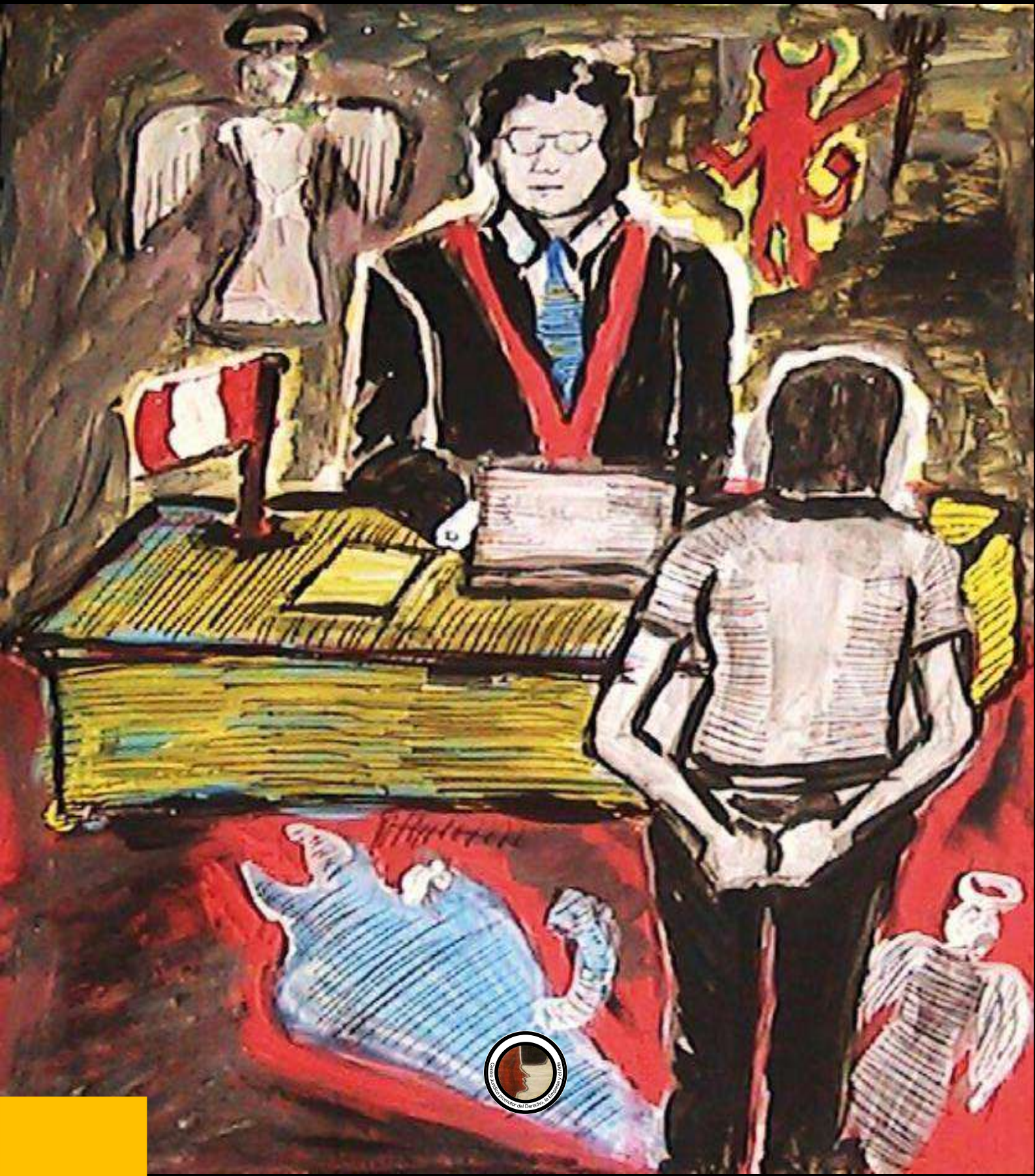


# EL DERECHO PENAL DEL AMIGO

Alex R. Zambrano Torres





Alex R. Zambrano Torres

# EL DERECHO PENAL DEL AMIGO

-----  
Derecho Penal: Parte General

Alex R. Zambrano Torres



Editorial:  
AZ Todo Derecho

**EL DERECHO PENAL DEL AMIGO**

Derecho Penal: Parte General

Autor:

Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, febrero 2022

Editado por:

AZ Todo Derecho E.I.R.L.

Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima

RUC: 20602641091

Febrero, 2022

Diseño y pintura de cubierta:

Alex Ricardo Z.T.

Libro electrónico disponible en:

<https://aztododerecho.wixsite.com/inicio>

Hecho el Depósito Legal

en la Biblioteca Nacional del Perú N°

ISBN N°

Código de barras:

© Derechos de Autor:

Queda autorizada la reproducción

total o parcial del siguiente libro

previa mención al autor

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN..... 8

CAPÍTULO I: EL DERECHO PENAL ..... 11

1.- Concepto de Derecho Penal.-..... 11

2.- Teorías penales, autores y escuelas penales.- ..... 29

3.- Principio de Culpabilidad..... 32

4.- El delito ..... 33

4.1.- El Concepto de Delito - Bentham..... 33

4.2.- El concepto clásico del delito.- ..... 35

4.3.- Los elementos constitutivos del delito.- ..... 36

5.- Tipos de delitos ..... 41

6.- Los Principios del Derecho Penal..... 41

7.- Los Principios del Derecho Penal desde el Código Penal.- 43

7.1. Principio de Finalidad Preventiva.- ..... 43

7.2.- Principio de Legalidad.- ..... 51

7.3.- Principio de prohibición de la analogía.- ..... 55

7.4.- Principio de Lesividad.- ..... 58

7.5.- Principio de Garantía Jurisdiccional.- ..... 62

7.6.- Principio de Garantía de Ejecución.- ..... 64

7.7.- Principio de Responsabilidad Penal.- ..... 65

7.8. Principio de Proporcionalidad de la Pena.- ..... 66

7.9.- Principio de Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.- ..... 68

7.10.- Principio de Aplicación Supletoria de la Ley Penal.- ..... 71

1.- LA LEY PENAL..... 72

2.- Aplicación espacial de la ley penal..... 73

a) Principio de Territorialidad: ..... 74

b) Principio de Extraterritorialidad: ..... 75

c) Principio de Representación ..... 76

d) Principios de excepciones a la Extraterritorialidad..... 77

e) Principio de Ubicuidad ..... 77

3.- Aplicación temporal de la ley penal ..... 77

a) Principio de Combinación o vigencia de la norma penal .....	79
b) Principio de Retroactividad Benigna .....	80
c) Principio de Leyes temporales .....	83
d) Principio de momento de comisión del delito .....	84
4.- Aplicación personal de la ley penal .....	85
a) Principio de Igualdad .....	86
<b>I.- EL HECHO PENAL.....</b>	<b>88</b>
Bases de la punibilidad.....	89
1- Delitos y Faltas.- .....	90
2.- Delito doloso.-.....	92
3.- Delito culposo.-.....	96
4.- Omisión impropia.-.....	97
5.- Error de tipo y de prohibición.- .....	99
6.- Error de comprensión culturalmente condicionado.-.....	100
II.- Tentativa.....	101
1.- Tentativa.- .....	102
2.- Tentativa impune.- .....	103
3.- Desistimiento voluntario o arrepentimiento activo.- .....	103
III.- Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal .....	107
1) Inimputabilidad.-.....	107
4) Autoría y Participación .....	116
<b>I.- LAS PENAS.- .....</b>	<b>125</b>
1.- Clases de penas.....	128
II.- APLICACIÓN DE LA PENA .....	147
14.- De las conversiones.....	164
15.- Suspensión de la ejecución de la pena .....	168
17.- Reserva del fallo condenatorio .....	169
18.- Exención de pena .....	170
19.- Rehabilitación.- .....	171
20.- Las medidas de seguridad.....	172
22.- Extinción de la acción penal y de la pena.....	173
23.- Reparación civil.-.....	179
<b>SECCIÓN V: LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>179</b>
1.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud .....	180
2.- Delitos contra el honor.....	181
3.- Delitos contra la familia.....	182
4.- Delitos contra la libertad.....	184
5.- Delitos contra el patrimonio .....	186
6.- Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios .....	187

