege praevia*), sólo podrán aplicarse las medidas taxativamente previstas en el artículo 105 y serán de carácter facultativo para el juzgador, tal como el mismo articulado lo estipula.

Mediante la imposición de estas medidas se pretende que los verdaderos sujetos actuantes del delito, no tengan la posibilidad de seguir sirviéndose del aparato societario de la persona jurídica, para seguir cometiendo actos delictivos.

Mediante la clausura del local o la disolución de la sociedad, se obtiene la separación del agente de la actividad comercial, que ha desbordado su ámbito de actuación estatutaria para penetrar en la esfera de la ilicitud.

Según lo dispuesto en el artículo 105º, las medidas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*
2. *Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*

1429 Comprendiéndose para tal efecto, las personas jurídicas reconocidas en el CC de 1984 y en la nueva Ley General de Sociedades.

1430 MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las Consecuencias Accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 53.

3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
4. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas."

El precepto en análisis realiza una importante previsión (último párrafo), orientada a proteger los derechos socio-económicos de los trabajadores, que puedan verse afectados con la medida adoptada por el juzgador, sobre todo, en el caso de la clausura del local o de la disolución de la persona jurídica.

En específico regula lo siguiente: "*Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores*".

Los derechos sociales y laborales de los empleados comportan intereses jurídicos, ubicados en la cúspide normativa del texto ius-fundamental, conforme la Ley Fundamental lo reconoce, al disponer en su artículo 22 que: "*el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*"; en concordancia con el penúltimo párrafo del artículo 23 (*in fine*), que establece a la letra lo siguiente: "*El pago de la remuneración y de los beneficios del trabajador tiene prioridad sobre cualquier obligación del empleador*".

Según el orden de preponderancia, que se define en la masa de acreedores, las acreencias laborales (sociales) ocupan la mayor jerarquía, de acuerdo a su consagración constitucional; de igual manera es de verse, cuando la persona jurídica ingresa a cualquiera de los regímenes concursales comprendidos en la ley de la materia (INDECOP); el juzgador, a tal efecto, se hace responsable funcionalmente, de la debida protección de dichos bienes jurídicos fundamentales.

El Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007, ha provocado tres modificaciones al tenor literal del artículo in examine: -primero, se ha incluido en el inc. 2), que el Juez también podrá ordenar la liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité; quiere decir esto, que resulta una consecuencia accesorio aplicable la extinción de la persona jurídica, el cese definitivo e irreversible de su funcionamiento como tal, lo cual amerita que se extiendan partes a los Registros Públicos (mercantiles), respectivos a fin de que se anote dicha medida en la partida registral correspondiente.

Al suponer una consecuencia, -en suma gravosa-, para la persona jurídica, consideramos que deberá ser la última alternativa a barajar por el juzgador. (...) Por tanto, la disolución debe quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral (Fundamento 15 A).

La disolución al constituir la consecuencia accesoria de mayor gravedad, al importar la extinción de la persona jurídica, debe ser reservada para aquellos casos donde se ha desnaturalizado la esencia y la existencia social de la empresa, en tanto su creación obedeció únicamente para encubrir la reiterada y planificada ejecución de actos delictivos. Se trata de aquellos casos donde la formación de la corporación tuvo como finalidad deliberada revestir de ciertos instrumentos a los gestores sociales para la perpetración de delitos.

En el caso de la consecuencia de: *"Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito"*; podemos decir, que con aquélla se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esa sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito. (Fundamento 15 D); la proscripción operativa manifiesta una restricción ciertamente intensificada, de manera que su aplicabilidad ha de ser vista estrictamente en la actividad directamente relacionada con el hecho punible y, no extenderse a otras a las que pueda estar vinculada.

Por último, se ha dejado sentado normativamente, que el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de las medidas glosadas en el artículo 105°. Resulta una maniobra común, que aquellos que dirigen una determinada persona jurídica, modifiquen, varíen o reorganicen la estructura societaria de la empresa a fin de burlar a los legítimos acreedores; liquidan una, y luego crean otra, que realiza el mismo giro empresarial, sólo con otra razón social.

La sección Segunda de la LGS, regula la denominada «Reorganización de Sociedades», a partir de las instituciones de la transformación, fusión, escisión y otras formas de organización; por consiguiente, resulta plausible que se haya regulada dicha situación, a fin de asegurar la adopción de las consecuencias

accesorias analizadas, a las personas jurídicas que modifican en el camino su estructura organizacional, garantizándose la vigencia del principio de legalidad.