7.- Delitos contra los derechos intelectuales .....	188
8.- Delitos contra el patrimonio cultural .....	189
9.- Delitos contra el orden económico .....	189
10.- Delitos contra el orden financiero y monetario .....	190
11.- Delitos tributarios.....	191
12.- Delitos contra la seguridad pública.....	191
13.- Delitos ambientales.....	193
14.- Delitos contra la tranquilidad pública.....	194
15.- Delitos contra la humanidad .....	195
16.- Delitos contra el Estado y la defensa nacional .....	195
17.- Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional	196
18.- Delitos contra la voluntad popular.....	196
19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	196
20.- Delitos contra la fe pública .....	200

## **INTRODUCCIÓN**

(El Derecho Penal del amigo)

“(Dejar la culpa atrás). ¡Sin duda!, ¡Claro!., de hecho es casi una obligación. O sea, en un país tan católico, en una cultura que nos ha educado tan católicos, donde desde chiquitos no entendemos que dice: ¡por mi culpa, por mi culpa, por mi gran culpa!, uno crece como un huevón sintiéndose culpable por un montón de bobadas, no, desde porqué ves porno hasta porqué, no sé, te quieres comprar una cartera de trescientos mil pesos, o porque... no sé. ... hay tantas cosas que generan culpa que casi que es una obligación para limpiar la mente, hacer un ejercicio de desculpabilizarse”

Cony Camelo

(Url: <https://www.youtube.com/watch?v=8jJhIKrzuDQ&t=314s>)

El Derecho Penal es una disciplina -algunos lo llaman ciencia para dotarla de validez irrefutable- que integra muchos más errores en su constitución, construcción y ejercicio, porque se desvía del sentido de su existencia: la vida, o mejor, vida del ser humano. El Derecho Penal se dirige siempre hacia una acción sancionadora, revistiéndola con justificantes como “prevención” y acciones para evitar la impunidad de la delincuencia. La construcción deviene en diversos factores, como el dado ya desde la modernidad, como poder punitivo del Estado, siempre justificado en la razón social y ya no en el poder absoluto del monarca, rey, cacique, zar, emperador, señor feudal, etc. Esto ha llevado a concebir

como cierto y legítimo todas las estrategias utilizadas hasta ahora, como la construcción de conceptos diametralmente opuestos a sus objetivos, a ser la imputabilidad, que como concepto es la capacidad para ser responsable de un hecho delictivo; y nos referimos a la responsabilidad penal, no administrativa, que permite poner en una situación de imputado a un individuo. Las construcciones para entender el Derecho Penal han sido desde concebirlo desde el punto inquisitorial y lo más último es el de la formulación del criterio “adversarial”, adversario, hasta sugerirlo como un “enemigo” de la sociedad. Así, el tratamiento sigue siendo el de eliminar al delincuente, es decir, tratarlo como un “enemigo”. ¿Qué pasaría si se considerara al imputado como un amigo? ¿Cómo juzgaríamos a un amigo?, ¿Lo dejaríamos libre, le reduciríamos la pena al mínimo, lo perdonaríamos? ¿Qué pasaría si el imputado fuera nuestro familiar, padre, madre, hermanos, tíos, hijos, etc.? ¿Cómo juzgaríamos a estas personas? La norma ha resuelto esto y los jueces no pueden conocer de casos en los que se los relacione con un determinado grado de consanguinidad (hasta el cuarto grado) o afinidad (hasta el segundo grado). Esta es la primera discrepancia en el Derecho Penal actual: tratamos a los imputados como nuestros enemigos y no como nuestros amigos. Baste decir, que incluir este enfoque de relación con los imputados no es para crear impunidad, sino para lograr lo que todos olvidamos: ser empáticos, ponernos en el zapato del otro, sin dejar de ejercer una sanción respectiva, evitando la impunidad, pero con ese nuevo sentido: el de nuestros amigos.

El Derecho Penal no puede verse sólo desde un ángulo: el sancionador; es necesario ver todos los ángulos y afianzar aquellos en los cuales se encuentre una solución no solo un castigo. El castigo por sí mismo no sirve, es necesario que este repare el daño, no que cause otro daño más. Nos explicamos. Cuando un delincuente comete un delito provoca un daño; cuando se castiga al delincuente, sucede otro daño. Eso significa que sumamos un daño al daño causado. No restamos el daño sino lo ampliamos o lo extendemos a más personas. Esta parece ser la única solución penal, pero multiplica los daños (el daño causado en el agraviado y el daño causado al delincuente con la sanción penal), matemáticamente no se reduce el daño, sino se lo resta con otro daño. ¿Cuál sería nuestra solución? Que al delincuente se le imponga una sanción que lo haga productivo positivamente a favor de la víctima y de la sociedad, es decir, que se reste el daño con la contraprestación de la sanción penal y no al contrario. Para eso se necesita una sola cosa: integrar o reintegrar al delincuente en una actividad laboral legal y productiva, que le permita pagar su deuda penal.

## **CAPÍTULO I: EL DERECHO PENAL**

### **SECCIÓN I: EL DERECHO PENAL**

#### **0.- GENERALIDADES.-**

El Derecho Penal es un sistema normativo punitivo mediante el cual se pretende el control social, evitar la impunidad, prevenir la comisión de nuevos delitos, que tiene como fundamento la prevención de la delincuencia y como acción el ejercicio del poder punitivo del Estado, como acto de subordinación para el orden, la seguridad, el bienestar y la paz social. Esta es la retórica que siempre se dice, pero la realidad es que el Derecho Penal es un sistema incompleto que se confunde con la idea de sanción, siendo que nació de la idea de prevenirse del poder punitivo de quien detentaba el poder, constituyéndose en la modernidad como un sistema de garantías del imputado.

#### **1.- Concepto de Derecho Penal.-**

Diversos y variados conceptos se han dado sobre el Derecho Penal enunciándolo como un derecho punitivo, como una sanción, como el tratamiento del crimen, como una potestad punitiva del Estado y hasta existe un acercamiento a una noción sobre el Derecho Penal de la víctima; nociones que en cada tiempo van delimitando ciertos campos o áreas de operación del derecho y de su

propia construcción. La historia va marcando cuál es la dirección que el derecho penal traza en su ejercicio, ondulando entre diversos fines, hasta llegar a la de la “prevención del delito”, con función resocializadora, rehabilitadora, etc.; sin embargo, la dirección del derecho penal sigue creciendo en función a descubrir y definir más las conductas que deben ser penadas, sancionadas penalmente; algunas que nacen del propio desarrollo de la modernidad, la ciencia y la tecnología (como el desarrollo de los delitos informáticos o los propiamente delitos de lavado de activos, etc.); siendo sin embargo la tendencia actual –a nuestro parecer– encontrar, describir y sancionar cada vez más las conductas, obviando que la sanción no es por sí misma una “solución” al problema delictivo, sino sólo su efecto o respuesta social más severo. El concepto del Derecho Penal es abordado desde este marco, a fin de encontrar o construir uno que pueda ser el que sirva para “solucionar” o intentar solucionar el fenómeno delictivo, pero además debería específicamente ocuparse prioritariamente de la defensa, garantía y restitución de los derechos de la víctima.