Para ello bastará remitirse a los antecedentes societarios consignados en los Registros que corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, Bernandino, *Principios de Derecho Penal*, V.I., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1916.
- ATIENZA, M.; *Constitución y Argumentación*. En: Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. IDEMSA, Lima, enero del 2010.
- AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Un Estudio Empírico Dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. 1^{era}. Edición colombiana. Comisión Andina de Juristas, 1997.
- ANTOLISEI, Francisco, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Jorge Guerrero y Merino Ayerrea Redín de la 8^a ed. italiana (corregida y actualizada al cuidado de Luigui Conti [1980]), Temis, Bogotá 1988.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2^a ed. anotada y puesta al día por José Julian H. Altavill, Enrico. Sociología Judicial, Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1979, Vol 2.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal (Parte General)*, Temis- ILA-NUD, Bogotá 1984.
- ÍDEM, *Principios de Derecho Penal Español*, T. II (El Hecho Punible), Akal/lure, Madrid 1985; 3^a ed. Akal, Madrid 1994.
- ÍDEM, *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid-Barcelona, 2002.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal* (Introducción a la sociología jurídica-penal). Siglo veintiuno editores Argentina, 1^{era}. Edición, 2002.
- BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación Social y Derecho Represivo*. Barcelona, editorial BOSCH, 1980.
- BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y las Penas*, Orbis, Buenos Aires 1984.

- ÍDEM, *De los Delitos y las Penas*, Voltaire. Comentario al libro "De los delitos y las penas". Traducción de Juan Antonio de las Casas. El libro de bolsillo Derecho Alianza Editorial, Salamanca-España, 1998.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M^a Rosa Borrás. 1^{era}. Edición. PAIDÓS. Barcelona, 1998.
- *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. (Introducción, de Martin Steinmertz). 1^{era}. Edición. El Roure Editorial SA Carcelona, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, Praxis, Barcelona 1994.
- BERGALLI ROBERTO, (Coordinador y Colaborador), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal y Criminología*. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 1986.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, 5ta. Edición, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda. RAO - Editora, Lima-Perú, setiembre de 1999.
- BETTIOL, Giuseppe; *Derecho Penal. Parte General*, trad. de J. León Pagano, Temis, Bogotá 1965.
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I 14^a. ed. sin modificaciones de la 2^a. ed. (1890), Felix Meiner, Leipzig 1922.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Licões de Direito Penal. Parte penal*, 3^a. ed., revista e ampliada, Livraria do Advogado, Porto Alegre 1995.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho Penal; Conceptos Fundamentales y Sistema*. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, trad. de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires 1981.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos/ LANDA ARROYO, César/ RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General* - Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1992.
- BRAMONT-ARIAS, LUIS A./ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.; *Código Penal Anotado*, 2da. Edición - revisado y concordado por la Dra. María del Carmen Cantizano. San Marcos, Lima-Perú, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Ariel, Barcelona 1984; 3^a ed., 1989; 4^a ed. (aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malareé): PPU, Barcelona 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3^{era}. Edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel SA, Barcelona, 1989.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1986.
- CALLIES, Rolf Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt A.M. 1974.
- CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia*, Primera edición Editorial Trivium S.A., Madrid 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, AD HOC S.R.L., Buenos Aires, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito*. En: "El Sistema Funcionalista del Derecho Penal". Instituto Peruano de Ciencias Penales - Universidad de Piura. Biblioteca de autores extranjeros 6. Editorial Grijley, Lima, 2000.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Tirant lo balnch, Valencia, 1999.
- CARMIGNANI, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá 1979.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Vol. I, trad. de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1956.
- CARRUITERO LECCA, Francisco. *La Sociología del Derecho de Max Weber - Bases para una Epistemología del Derecho*, Jurista Editores 2003.
- CASABÓ RUIZ, José Ramón. *La Legalidad del Delito*. Universidad de Valencia, 1983.
- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, - Editorial Jurídica Mexicana 1965.
- CEREZO MIR, José, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid 1982.
- ÍDEM, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. V. I/1 (Introducción, Teoría jurídica del delito). 3ª. Reimpr. de la 3ª. ed. (1985), Tecnos, Madrid 1990.
- ÍDEM, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. 3 Tomos. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2000.
- CESARE BECCARIA, *De los Delitos y de las Penas* con el comentario de Voltaire, Derecho Alianza Editorial Madrid, 1998.
- CHIRINOS SOTO, Enrique, *La Nueva Constitución al Alcance de Todos*, 3ª. Edición, AFA Editores Importadores, Lima, 1984.
- CHRISTIAN SUERO, C.; *La Política Criminal de la Posmodernidad*. Ediciones Jurídicas del Centro, cit., p. 49.

- CLEMMER, *The Prison Community*, 3ª. Edición, Risse, New York, 1961.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, (Dir.) *Comentarios a la legislación penal*, T. V. Vol 1º (La reforma del Código penal de 1983), Edersa, Madrid 1985.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal, Parte General*, 5ta. Edición, corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999.
- Consejo General del Poder Judicial, *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal*. Osezo Editores, Madrid, febrero del 2000.
- ÍDEM, *La Nueva Delincuencia I*. Osezo Editores, Madrid, 2003.
- ÍDEM, *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales*. Osezo Editores, España, 2003.
- CORNEJO, Angel Gustavo, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Librería Científica Francesa. Lima 1926.
- COSTA JÚNIOR. Paulo José Da, *Curso de Direito Penal*, V. I (Parte General), 2ª ed. aumentada e actualizada, Saravia, São Paulo 1992.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias del Delito*, 3ª. Edición. Dykinson, Madrid, 2002.
- CUELLO CALÓN, E., *La Moderna Penología*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.
- CUNHA LUNA, Everardo Da, *Capítulos de Direito Penal. Parte general*, Saravia, São Paulo 1985.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, T. I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982-1985.
- D. FERNÁNDEZ, Gonzalo., *Culpabilidad y Teoría del Delito*. Editorial B de F, Montevideo, 1995.
- DEL ROSAL, Juan, *Tratado de Derecho Penal Español, Parte general*, T. I (2ª. ed., 1976) y II, Madrid 1972-1976.
- DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel. *Hacia una Nueva Concepción de Pena*. Editorial Grijley. Lima-Perú, 1995.
- DE LAMO RUBIO, Jaime, *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997.
- ÍDEM, *Elementos de Criminología*. Edeval. Valparaíso, 1982.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- DÍAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte general*, V. II (As consecuencias jurídicas do crime), Aequitas- Editorial Notícias, Coimbra 1993.

- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis/ ROMEO CASABONA, Carlos María/ GRACIA MARTÍN, Luis/ HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (Editores). *La Ciencia de Derecho Penal en el Nuevo Siglo - Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Primera reimpresión. Tecnos, Madrid, 2003.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal*. Estudios. Tirant lo blanch. Valencia, 2003.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial TROTТА, Madrid, 2003.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*.
- DONNA, Edgardo, *Teoría del Delito y de la Pena*, V. I/1 (Teoría de la pena y la culpabilidad) Astrea, Buenos Aires 1992.
- DONNA, Alberto Edgardo; *Teoría del Delito y de la Pena*, 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- DU PUIT, José, *La Obediencia Debida en el Derecho Penal Militar Peruano*, En: "La Reforma del Derecho Penal Militar", Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Coordinador: Hurtado Pozo, J. Coordinadora: Doig y Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo Suiza, 2002.
- ESER, Albin, *Strafrecht*. I, 3ª. ed., C.H. Beck, München 1980.
- ÍDEM. *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima-Perú, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Editorial Gibbs, Santiago de Chile 1965.
- FEIJOO SANCHEZ BERNARDO, *Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Penal Español y el Derecho Peruano*, En: "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas- Órganos y Representantes", Coordinador: García Caven), P., ARA editores, Lima 2002.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, T. I. (Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría, 2ª. reimp. de la 2ª. ed., 1993); T. II (Teoría general del delito y punibilidad, reimp. de la 2ª. ed., 1986), Temis, Bogotá 1989-1993.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas- Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, séptima edición actualizada, Edit. Grijley, Lima 2000.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Traducción por: Andrés Ibañez Perfecto, Ruiz Miguel, Alfonso, Boyon Mohino Juan Carlos, Terradillos Bosoco Juan y Cantero Bondrés Rocío. Editorial Trotta, Valladolid, 1995.

- FERRI, Enrique, *Principios de Derecho Criminal*. Reus S.A., 1era. Edición, Madrid.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania*, trad. de la 14ª ed. Alemana (Giessen 1987) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires 1989.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo Diritto penale. Parte generale, 2a. ed., Zanichelli, Bologna 1989.
- FIERRO, Guillermo J., *Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales*. Hammurabi, Argentina, 2003.
- FONTÁN BALLESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T. I. (Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966.
- FRAGOSO, Heleno Claudio, *Licções de Direito penal. Parte geral*. 15ª. ed., revista e actualizada por Fernando Fragoso, Forense Rio de Janeiro 1994.
- FRIAS CABALLERO, Jorge, *Temas de Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires 1970.
- FRIAS CABALLERO, Jorge/CODINO, Diego/CODINO, Rodrigo, *Teoría del Delito*, Hammurabi, Buenos Aires 1993.
- GALLAS, Wilhelm, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, trad. de Juan Córdoba Roda, Bosch, Barcelona 1959.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Problemas Actuales de la Criminología*, Ederesa, Madrid 1984.
- ÍDEM, *Derecho Penal* - Introducción. Servicio publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- ÍDEM, *Tratado de Criminología* (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). 2da. Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA VALDÉZ, C., *Comentario a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 2 Tomos. Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Universidad Complutense, Madrid 1979.
- ÍDEM, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª. ed. Tecnos, Madrid 1990.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José María, *Teoría Jurídica del Delito*, reimpresión, de la 1ª ed. (1984), Civitas, Madrid 1988.
- GÓMEZ, Eusebio. *Delincuencia Político-Social*. Librería y Editorial "La Facultad", Juan Roldan y Cía. Buenos-Aires.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- GRACIA MARTÍN, LUIS/ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/ ALASTUEY DOBÓN, M.Carmen, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GRISPINGNI, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, V. I., Depalma, Buenos Aires 1984.
- HAFT, Fritjof, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª. ed., C.H. Beck, München 1992.
- HART, H.L.A., *Derecho y Moral*, trad. de Genaro Carrión, Depalma, Buenos Aires 1962.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona 1984.
- HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989.
- ÍDEM, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1998.
- ÍDEM, *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, 5ª. ed., Eddili, Lima 1987.
- HENRIQUEZ FRANCO, *Derecho Constitucional*, Editora Fecat, 2001.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª. ed. Eddili. Lima 1987.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Derecho Penal Aplicado*, Biblioteca de autores extranjeros. Juristas Editores, Lima 2002.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Justicia Penal Contemporánea*, Anotaciones de Derecho Peruano a cargo de Luis Miguel Reyna Alfaro, Editorial Librería Portocarrero. Lima 2002.
- JAKOBS, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter. Berlín - New York 1991.
- ÍDEM, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid 1995.
- JAKOBS, Günter/ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Primera edición. Civitas, Madrid, 2003.
- JESCHECK, Hans- Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª. edición Completamente corregida y ampliada, traducción de José Luis Manzanares de Samaniego, Editorial Comares Granada 1993.
- JESÚS, Damásio E. de, *Direito Penal. Parte Geral*, 19ª. ed., revista e actualizada, Saravia, Sao Paulo 1995.

- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I (2ª. ed., 1956), T. II, (2ª. ed., 1950), T. III., (1956), T. IV, (2ª. ed., 1961), T. V., (1958); Editorial Losada, Buenos Aires 1950-1965.
- ÍDEM, *La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1976.
- KAUFMANN, Armin, *Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Depalma, Buenos Aires 1977.
- KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, 3ª. Edición revisada y corregida. Presentación de Domingo García Belaúnde, Nota Liminar de Emilio O. Rabasa, Hans Kelsen Institut, Lima 2001.
- HÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Vahlen, München 1994.
- LABANUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Novena edición, 1990.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Editorial Tecnos. Tercera edición, Madrid, 1991.
- LASCANO, Julio (Director). *Derecho Penal. Parte General*. Libro de estudio. Córdoba, 2002.
- LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, 3.t., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid 1926-1929.
- LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Penal Suisse. Parte General*, 2ª. ed., mise jour avec la collaboration d'Yves Sandoz, Delachaux & Niestle Editeur, Neuchâtel-Paris 1975.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Teoría de la Pena*. Ediciones Akal S.A., Madrid, 1991.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, T. I, Editorial Universitas, Madrid 1995.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A. 1era. Reimpresión, Madrid, 1999.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel, *La Relación de Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena*, En: "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", Libro Homenaje a Claus Roxin, Silvia Sánchez J.M./ B. Schünemann/J. de Figueiredo Dias, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, T. 1-b., Hammurabi, Buenos Aires 1989.

- MAIER, Julio B.: *¿Es posible la Realización del Proceso Penal en el marco de un Estado de Derecho?* En: "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales- Un homenaje a Claus Roxin". Marco Lerner Editora Córdoba, 2001.
- ÍDEM, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I - "Fundamentos". 2^{da}. Edición. Editores del Puerto s.r.l. Buenos-Aires, 1999.
- MONTOVANI, Fernando, *Diritto Penale*, Cedam, Padova 1979.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, V. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires 1948.
- MASSIMO DONINI, *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. ARA EDITORES, Lima, 2010.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja/ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Trad. de Juan Córdoba Roda, T. II., Ariel, Barcelona 1962.
- MERKEL, Adolfo; *Derecho Penal*, La España Moderna, Madrid s/f.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 6^{ta}. Edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires.
- ÍDEM, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, trad. y notas de la 3^a. ed. alemana (1949) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.
- ÍDEM, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, trad de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957.
- ÍDEM, *Derecho Penal. Parte General: Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, V. I. 8a. ed. revista e ampliada, Atla, Sao Paulo 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976.
- ÍDEM, *Derecho Penal. Parte General*, 3^a. ed., PPU, Barcelona 1990.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal: Concepto y Método*, 2^{da}. Edición.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ta. edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995.
- MIR PUIG, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales.