Por su parte Guillermo Cabanellas escribiría en su Diccionario Jurídico: “También -el Derecho Penal- suele ser denominado *Derecho Criminal*. Sutilizando, la designación primera es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar, mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad ‘Derecho sobre el crimen’, como infracción o conducta punible.

La potestad de penar no es acaso la definición del derecho penal, porque éste no trata del “poder punitivo del Estado”, sino del poder reconstitutivo, o de seguridad del agraviado. La potestad punitiva proviene de la historia de la soberanía del Estado, que tiene que transformarse en soberanía del individuo.

Por su parte Raúl Peña Cabrera escribiría que “El Derecho Penal es la parte del Derecho Público que trata del conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican, a los titulares de los hechos punibles, con la finalidad de prevenir y reprimir dichos hechos.” Noción por el cual el Derecho Penal estaría como subordinado al Derecho Público.

El Derecho Penal es un derecho público, por su labor, o deber respecto a la organización social; así, si la labor fuera del orden privado –que interesa solo a la persona individual- no sería de derecho público. La categoría de derecho público integra además la necesaria participación o intervención del Estado, la monopolización estatal del proceso de tutela de derechos, denuncia y acusación penal (el Ministerio Público –ose el Estado- es el titular y dueño de la acción penal), la decisión respecto a si un hecho es o no delictivo, la potestad punitiva, etc. Esto implica que el Estado siempre intervendrá en los casos en el que un hecho sea tipificado como delito. Derecho público, entonces, porque su tratamiento y resolución –de hechos- representan al todo social, a la necesaria organización del todo social, o sociedad.

Ahora bien, si sabemos que el término *derecho* proviene del latín *directus*, directo, y de *dirigere*, enderezar o alinear, el derecho sería en consecuencia: “proceder con orden y detalle”, según cierto orden y detalle. Este orden lo impone el Estado, en base a todo un mecanismo de control y organización social legitimado por la propia voluntad de los miembros de esa sociedad, o por su simple inobservancia o indiferencia de las disposiciones del Estado; El derecho así surge como un medio, instrumento o mecanismo de control social. De esta forma el Derecho Penal es también un sistema de control social; **término que indica que la persona no puede ya depender de sí mismo, sino de los demás, de la observancia de su vida y conducta respecto de los demás. El control social forma un mecanismo de “normalización” y previsión de la conducta humana.”**; y puesto que “Se entiende por control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social. En palabras de Hurtado Pozo: “El Derecho Penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados” (Balotario desarrollado para aspirantes a magistrados (jueces y fiscales).

De esta forma el Derecho Penal es un sistema de control social enmarcado dentro del Derecho Público, como fenómeno que responde y se subordina a una finalidad pública, social, siendo que estas provienen o son

determinadas por el Estado, en virtud a que funciona en representación de la sociedad; lo que terminaría explicando por qué el Estado es quien decide qué es o no delito.

Aquel Estado, o parte de él (Congreso de la República) al que las personas son “adheridas” desde su nacimiento, y al que se debe “resignación” primaria por la condición de superposición del poder del Estado al poder del individuo. Explicamos. Una persona desde que nace (actualmente) está ya reglada a ciertas condiciones de vida y conducta, a tal extremo que no puede decidir vivir en otro Estado al que nació sino solo por expresa autorización (nacionalización, pasaporte, visa de trabajo, turismo, etc.) del Estado territorial en el que el sujeto no nació. Eso refleja un nivel de subordinación (constitucional, civil, penal, etc.) y también protección – del ordenamiento jurídico del Estado donde se nació. De esta forma el delito se convierte en un concepto espacial (lugar del Estado), temporal. El delito deja de ser universal para convertirse en específico, y el Derecho Penal deja de ser general para convertirse en jurisdiccional y competencial. Esta adhesión forzada del Estado con el individuo, que transforma en persona –con derecho y exclusivamente deberes- nace como una estructura anterior al nacimiento de la persona, y se impone con una posibilidad mínima de adaptarla a los gustos de cada persona (si se convierte en congresista, por ejemplo). El mundo ha dividido, lotizado, organizado, como instrumento de subordinación, con el justificante de protección social.

El Derecho Penal es un asombroso esfuerzo por la sociedad de dotar de ciertos mecanismos de seguridad a los individuos y a la vez de poner en relieve la fuerza y efectividad del Estado, su carácter imperativo; es una notificación al individuo para que éste se ciña a los principios del ordenamiento jurídico, para que sienta que no puede arbitrariamente cometer actos delictivos, para imprimir en la persona la conciencia de su pertenencia a un Estado, a una determinada sociedad, en el que es responsable de sus actos, en el que -como explicara Kant- cada individuo es responsable y creador de su propio destino. El Derecho Penal tiene un concepto central: el delito, que es, en términos simples, la “configuración cultural de lo que no se debe hacer, de lo prohibido, de lo sancionado”.

El Derecho Penal es una prohibición, siendo que lo asombroso de dicha prohibición es cómo -a través de esta disciplina-, se ha logrado la extraordinaria transformación de los hechos sociales en hechos penales. Esto responde a un imperativo cultural, a un sistema de valores y condiciones culturales, es decir, a lo que la historia decide qué es o no delito.

El Derecho Penal, en su concepto moderno, no puede haber existido en épocas antiguas, porque en aquellos tiempos sólo habían mandatos, imperativos, sanciones, castigos, puesto que las facultades para penar, sancionar, castigar no necesitaban de justificación en la sociedad, en los individuos. El emperador, el monarca, el rey, simplemente las imponía por imperio de su

poderío, de su fuerza. Así, el Derecho Penal, en el sentido moderno, comienza recién cuando el ser humano es tomado en cuenta como persona, como “una fracción de poder” necesaria para la organización política del Estado; de esta forma el Derecho Penal moderno involucra indispensablemente la voluntad de los particulares, en donde ya no es la fuerza lo que da la facultad de castigar, sino, la necesidad de organización y control social. El ser humano ya no se mide por su fuerza, por sus conquistas, sino por su condición de ser humano, por el carácter especial y específico de tener voluntad que puede ser expresada, representada.

El Derecho Penal, se hace público, es decir, objetivo, imparcial, porque no representa ya más la voluntad del soberano, sino de la sociedad entera, así la voluntad general se hace Estado. El Derecho Penal, por esta figura, se convierte en un mecanismo que también transforma la voluntad social, colectiva, en el verdadero soberano; por tal ya no un individuo, una persona es quien determina la pena, sino la sociedad, el conjunto de personas que viven dentro de un determinado radio geográfico, político y jurídico. Una vez determinado ya el Derecho Penal, lo que queda es su identificación con la experiencia, su parte procesal, aquel método que logra delimitar si algún hecho ha encajado en un tipo delictivo. Este mecanismo es el Derecho Procesal Penal, que se vuelve indispensable para lograr la efectividad del Estado; la gran tarea: que cada quien asuma un puesto en la sociedad y que responda por sus conductas incluso penalmente. El Derecho Penal de esta forma es un acto que vincula al ser humano con toda la sociedad,

llamada Estado. Vínculo jurídico porque es imperativo. La relación es luego entre el individuo y la sociedad, y antes la relación entre el individuo y su conciencia. Recordemos que conciencia es relación de la voluntad del individuo con la voluntad de la sociedad.