- MIR PUIG, Carlos, *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- MOLINA BLÁZQUEZ, M.^a. *Concepción: La Aplicación de la Pena. Estudio Práctico de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Edit. Tecnos, Madrid, 1991.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia 1996.
- NILS, Christie, *Los Límites del Dolor*. Traducción de Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica - México. Primera edición en español. 1984.
- NOVOA MONTREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1960.
- NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino. Parte General*, T. I, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires 1959.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/ HUERTO TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. 2da. Edición corregida y aumentada, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986.
- ONECA, Antón, *Derecho Penal. Parte General*. 2^{da}. Edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal/ lure, Madrid, 1986.
- PAGANO, Francisco Mario. *Principios del Código Penal*. Traducción del italiano por Eugenio R. Zaffaroni. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El Riesgo Permitido en Derecho Penal. Régimen Jurídico-Penal de las Actividades Peligrosas*. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.
- PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*, editorial siglo XXI, México, 1983.
- PEDRAZ PENALVA, E.; *Derecho Procesal Penal*, EDITORIAL COLEX, Madrid, 2000.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I. 2^a. ed., ampliada y actualizada, Ediciones Jurídicas, Lima 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. AFA Editores Importadores S.A. Tercera reimpresión. Lima, 1988.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Código Penal Comentado y Leyes Complementarias*, Prólogo a la primera edición, 1992.
- ÍDEM. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I - Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Contra el Honor, la Familia y la Libertad. Ediciones Jurídicas, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Derecho Penal. Parte Especial*. T. I- II- III- IV y V. Editorial IDEMSA, Lima-Perú, 2010.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl / FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*. 2^{da}. Edición, Editora Fecat, Lima-Perú, 2003.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl / FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Terminación Anticipada del Proceso. Principio de Oportunidad*. Colaboración Eficaz y Arrepentimiento Terrorista. Jurista Editores, Lima, 2003.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Rodhas, Lima, 2007.
- ÍDEM, Alonso Raúl. *Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal*. Editorial Rhodas, Lima, 2004.
- ÍDEM, Alonso Raúl. *Delito Contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*, 2^{da}. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2008.
- PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ, *Consideraciones Sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. Grijley, Biblioteca de autores extranjeros 4, Lima-Perú, 1998.
- PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho Penal. Partes General y Especial*, T. I, Temis Bogotá, 1981.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y Prevención: las Teorías de la Prevención General Positiva en la Fundamentación de la Imputación Subjetiva y de la Pena*.
- PÉREZ PINZÓN, Alvaro, *Introducción al Derecho Penal*, 2^a edición, Forum Pacis, Bogotá 1992.
- POLAINO NAVARRETE. Miguel. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Bosch, Barcelona 1990.
- POLITOFF L., Sergio. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. 2^{da}. Edición. 2003.
- PRADO, Luiz Regis y BITENCOURT, Cezar Roberto, *Elementos de Direito Penal. Parte General*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo 1995.
- PRADO SILDARRIAGA, Víctor, *Las Penas en la Reforma Penal*, Anuario de Derecho Penal 89-90, Lima, 1991.
- PRADO SILDARRIAGA, Víctor; *Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal Parte General*, reedición de la 2^a. edición, con Addenda al Anteproyecto de Código Penal de 1992, con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1992.
- RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, T. I. (Parte general), trad. de Jorge Guerrero de la 4^a. ed., italiana (1968), Temis, Bogotá 1975.
- RIQUERT, MARCELO A.; *Crisis Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2007.

- RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte General*, 16ª. ed., Dykinson, Madrid 1993; 17ª. ed., 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*. T. I, Madrid, 1977.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*. Universidad de Córdoba. Córdoba (España), 1991.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal* (1999-2000). Idemsa, 2002.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu, *Direito Penal. Parte General, Doutrina e Jurisprudencia Atualizada de acordo com a Constituicao de 1998 e toda Legislação Penal Complementar*, Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo 1995.
- ROXIN, Claus, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Cantizano.
- ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1972.
- ÍDEM, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Traducción e introducción por Francisco Muñoz Conde. Segunda edición, Buenos Aires, octubre del 2002.
- ÍDEM, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976.
- ÍDEM, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1981.
- ÍDEM, *Problemas Actuales de la Dogmática Penal*. 1ª. Edición. Traducción de Manuel A. Vásquez. ARA Editores. Derecho Penal Contemporáneo. Lima, 2004.
- ÍDEM, *Derecho Procesal Penal*. Traducido por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto s.r.l., Buenos-Aires. 2000.
- ROXIN, Claus; ARZT, Günter y TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel, Barcelona 1989.
- ROY FREYRE, Luis; *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*, Editorial Grijley, Lima, 1998.
- RUBIO CORREA. Marcial; *Para conocer la Constitución de 1993*. DESCO - Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1994.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim / HORN, Eckhard / SAMSON, Erich / SCHREIBER, Hans Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band Allgemeiner Teil*, 6ª. ed.. Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1993.

- RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y Estructura Social*, trad. de Emiliio García Méndez. Temis Bogotá 1984.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *El Denominado "Delito de Propia Mano". Respuesta a una situación jurisprudencial*. DYKINSON, Madrid, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir (Aspectos sustantivos y procesales)*. Jurista editores. Edición abril del 2002, Lima.
- SAINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3 vols. Bosch, Barcelona 1981-1985.
- SAUER, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Bosch, Casa Editorial-Barcelona, 1956.
- SCHMIDHAUSER, Edberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª. ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1984.
- SCHÜNEMANN. Bernd (Compilador), *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*, Introducción, traducción y notas de Jesús- María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid 1991.
- ÍDEM, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar* 24ª. ed., reelaborado por Theodor Lenckner, Peter Cramen, Albin Eser y Walter Stree, C. H. Beck, München 1991.
- SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, J. R., *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Palestra Editores, Lima-Perú.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. en español) SCHÜNEMANN, B / DIAZ, J. de FIGUEIREDO, (coord.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Libro-Homenaje a Claus Roxin, José Ma. Bosch, Editor Barcelona 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias*.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Problemas de la Determinación Judicial de la Pena*, En: "La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública y otros Problemas Actuales del Derecho Penal". Editorial Grijley, 2001.
- SUARÉZ GONZÁLEZ, C., *Los Delitos Consistentes en la Infracción de un Deber*, En: "La Dogmática frente a la Criminalidad en la Administración Pública y otros Problemas Actuales del Derecho Penal". Editorial Grijley, 2001.

- ÍDEM, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Civitas. Primera Edición, Madrid, 1999.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1976.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible)*, trad. de la 2a. ed., alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid 1982.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General I*. 4^{ta} d. Edición totalmente reelaborada. Hammurabi. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005.
- TAMARIT SUMALLA, Joseph M., *La Víctima en el Derecho Penal (De la uíctimo-dogmática a una dogmática de la víctima)*. Arazadi Editorial. Pamplona, 1998.
- TAVARES, Juárez E. X., *Teoría del Delito*, Buenos Aires 1983.
- TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Astrea, Buenos Aires 1980.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Akal, Madrid, 1981.
- TOLEDO, Francisco de Assis, *Principios Básicos del Derecho Penal*, 3^a. ed., ampliada y corregida, Temis Bogotá 1995.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 3^{era}. edición, Temis, Bogotá 1997.
- VILLA STEIN, Javier. *Culpabilidad*. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú, 1997.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco, Lima 1990.
- VON BELING, Ernst. Esquema del Derecho Penal. La Doctrina del Delito-tipo. Editorial DEPALMA, Traducido del alemán por el Dr. Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*. 11^a edición. 2da. Edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- ÍDEM, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista, trad. de José Cerezo Mir, de la 4^a. ed., Alemana (1961) Ariel, Barcelona 1964.
- WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Conrado A. Finzin de la 6^a. ed. alemana (1976), Depalma, Buenos Aires 1980.
- ÍDEM, *Strafrecht. Allerneiner Teil. Die straftat und ihre atdbau*, 19. ed., C.H. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.

- WILHELM, Windelband, *Historia de la Filosofía (V - Filosofía del Iluminismo)*. Versión española e índices analíticos por Francisco Larroyo. Antigua Librería Robredo - Mexico, 1943.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. III, Ediar, Buenos Aires 1981-1983.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Con la colaboración de Alejandro Aliaga y Alejandro Blocar. Ediar, Buenos-Aires, 2000.
- ÍDEM, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas, Lima 1990.
- ÍDEM, *Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas - Disyuntivas*. Editorial Hammurabi. Buenos-Aires, 1982.
- ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*. EDIAR, Buenos Aires, 2006.
- ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. De la edición española, EDESA, 1979.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, Universidad de Granada. Granada 1990.
- ZUGALDIA ESPINAR. José Miguel. *Las Consecuencias Accesorias*. "Aplicables como Penas a las Personas Jurídicas en el C.P. Español"; En Anuario de Derecho Penal - 95, Edit. Grijley, Director Hurtado Pozo, José.
- ÍDEM, *¿Otra vez la vuelta de Von Liszt? La Idea de Fin en Derecho Penal*. Granada, Comares, 1995.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria	5
Abreviaturas.....	7
Introito.....	9
Presentación a la tercera edición	13

TEORÍA DE LA PENA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

CAPÍTULO XXII

LA TEORÍA DE LA PENA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

1. Consideraciones preliminares.....	25
2. Aproximación al tema.....	38

CAPÍTULO XXIII

LAS TEORÍAS DE LA PENA EN PARTICULAR

1. Teorías absolutas	41
1.1. Apreciaciones críticas y positivas sobre la teoría absoluta de la pena..	47
1.2. La retribución jurídica de la pena	52
2. Las teorías relativas	63
2.1. Prevención general negativa	67
2.2. Síntesis, aportaciones positivas y objeciones del pensamiento resocializador	103
2.3. La prevención general positiva o integradora.....	112

2.4. Argumentos a favor y en contra de la teoría general positiva o integradora	120
3. Las teorías de la unión o sintetizadoras.....	127
3.1. Objeciones y críticas a las teorías de la unión	136
3.2. Posición actual y toma de posición.....	141
3.3. La función de la pena en el derecho positivo nacional	153

CAPÍTULO XXIV

EL DERECHO A PENAR (*IUS PUNIENDI*)

1. Significado, límites y fundamento político de la pena (legitimación del <i>ius puniendi</i>)	165
2. Naturaleza del <i>ius puniendi</i> y toma de posición	181