El Derecho Penal liberal al comenzar su lucha por ser de orden público, de orden social, trata de adecuarse a un carácter imparcial, objetivo –explica Jiménez de Asúa-. Y en esa historia, la historia de la afirmación de un Derecho Penal Liberal, se afianza una idea propia de la validez del Derecho Penal; nacen algunas preguntas: ¿por qué el Estado tiene el derecho a castigar, a penar?, ¿con qué derecho el Estado puede y sanciona? Este carácter reflexivo no es propio del Derecho Penal, sino de la Filosofía del Derecho; sin embargo, cabe siempre preguntarse sobre los fundamentos del Estado para castigar, y sobre cómo puede una disciplina identificarse al concepto de derecho, si parte sólo de una entidad artificial, ficticia, como es el Estado. Otra vez cabe la pregunta: ¿por qué el Estado puede castigar? La explicación puede ser teleológica si se explican las razones o motivos últimos y finales de la pena (rehabilitar, evitar el crimen, etc.); o por otro lado, si no existe justificativo necesario para la existencia del Derecho Penal, sino simplemente implementación de un sistema de represión que coincida con la soberanía del Estado de imponer sus normas; con un principio de dominación antes que de reformulación o resocialización del individuo penado. Escribe Jiménez de Asúa: “Ya Manzini nos dijo (...) que la facultad de

penar era un atributo de la soberanía” (Jiménez, 1997, pág. 21).

Es con Thomsen, con el calificativo que le da al Derecho Penal, que podemos entender en primera instancia el fundamento del Estado de castigar. Thomsen –según reseña el gran jurista penalista Luis Jiménez de Asúa– denomina al Derecho Penal como “Verbrechenbekämpfungsrrech”, “Derecho de lucha contra el crimen” (Jiménez, 1997, pág. 17). Este podría ser el fundamento: la lucha contra el crimen. ¿Y por qué debe el Estado luchar contra el crimen? Porque las fuerzas del individuo, como individuo, no se abastecen para tal esfuerzo; porque no existe proporcionalidad entre el delito, el delincuente y el agraviado; porque no existe equilibrio entre estas dos fuerzas: el delincuente y el agraviado. Por eso es un tercero, el Estado, quien tiene que equilibrar estas fuerzas y reponer las cosas a un orden no natural, sino artificial, a un orden preestablecido, que es el de la tutela y defensa de los intereses privados, que en el Derecho Penal se traduciría a que estos intereses privados se transforman en bienes jurídicos, públicos. Al respecto Jiménez de Asúa, señala que el bien jurídico no es más que este interés privado elevado a categoría de derecho tutelado, interés tutelado.

Según Jiménez de Asúa, Berner y Brusa, el Derecho Penal es “La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado” (Jiménez, 1997, pág. 18), este dentro de las concepciones subjetivas. Mientras que Renazzi, Tancredo Canónico, Holzendorff, la

definen como “Conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo” (Jiménez, 1997, pág. 18); Franz von Liszt, Garraud, la describen como “Conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia” (Jiménez, 1997, pág. 18). De todas estas definiciones nos queda claro que el Derecho Penal es el ejercicio de la capacidad punitiva, de la potestad para castigar, lo que determina el efecto de la existencia del Derecho Penal. Este hecho legitimaría el derecho a penar, a castigar; y lo legitima fundado en diversos motivos; motivos que no responden al propio Derecho Penal sino al Derecho Público, es decir, al Derecho del Estado, del bienestar social, del bien común.

Así, el Derecho Penal “funda y determina” la capacidad punitiva del Estado, el “ejercicio del poder punitivo del Estado”; transforma este acto (uso de la fuerza o la violencia, para efectuar un castigo, una pena, al individuo infractor de la ley) en legítimo, aceptado y reconocido por toda la sociedad al imprimirle el fundamento de constituir una “necesidad social”, un “factor y fenómeno indispensable para el control” de la sociedad y de la delincuencia. Sin embargo, no hay que olvidar que esta “potestad punitiva del Estado” se ha formado desde antes de la existencia de la conformación del Estado moderno, desde antes de la conformación de sociedades modernamente organizadas; y que la “capacidad punitiva”, como potestad exclusiva del Estado, como poder, no se ha extinguido desde ese entonces; ha estado presente desde el mismo momento en que existieron instituciones de control o

subordinación social. La potestad punitiva con el tiempo se ha transformado en sus fundamentos; ha ido renovándose con nuevos fundamentos, acordes con el tiempo y el nuevo tipo de cultura de represión social. En la antigüedad la potestad punitiva estaba fundamentada en la teología, en la representación divina de quienes gobernaban, en un principio teológico para justificar el hecho de gobernar. En la sociedad moderna el fenómeno se ha trasmutado al reconocimiento de la sociedad, a la razón social. De esta forma el combate para convertir en públicos los castigos, es un combate por la imparcialidad, así Luis Jiménez de Asúa explicaría que “Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el periodo de la pena tasada. Así se transforma en Derecho Penal Público el poder penal ilimitado del Estado” (Jiménez, 1997, pág. 32).

Por otro lado, el Derecho Penal determina dos fenómenos: el crimen, como hecho; y la pena, como legítima consecuencia. Sin embargo, puede apreciarse este fenómeno a la inversa, no puede haber técnicamente (tipicidad) crimen si no hay pena para ello. Por eso el Derecho Penal primero determina la pena y luego el crimen; así, sólo lo penado será considerado crimen. Esta es la virtud del Derecho Penal, y también su limitación; es la parte predictiva del sistema jurídico y del carácter sancionador del Estado. El Derecho Penal se vuelve público, imparcial y objetivo, porque deja de ser arbitrario al limitarse en la ley escrita, en su positivización. Reseñado estaría aquí el fundamento por el cual el positivismo resultó un instrumento jurídico indispensable y necesario para la

determinación y defensa de los derechos del ser humano; porque cuando el Derecho Penal se vuelve público autolimita su facultad punitiva, autolimita la facultad de sancionar del Estado, se vuelve normativo, valorativo y finalista. Es Derecho Penal Público porque “sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones” (Jiménez, 1997, pág. 19), explicaría Luis Jiménez de Asúa. Esto no era así en la antigüedad, donde la potestad punitiva era de carácter privado, por ser potestad y atribución del jerarca, monarca, rey, chamán, padre de familia; una atribución del soberano de castigar a su libre decisión y albedrío.

Diría Jiménez de Asúa: “El Derecho Penal garantiza, pero no crea normas”, sólo “lo administra” (Jiménez, 1997, pág. 21). El derecho punitivo del Estado, tiene por tal que responder a un sistema normativo, predecible y predictivo. El Derecho Penal se vuelve público por la observancia de este acto: la publicidad, y se hace válido bajo otro principio: el debido proceso. Por eso se tuvo que determinar qué era lo que se podía o no castigar, qué conductas podían ser pasibles de sanción, identificarse qué intereses eran pasibles de tutela jurídica; así “cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos”. Se da la tarea de determinar las sanciones penales a los jueces, a través de las sentencias, sin embargo frente a dicho fenómeno Luis Jiménez Asúa advierte “que los magistrados que condenaron no se desentiendan del reo sentenciado”.

Por otra parte el Derecho Penal se ha usado para hacer coincidir el delito con el delincuente, y esto parece haber desarrollado mejor el área de la Criminalística, como arte de la pesquisa, como el arte de descubrir el delito y el delincuente.