CAPÍTULO XXV

CLASES DE PENA EN EL CÓDIGO PENAL

1. Fundamentos preliminares.....	187
2. Elementos a tomar en cuenta en la aplicación de una pena.....	192
2.1. Principio de Legalidad	192
2.2. Principio de Culpabilidad.....	195
2.3. Privación o Restricción de Bienes Jurídicos	196
3. Clases de penas	196
4. Clasificación de las penas en el Código Penal de 1991.....	198
4.1. Según su Posición Funcional	198
a. <i>Penas Principales</i>	198
b. <i>Penas Accesorias</i>	199
4.2. Según su Incidencia Aplicativa.....	199
a. <i>Penas Acumulativas</i>	199
b. <i>Penas Alternativas</i>	199
c. <i>Penas Sustitutivas</i>	200
4.3. Por el Bien Jurídico Afectado	200
a. <i>Penas Privativas de Libertad</i>	200
b. <i>Restrictivas de Libertad</i>	201
c. <i>Privación de Derechos</i>	201
d. <i>Penas Pecuniarias</i>	202

CAPÍTULO XXVI
LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LOS
SISTEMAS PENITENCIARIOS

1.	A modo de introducción.....	203
2.	Antecedentes históricos de la pena privativa de libertad	209
3.	Concepto de la pena privativa de libertad y los sistemas penitenciarios ...	213
4.	Los sistemas penitenciarios	216
4.1.	Sistema Filadélfico.....	218
4.2.	Sistema de Auburn	221
4.3.	Sistema Progresivo.....	224
4.4.	El Sistema Penitenciario Vigente en Nuestro Derecho Positivo.....	228
5.	La crisis del programa resocializador y la búsqueda de nuevas fórmulas alternativas	229
5.1.	Introducción al Tema.....	229

CAPÍTULO XXVII
LA PENA DE CADENA PERPETUA

1.	Conceptos preliminares	239
2.	Antecedentes históricos de la pena de cadena perpetua.....	240
3.	Naturaleza jurídica de la pena de cadena perpetua	245
4.	La positivización de la pena de cadena perpetua en el derecho penal peruano.....	248
5.	Excurso de la pena de cadena perpetua y su fallida e inconstitucional derogatoria	255

CAPÍTULO XXVIII
LA PENA DE MUERTE

1.	Conceptos preliminares	263
2.	Antecedentes históricos de la pena de muerte.....	269
3.	La pena de muerte en las constituciones del Perú	272
3.1.	La Pena de Muerte en la Constitución de 1979	272
3.2.	La Pena de Muerte en la Constitución de 1993	274
4.	Argumentos a favor y en contra de la pena de muerte	277

4.1. Argumentos Retencionistas.....	277
4.2. Argumentos Abolicionistas (Toma de Posición).....	282
5. La pena de muerte y su relación con los fines de la pena.....	287
6. Recapitulación.....	294

CAPÍTULO XXIX LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Conceptos preliminares	297
2. Los diversos sistemas en la legislación comparada	305
2.1. El Sistema Monista	305
2.2. El Sistema Dualista	307
2.3. Sistema Vicarial	309
3. Las medidas de seguridad en el derecho positivo (Código Penal de 1991)	312
3.1. La Internación	312
3.2. Tratamiento Ambulatorio	315
4. Las medidas de seguridad en los imputables relativos	316
5. Duración de las medidas de seguridad	318

CAPÍTULO XXX LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

1. Fundamentos preliminares.....	321
2. las penas limitativas de derecho en particular	324
2.1. La Prestación de Servicios a la Comunidad.....	324
2.2. La Limitación de Días Libres.....	328
2.3. La Inhabilitación	330
a. <i>Consideraciones Generales</i>	330
b. <i>La Inhabilitación como Pena Principal</i>	344
c. <i>La Inhabilitación como Pena Accesoria</i>	346
d. <i>Inhabilitación Accesoria en los Delitos Culposos de Tránsito</i>	350
e. <i>La pena de Inhabilitación y recurso impugnativo</i>	353

Capítulo XXXI LA PENA DE MULTA

1. Comentarios preliminares.....	359
2. Extensión de la pena de multa	365

3. Tiempo y forma de pago de la multa	366
---	-----

CAPÍTULO XXXII

LA PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA,
¿UNA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD?

Conceptos preliminares	367
1. Naturaleza jurídica de la pena de Vigilancia Electrónica.....	369
1.1. Presupuestos de configuración:.....	371
a. <i>Magnitud de la imputación penal</i>	371
b. <i>Conversión de la pena privativa de libertad y voluntariedad del penado</i>	371
c. <i>Sujetos beneficiados con la pena de Vigilancia Electrónica</i>	373
d. <i>Lugar de ejecución</i>	374
e. <i>Vigilancia electrónica personal y reglas de conducta</i>	376
f. <i>Cómputo de la pena de Vigilancia Electrónica</i>	377
g. <i>Revocatoria de la pena de Vigilancia Electrónica</i>	380