La adhesión subsunción, de un hecho delictivo (tipificado como delito por ley) crea una nueva categoría del ser humano, la de “delincuente”, categoría subyacente, reductora, negativa, que confiere al titular de aquella denominación características humanas individuales y sociales especiales, como infractor penal, peligro social, riesgo potencial, deudor penal socialmente; el delincuente representa una subcategoría social, de riesgo permanente para la organización normalizada de los seres humanos en sociedad.

Antiguamente el Derecho Penal tenía su fundamento en otro factor, la utilización del delincuente en provecho del Estado, en las minas, galeras, etc. Actualmente la penalidad tiene que justificarse en nuevos motivos, en nuevas razones, perfectamente concordantes con el fin del propio estilo de vida actual, con el bien común. Además, el Derecho Penal no puede ser explicado sólo por juristas, es decir por personas versadas en el derecho, sino por filósofos del derecho, porque se trata no de afirmar la existencia de un hecho y ubicarlo dentro de un tipo penal específico para descubrir y describir al delito y al delincuente, “el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se

pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan.” (Jiménez, 1997, pág. 40). Pero, es necesario además que cualquier persona pueda entender el derecho, el abogado servirá para desentrañar aquello que no se logra comprender, el filósofo para repreguntarse sobre el porqué y utilidad de las normas penales, y la persona es la que debe darle legitimidad con su voluntad al derecho penal.

Es necesario además resaltar las razones del castigo. Esto ha sido desarrollado por diversas escuelas penales que han explicado, entre otras cosas, que el Estado sólo habría canalizado los instintos ancestrales del ser humano –según escribe Jiménez de Asúa-, “Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo” (Jiménez, 1997, pág. 41). Según esta concepción “el castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo”. Además, según dicho autor, “Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro ello a rebelarse contra el control del súper yo. Esta instancia anímica no se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de brotar del ello y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el súper yo del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podía ser burlada, y al ver nuestro ello que alguien lo ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo, y por eso la

pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida” (Jiménez, 1997, pág. 41) . Jiménez de Asúa concluye escribiendo que “la pena es la compensación de la renuncia al sadismo.” (Jiménez, 1997, pág. 41), a ese instinto natural por ser cruel, puesto que sadismo, para una ecléctica filósofa Simone de Beauvoir, es nada más que crueldad. Este instinto de crueldad ha sido, desde toda nuestra vida, lo natural en el ser humano, y se ha mostrado de diferentes formas, desde las más espeluznantes, revestidas en el castigo del delincuente, “El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos. Al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallos y el castigo de los delincuentes. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar.” (Jiménez, 1997, pág. 41).

Por otro lado, la crueldad de los castigos ha sido retratada por Michel Foucault en su obra *Vigilar y Castigar*, en donde escribe: “Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a ‘pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París’, adonde debía ser ‘llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano’; después ‘en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, resina

ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento” (Foucault, 1976, pág. 11). No olvidemos que este tipo de tortura, de pena, era legítima y natural. Este hecho se dio en Europa. También podemos recordar la historia de Túpac Amaru, en Latinoamérica, que fue descuartizado por cuatro caballos.

Todos estos sucesos eran sanciones comunes para la época, y nadie se escandalizaba por el hecho, sino por el temor a qué pasaría con ellos. Así, los suplicios eran normales. Ha tenido que pasar mucho tiempo para la “desaparición de los suplicios, pasándose de un castigo público. “Ha desaparecido el cuerpo supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro o en el hombro, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo. Ha desaparecido el cuerpo como blanco mayor de la represión penal” (Foucault, 1976, pág. 16). Se llegó a unos castigos discretos, más sutiles, más silenciosos: “La retractación pública en Francia había sido abolida por primera vez en 1791, y después nuevamente en 1830 tras un breve restablecimiento; la picota se suprime en 1789, y en Inglaterra en 1837. Los trabajos públicos, que Austria, Suiza y algunos de los Estados Unidos, como Pensilvania, hacían practicar en plena calle o en el camino real –forzados con la argolla de hierro al cuello, vestidos de ropas multicolores y arrastrando al pie la bala de cañón, cambiando con la multitud retos, injurias, burlas, golpes, señas de rencor o de complicidad-, se

suprimen casi en todas partes a fines del siglo XVIII, o en la primera mitad del XIX. La exposición se había mantenido en Francia en 1831, en contra de violentas críticas –‘escena repugnante’, decía Réal-, y se suprime finalmente en abril de 1848. (...) El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro (...) el rito que ‘cerraba el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, de habituar a los espectadores a una ferocidad de la que se les quería apartar, de mostrarles la frecuencia de los delitos, de emparejar al verdugo con un criminal y a los jueces con unos asesinos” (Foucault, 1976, pág. 16).

Llega con las ideas de la modernidad el ocultamiento de la pena, pues se comenzaba a asociar al verdugo con el propio criminal, al hacerse el análisis del delito y del tipo de castigo, donde se estaría equiparando uno al otro. Por eso “El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad vivible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen...” (Foucault, 1976, pág. 17), escribe Foucault. Debe haber otro tipo de repartición de la sanción, y la publicidad de la tortura; el castigo tiene que ser más discreto, menos público, lo público es el proceso, por eso, reseña Foucault: “A partir de este momento, el escándalo y la luz se repartirán de modo distinto; es la propia condena la que se supone que

marca al delincuente con el signo negativo y unívoco; publicidad, por lo tanto, de los debates y de la sentencia; pero la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénesese, pues, a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar...” (Foucault, 1976, pág. 17).

Y luego el sistema de administración de justicia cambia. Ya no el castigo, la pena, el ejemplo, el escenario de la pena es lo importante, el juez ya no quiere ser el verdugo, sino el reeducador. Su función cambia, así, “(...) lo esencial de la pena que nosotros, los jueces, infligimos, no crean ustedes que consiste en castigar; trata de corregir, reformar, ‘curar’; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y liberta a los magistrados de la fea misión de castigar.” (Foucault, 1976, pág. 17), insiste en explicar Michel Foucault en su libro *Vigilar y Castigar*.

La historia de la aplicación de la sanción penal pasa por sus aplicadores, el Estado a través del juez; así, el juez penal sanciona según el criterio temporal, pasando por diversos periodos como, castigar para: 1) Expiar el pecado; 2) Castigar o someter a subordinación; 3) Ejemplificar; 4) Reformar al delincuente; 5) Curar; 6) Rehabilitar; 7) Resocializar, etc.; sin embargo en todas ellas mantiene ciertas características: el castigo, la sumisión o subordinación del individuo al Estado.

## **2.- Teorías penales, autores y escuelas penales.-**

Existen diversas Escuelas o Teorías Penales, así autores que las han desarrollado, como: Santo Tomás Moro, Juan Mabillon, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, César Beccaria, Jeremy Bentham, Filangieri, Juan Pablo Marat, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, Voltaire, Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Immanuel Kant, Hans Gross, Franz Klein, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Antonio Rosini, Francisco Carrara, Manuel De Lardizábil y Uribe, Luis Luchini, Joaquín Francisco Pacheco, Mario Francisco Pagano, Franck Enrique Pessina, Carlos David Augusto Roeder, Francisco Giner De los Ríos, Pedro Dorado Montero, Franz Joseph Gall, Juan Bautista De la Porta, Juan Caspar Lavater, Quetelet, Lambert Adolpe Jacques, Adre Michael Guerry, César Ezequiel Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Augusto Comte, Alejandro Lacassagne, Gabriel Tarde, Bernardino Alimena, Manuel Carnevale, Fran Von Liszt, Adolfo Merkel, Ricardo Von Hammel, Edmundo Mezger, Adolfo Prins, Puglia, Florián, Harry Godland, Charles R. Von Birkmayer, Ernst Von Beling, Hugo Conti, Silvio Lhongui, Vittorio Vicente Lanza, Montalbeno, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco, Max Ernst Mayer.

El Derecho Penal está clásicamente explicado por César Bonesana Marqués de Beccaria en su libro “Tratado de los Delitos y de Penas”; por Michel Foucault en su libro “Vigilar y Castigar”; por Luis Jiménez de Asúa, en su libro: “Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito”; por Francesco Carrara en su texto “Derecho Penal”; por

Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal", por Claus Roxin "Derecho Penal, parte general", o incluso en la obra de Thomas De Quincey, en su obra "Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes".

### **Teorías Penales.-**

Entre las teorías penales encontramos: las siguientes: Teorías Relativas o Utilitarias: a) Teoría de la prevención; b) Teoría de la enmienda; c) Teoría de la defensa social.

### **Escuelas Penales.-**

Escuelas: Escuela Clásica Penal; Escuela Correccionista; Escuela Positiva. La Fisiognomía, la Frenología; Escuela Cartográfica, Estadística Moral o Física Social; Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico; Escuelas Intermedias. Positivismo Crítico; Escuela Sociológica alemana; Escuela político-criminal (Escuela De Marburgo, Escuela Ecléctica, Joven Escuela; El Neopositivismo; Escuela Humanista; Escuela Técnico Jurídica o neoclásica; Escuela Ecológica.

### **El Derecho a castigar del Estado o de la potestad punitiva del Estado.-**

El Derecho a castigar del Estado debe tener un límite o un eje central del cual parte, dicho en términos de Nietzsche, "La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie;...". En otros términos, al momento de ejercer el derecho a castigar, el Estado debe preguntarse primero si aquello favorece

o conserva la vida, e incluso si se está haciendo una necesaria selección de la especie humana.

Una de las formas de control de la potestad de imponer sanciones penales, que son a través de leyes emitidas por el Poder Legislativo, es a través del control constitucional del Tribunal Constitucional, ante quien se puede interponer demandas de inconstitucionalidad. Así tenemos como antecedente la Sentencia recaída en el **Exp. N.º 00017-2011-PI/TC – Colusión – Tráfico de influencias**, se prescribe:

“Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N.º 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

5. Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal." (El subrayado es nuestro).

### **3.- Principio de Culpabilidad**

Claux Roxin escribiría sobre este, con el subtítulo de "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", explicando: "La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad." (Roxin, 1981, pág. 43). Es curioso observar que puede haber un principio de culpabilidad, por cuanto nadie puede ser considerado per se, presuntamente culpable, porque la regla general y absoluta debiera ser la presunción de inocencia. Esto por varias razones. En primer lugar una cuestión de orden valorativo. Un delito es un consenso, una determinación social, un invento

congresal, pero no una determinación absoluta; aquello queda demostrado en la historia y la transformación o mutación de lo que se consideraba delito, y con la actual tipología del delito según cada Estado. Así, si el delito es consensual, no puede imponerse la culpabilidad en forma absoluta del individuo, por lo cual la presunción de la culpabilidad siempre será consensual, determinada por el tiempo y espacio; por eso Binder la enuncia como límite al poder punitivo del Estado. En la realidad y actualidad, la presunción de culpabilidad está insertada en instituciones jurídicas procesales penales como la prisión preventiva.

#### **4.- El delito**

El delito es aquella conducta punible, que técnicamente reúne ciertos elementos: a) acción u omisión; b) tipicidad; c) antijuridicidad; d) culpabilidad; e) punibilidad. El delito no es un hecho, sino el hecho convertido en punible, sancionable. El hecho siempre es externo al delito, porque como consenso legal, el delito no es el hecho sino la imputación de una conducta sancionable por la afectación de un bien jurídico, vida, libertad, igualdad, patrimonio, etc.

##### **4.1.- El Concepto de Delito - Bentham**

Una clarificadora concepción del delito parece haberla dado Bentham, quien, según se indicaría, en su obra "Tratado de la legislación civil y penal" distingue dos sentidos del delito: a) El delito formal como "todo lo que el legislador prohíbe", y, b) El delito sustancial, como "todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir"; nociones descritas

en la obra "Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes", de autoría de Ermo Quisbert (Quisber, 2008, pág. 36). La primera noción de delito como producto del legislador no pareciera revestir mayor problema más que el de encontrar el sentido correcto de la norma, al margen de estar de acuerdo o no con la tipificación delictiva; mientras que el segundo sentido de delito tiene sus evidentes problemas de constitución porque se enfrenta a principios propios de la limitación del poder legítimo de penar del Estado, a través del principio de legalidad, y del elemento necesario y constitutivo del delito como es la tipificación, mientras que por otro lado este sentido de delito es pertinente como un instrumento contra la impunidad, basándose para implementarse sólo en la argumentación, que actúa como maquinaria para construir derecho, sobrepasando cualquier vacío, olvido, negligencia o impertinencia normativa. Este instrumento es el utilizado, válido y legítimo ante causas, por ejemplo, que sancionan -en caso extremo- delitos de lesa humanidad, incluso cuando aquella noción no existía en el Derecho positivo.

Comete delito aquella persona (ciudadano o funcionario) que realiza una conducta (hacer algo o dejar de hacer algo obligatorio), típica (descrita en la ley penal) antijurídica (contra el derecho), y culpable (pasible de ser castigada) y que es sancionada con diferentes penas: como pena privativa de la libertad (cárcel), prestación de servicios a la comunidad, pena de

limitación de derecho, pena de restricción de derecho, inhabilitación, multa, etc.

#### **4.2.- El concepto clásico del delito.-**

El delito es conceptualizado como aquella “acción humana típica, antijurídica, culpable y punible”; siendo la relación entre estos elementos y sus límites lo primero a explorar. En una primera observación se encontraran evidentes vacíos casi imposibles de resolver en la dogmática jurídica, como por ejemplo, en la concepción de la tipicidad, es decir, necesidad de una ley que relate o describa un hecho para ser considerado un delito. Tipicidad que se sintetiza en el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, no existe crimen sino existe ley, no hay delito sino hay ley que lo prescriba, que deja el vacío de todos aquellos hechos dañinos que al no estar tipificados quedan impunes. Por otro lado, la antijuridicidad responde a la idea que el hecho está violentando el derecho; mientras que la culpabilidad responde al concepto de vinculación del hecho delictivo con el delincuente, y de su capacidad para ser sancionado penalmente; siendo además que la punibilidad es el medio por el cual el Estado tiene el *ius puniendi*, el derecho a penar.

Ahora bien, una grave interrogante: ¿por qué pensar que lo que llamamos delito es realmente digno de castigarse? ¿No será que le han quitado al ser humano su estado natural, que se constituye en hacer lo que le venga en gana, a pesar de la opinión, voluntad, o interés de los demás? ¿No será que en realidad la constitución del delito es nada más que el sometimiento a través del

lenguaje, de cierto discurso de poder o dominación a una transformación del hombre natural en hombre civilizado? El delito sería así un producto de la civilización, una construcción lingüística, social, que intenta preservar a la sociedad, al individuo de los excesos y abusos del poder de los demás.

#### **4.3.- Los elementos constitutivos del delito.-**

Los elementos técnicos tradicionales que constituirían al delito, dogmáticamente y descompuestos de su concepto formativo son: a) La acción u omisión humana –conducta humana-; b) Tipicidad; c) Antijuridicidad; d) Culpabilidad; y, e) Punibilidad.