CAPÍTULO XXXIII

LA APLICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Conceptos preliminares	383
2. La Determinación Judicial de la Pena	384
2.1. Momentos de la Determinación Judicial de la Pena	386
3. Las figuras jurídico-penales de la reincidencia y la habitualidad en la normatividad nacional, según sentencias del tribunal constitucional peruano y del derecho comparado	397
1. A modo de aproximación	397
2. Cuestiones preliminares	401
2.1. <i>Derecho penal del enemigo</i>	401
2.2. <i>Los fines de la pena</i>	403
2.3. <i>Análisis de la Constitucionalidad de la Ley N° 28726</i>	405
2.4. <i>Concepto de Reincidencia</i>	408
2.5. <i>La Reincidencia y el principio del Ne bis in dem</i>	420
2.6. <i>La Reincidencia y el principio de Culpabilidad</i>	421
2.7. <i>La Reincidencia y el principio de Proporcionalidad</i>	428
2.8. <i>Definición e Inconstitucionalidad de la figura de la «Habitualidad»</i>	434
3. A modo de Conclusión.....	441

4.	Cuestiones básicas al momento de la determinación de la pena	441
4.1.	Tipos de Imperfecta Realización.....	441
4.2.	El Concurso Ideal.....	443
4.3.	El Concurso Real	443
4.4.	El Delito Continuado	445
4.5.	Autoría y Participación	445
4.6.	En los Injustos Imprudentes.....	448

CAPÍTULO XXXIV LA CONVERSIÓN DE PENAS

1.	A modo de introducción.....	451
2.	El sistema de conversiones en el código penal	455
3.	Revocación de la conversión.....	457
4.	Conversión de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de días libres.....	459
5.	La conversión de penas	460
6.	Conversión de la pena de multa	462

CAPÍTULO XXXV LOS SUSTITUTIVOS PENALES

1.	La suspensión de la ejecución de la pena.....	465
1.1.	Fundamentos preliminares	465
1.2.	Reglas de Conducta.....	478
1.3.	Revocación de la Suspensión de la Pena	483
1.4.	Desaparición de la Condena.....	486
2.	La reserva del fallo condenatorio.....	489
2.1.	Consideraciones Generales	489
2.2.	Las Reglas de Conducta.....	496
2.3.	Incumplimiento de las Reglas de Conducta.....	497
2.4.	Extinción del Régimen de Prueba.....	499
3.	Exención de pena	499
3.1.	Consideraciones Generales	499
4.	La rehabilitación	502
5.	Efectos de la Rehabilitación.....	505

CAPÍTULO XXXVI
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

1.	Conceptos preliminares	509
2.	Causas de extinción de la responsabilidad penal.....	516
2.1.	La Muerte del Imputado.....	517
2.2.	La Prescripción	521
2.3.	La Cosa Juzgada.....	587
2.4.	El Desistimiento.....	590
2.5.	La Transacción	594
3.	Causas exclusivas de extinción de la pena.....	596
3.1.	La Prescripción de la Pena.....	596
3.2.	La Amnistía.....	603
3.3.	El Indulto.....	614
3.4.	El Perdón del Ofendido.....	619
3.5.	La Exención de Pena.....	620
3.6.	El Cumplimiento de la Condena	621

CAPÍTULO XXXVII
LA REPARACIÓN CIVIL

1.	Conceptos preliminares.....	625
2.	Responsabilidad extracontractual.....	631
3.	Los factores perturbadores que abonan en la naturaleza «penal» de la Reparación Civil.....	632
4.	El daño como lesión real y concreta y las prescripciones normativas aplicables.....	638
5.	La Responsabilidad Civil y el Derecho Probatorio.....	641
6.	El condicionamiento de la reparación civil a la acreditación de un injusto.....	643
7.	El tercero civilmente responsable.....	645
8.	Extensión de la reparación civil.....	647
a.	La Restitución del Bien.....	648
b.	La Indemnización de Daños y Perjuicios.....	650
c.	El Daño Emergente y el Lucro Cesante.....	653
d.	El Daño Moral.....	654

9.	La nulidad del acto jurídico posterior al hecho punible	657
10.	Insolvencia del condenado	662
11.	Acción civil inextinguible.....	662

CAPÍTULO XXXVIII

LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS AL DELITO
Y UNA REFERENCIA SISTEMÁTICA A LA DISCUSIÓN
DOGMÁTICA SOBRE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO
“SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”

1.	Conceptos preliminares	665
2.	Objeciones a la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica	674
3.	Consecuencias accesorias al delito	678
4.	Modelos de atribución de responsabilidad de la persona jurídica.....	680
5.	Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.....	684
6.	Comentarios al Plenario de la Corte Suprema	692
7.	Alcances y limitaciones del artículo 105° CP	693
8.	Consecuencias Accesorias y Proceso Penal.....	695
9.	De las Consecuencias Accesorias en Particular	702
a.	El Decomiso.....	702
b.	Otras Consecuencias Accesorias.....	708
BIBLIOGRAFÍA		713

Este libro se terminó de imprimir en el mes de enero
del año 2011, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)