- **El elemento “acción u omisión humana”**, se refiere a la conducta humana, entendiendo que para que exista conducta (acción u omisión) punible la persona haya tenido la posibilidad de decidir sobre la misma (voluntad). No debemos olvidar que una acción u omisión humana es tal cuando **implica “responsabilidad”**, que puede ser exigida por la sociedad cuando no existan eximentes de aquella.

- **El elemento “antijuridicidad”** requiere un previo concepto de juridicidad, que es todo aquello que se vincula con el derecho, que está conforme al derecho. Así, el criterio para que una conducta humana sea calificada como jurídica no está en la existencia de una ley escrita, sino en la relación entre el hecho, la conducta humana y el bien común; entonces, “jurídico es cierta relación de causalidad con el bien común político, con la posición de gobierno. **Lo que hace que una conducta**

**sea 'jurídica' ... es su carácter de condición necesaria -aunque no suficiente- para la realización o la efectividad del mencionado bien común de la sociedad política"** (Massini, 1978, pág. 33).

- **La tipicidad.** El otro elemento constitutivo del concepto de delito es la "tipicidad", que es encajonar las conductas en los tipos penales; así "La tipicidad expresa, por consiguiente, la idea que el campo de aplicación del derecho penal no es indefinido, ni continuo, sino que está formado por pequeñas zonas circunscritas e independientes entre sí, constituidas únicamente, por los tipos creados expresa y precisamente por el legislador" -escribe parafraseando a Eduardo Novoa Monreal, Raúl Peña Cabrera-, quien a su vez describe a la "tipicidad como adecuación de una conducta a una figura legal".

Habría que anotar que pueden surgir problemas ante la inexistencia de ley para un hecho dañoso. Poniendo un ejemplo cualquiera -visto desde el positivismo-, un hecho no determinado por conceptos fijos, ciertos y reconocibles en una norma no existiría para el derecho. De esta forma el hecho dañino no habría forma de componerlo; por falta de esto la determinación normativista de conceptos fijos, ciertos y reconocibles; sin embargo esto no elimina el hecho, y lo gravitante, no elimina el daño ni la posibilidad de perpetuarse o llevarse a cabo en otros sujetos de derecho. ¿Puede suceder, entonces, con la concepción normativista, que exista una grave violación a la persona, pero la no existencia de norma deja esa violación sin solución? Por

ello, el asunto debe centrarse en determinar que el hecho se convierta en jurídico y no solamente en legal. Un hecho es jurídico si su naturaleza y consecuencia responden a factores del “deber ser”, pero este deber ser puede confundirse con las otras normas, como las normas morales, éticas, de trato social, etc. Para diferenciarse el Derecho se ha constituido con ciertos elementos que no tienen las “otras normas”. Estos elementos son la coacción, la exigencia social de solución, la monopolización del poder, poder de vigilar y castigar. Cabría agregar que cuando existe un daño a la persona y no está tipificada es realmente peligroso para la sociedad entera, pues la naturaleza del hecho y sus consecuencias acarrea no sólo un daño individual, sino social, porque la sanción o reparación, la infracción, es a los principios, a las normas (normas como preceptos que regulan la conducta humana individual siempre en relación a la conducta humana en sociedad). Así un hecho para ser delictivo no tiene que ser sólo típico, sino antijurídico, es decir que contradiga la relación de la conducta humana con el fin común, y que por lo tanto haya necesidad de una “exigencia social de solución” (Diez-Picazo, 1975); algo es jurídico sólo si responde a una exigencia social de solución, explicaría Luis Diez-Picazo.

En el elemento de tipificación podríamos agregar que aquellos hechos calificados como delitos son producto de la determinación del Estado o de la sociedad, para solucionar dichos delitos a través del castigo. Por ejemplo, en los delitos de lavado de activos, primigenia Ley N° 27765: Ley penal contra el lavado de activos.

Esta ley emanada del Poder Legislativo pone en evidencia un primer fenómeno: que el Legislativo precede al Judicial en la regulación normativa. El Legislativo da las normas para que el Poder Judicial las utilice como instrumentos de solución de conflictos. Eso indica que sólo habrá -en este caso- delito de lavado de activos si es que está debidamente tipificada, y esta tipificación es dada por el Legislativo. Aquí la tipificación es precedente, es a priori, pero no todos los fenómenos que causan daño a la sociedad pueden determinarse a priori. Las leyes contienen hipótesis, afirmaciones a priori, pero los hechos se presentan siempre a posteriori. Para seguir con el ejemplo podemos decir que el delito de lavado de activos se refiere a los actos de conversión y transferencia de dinero, bienes, efectos o ganancias, que tengan un origen ilícito conocido o presumido, presupuesto. La finalidad es evitar la identificación de su origen. Lo primero que se observa es que se trata de una ley penal codificada. Eso significa que está dentro de un texto o cuerpo legal, siendo que la codificación no es introducirlo en un texto llamado código, sino transformar una determinada información a lenguaje convencional. Un código no es sólo un cuerpo material que contiene la normatividad jurídica, sino es un “sistema convencional de signos y símbolos que permiten la transmisión de un mensaje o información”. Pues bien, en la determinación de este delito, no hay sólo tipicidad, sino antijuricidad, que se traduce en el mensaje: no se debe lavar activos, algo se lava porque está sucio, en este caso porque es delictivo.

El derecho penal es netamente prohibitivo. Las normas jurídicas penales tienen carácter de tal si prohíben. Se trata de normas jurídicas que se definen como mandatos con eficacia social de organización; preceptos, proposiciones o afirmaciones que indican cómo debe uno conducirse. Esta indicación, respaldada por una amenaza o sanción, pasa a ser un mandato. Ahora bien, para que algo sea precepto es necesario que sea un indicativo de la conducta a seguir; para constituir un mandato se necesita de una amenaza o sanción posterior, a posteriori. La norma jurídica necesita de estos dos elementos, pero además, si la descomponemos, en una norma jurídica siempre existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; esta consecuencia, según el principio de Imputación de Kelsen, es una respuesta arbitraria, o que se impone. Una consecuencia jurídica es siempre una valoración jurídica, una respuesta a la realidad social; esta respuesta jurídica se transforma en una sanción. Ahora bien, la consecuencia jurídica pasa por dos fases: 1) Comprobación del supuesto de hecho, 2) La valoración del supuesto de hecho. Esto significa calificación. Dar la medida del valor. En nuestra realidad penal nuestra respuesta jurídica sigue siendo condenatoria, carcelaria; pero dicha respuesta se subordina a la tipificación y no a la antijuricidad. Se sigue luego un criterio de seguir los mandatos de la norma jurídica, como imposición de conductas. Se puede decir que en el Derecho Penal no existen deberes, sino simplemente sanciones; por eso estas normas no imponen deberes sino imponen sanciones. Así, siguiendo las perspectivas

doctrinarias de Luis Diez-Picazo, podemos parafrasearlo y decir con él, que los particulares no están obligados por las normas, sino simplemente expuestos a sufrir una sanción, si se presenta la hipótesis expuesta por la norma.

## **5.- Tipos de delitos**

Según nuestro Código Penal tenemos los siguientes tipos delictivos: 1) Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; 2) Delitos contra el honor; 3) Delitos contra la familia; 4) Delitos contra la libertad; 5) Delitos contra el patrimonio; 6) Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los negocios; 7) Delitos contra los derechos intelectuales; 8) Delitos contra el patrimonio cultural; 9) Delitos contra el orden económico; 10) Delitos contra el orden financiero y monetario; 11) Delitos contra la seguridad pública; 12) Delitos contra la seguridad pública; 13) Delitos contra la ecología; 14) Delitos contra la tranquilidad pública; 15) Delitos contra la humanidad; 16) Delitos contra el Estado y la Defensa; 17) Delitos contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional, 18) Delitos contra la voluntad popular; 19) Delitos contra la Administración Pública; 20) Delitos contra la Fe Pública.

## **6.- Los Principios del Derecho Penal**

Los principios son “conceptos o proposiciones que informan u orientan la creación, modificación o extinción de las normas jurídicas”, proponiendo y posibilitando y promoviendo la coherencia, consistencia, congruencia, eficacia, validez y legitimidad

del derecho dentro de un determinado sistema jurídico”.

Los principios en el Derecho Penal son aquellos marcos que impiden se creen, modifiquen o extingan normas jurídicas penales que vulneren los derechos fundamentales y bienes jurídicos en un Estado de derecho.

Los principios jurídicos penales deben considerarse como “fundamentales”, esto es, como irrefutables, sin embargo, con la ejecución, e incluso en la misma normatividad jurídica existen preceptos e instituciones (como la prisión preventiva), que trasgreden, violan, lo preceptuado por los principios generales, como el “principio de presunción de inocencia”.

Los principios del derecho penal son aquel margen que delimita tanto los poderes de los individuos (ius uso de la fuerza) como los del Estado (ius puniendi).

Los principios del Derecho Penal son los siguientes: 1.- Principio de finalidad preventiva; 2.- Principio de Legalidad; 3.- Principio de prohibición de la analogía; 4.- Principio de lesividad; 5.- Principio de Garantía Jurisdiccional; 6.- Principio de Garantía de Ejecución; 7.- Principio de responsabilidad penal; 8.- Principio de proporcionalidad de la pena; 9.- Principio de la finalidad preventiva, protectora y resocializadora; 10.- Principio de que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación; 11.- Principio de aplicación supletoria de la Ley Penal.

En la exposición de motivos del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635) se enuncian los siguientes principios penales: 1.- Principio de protección de bienes jurídicos; 2.- El Derecho Penal como última ratio; 3.- Principio de Intervención Mínima; 4.- Principio de carácter fragmentario del derecho penal; 5.- Principio de Legalidad; 6.- Principio de Tipicidad; 7.- Principio de culpabilidad; 8.- Principio de dignidad de las personas; 9.- Principio de humanidad de las penas.

## **7.- Los Principios del Derecho Penal desde el Código Penal.-**

Los principios del derecho penal son marcos, pautas conceptuales generales sobre el derecho penal que sirven como fundamentos para crear, modificar o extinguir los conceptos penales, tanto normativos, doctrinarios o jurisprudenciales. Los principios del derecho penal son fundamentos o síntesis conceptuales del derecho de las personas cuando enfrentan un tema penal; teniendo una doble aplicación, mientras que por un lado otorgan derechos y deberes a las personas para defenderse del Estado sancionador, en el ejercicio monopolizador del Estado punitivo; por otro lado establecen las potestades y límites del Estado para aplicar sanciones a las personas.

### **7.1. Principio de Finalidad Preventiva.-**

El principio de finalidad preventiva consiste en que cuando se aplican las normas penales se debe considerar en primer lugar que estas no son sancionadoras per se, sino que tienen una finalidad que

es superior a su establecimiento y operatividad, la prevención, es decir, que su razón de ser no es la sanción o el castigo, sino la prevención del delito; se perfecciona entonces como “medio protector de la persona humana y la sociedad”, protección contra los delitos y faltas, que son transgresiones a la integridad física psíquica del ser humano determinado expresamente en ley cierta y verificable. Esta condición, la de prevención, tiene sin embargo algunos aspectos incongruentes, puesto que si de las normas penales su finalidad (causa efecto) es la de la prevención, la sanción no es precisamente preventiva, porque la prevención es una causa y no un efecto, y la sanción siempre será un efecto, una imputación (variable de acuerdo al tiempo y espacio). La correlación lógica es en este sentido imperfecta; porque incluso si es que se intenta el diagrama que al sancionar al culpable se evita que se cometan nuevos delitos, esta conclusión es siempre imprecisa e inmanejable, porque no se puede saber si la sanción ha causado el efecto deseado (prevención).

La finalidad puede ser la meta a la que se anhela llegar, pero esa finalidad debe corresponderse con los medios para alcanzarla. Si la finalidad es prevenir, y para ello se aplican “castigos penales”, el tratamiento es directo al cuerpo, mientras que la mente es un área que sólo indirectamente se ve tratada. El cuerpo reducido a un medio privativo de la libertad de la comisión, no comprende la carcelería o prisión del pensamiento, porque este se puede desarrollar y exponenciar sus efectos fuera de un área geográfica. El cuerpo se reduce pero la mente, el intelecto, que es lo que mueve al

cuerpo puede traspasar cualquier muralla física. ¿Cómo prevenir el delito sólo a través de sanciones físicas? O cortar la libertad física y olvidar la volatilidad o inhabilidad de la libertad psíquica, intelectual? La prevención del delito está en la mente, en el tratamiento a la mente, y la prisión solo trata aleatoriamente, complementariamente. El origen del delito no está en el cuerpo, sino en la psiquis, en la mente, el hecho delictivo es solo una exteriorización del psiquis, el cuerpo es solo instrumento.

El tratamiento del intelecto se ha intentado en otra área, en la ciencia médica, y que fue Sigmund Freud quien ensaya la curación a través de tratar al intelecto por medio de la palabra, lo que concluye en el psicoanálisis. En el derecho sólo se conoce al respecto una visión en el cine, “La naranja mecánica”, pero desde una visión bastante debatible y hasta cruel.

El Código Penal de 1991, promulgado (03.04.91) y publicado (08.04.94) mediante Decreto Legislativo 635 (es decir por delegación del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para legislar en materia penal), dentro del título “Finalidad preventiva, prescribe: **Artículo I.-** Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.”, integra dentro del concepto finalidad (que persigue una meta) al concepto “objeto”, es decir, la razón de ser, el factor que es ya una función; así la normativa penal establece que la función de razón de ser de su finalidad (meta) y objeto (acción) es la prevención.

Ahora bien, al ser el Código Penal una manifestación o creación de un Decreto Legislativo, significa que ha sido creada, confeccionada por un poder distinto al señalado por ley prioritariamente, que es que sea la voluntad total de la sociedad quien determine qué es delito, y esto teóricamente se hace a través de la representación popular de la voluntad social, que es el Congreso; siendo que se delega al Poder Ejecutivo, ya no es la representación teórica de toda la sociedad, sino de una parte de la representación de la sociedad; esto trae un grave problema: ¿cómo controlar la arbitrariedad de la norma penal? No parece ser suficiente que el Decreto Legislativo sea posteriormente revisada por el Congreso, puesto que éste trabaja sobre un pliego normativo ya hecho, dejando muchas vertientes abiertas para la creación de normas penales, delitos y sanciones en una especie de riesgo, y peor, en peligro de ser ilegítimas (no validadas por la sociedad en los hechos).

La finalidad y el objeto de la dogmática penal significan además la necesidad de arreglar todas las conductas no a la sanción, sino a garantizar (prevenir) anteriormente a cualquier hecho, los derechos de las personas.

**En el Código Penal (D.Leg. N° 635):**

Este principio del Derecho Penal, se encuentra en el Título Preliminar del Código Penal (D.Leg. N° 635). Principio mediante el cual se prescribe que el Derecho Penal tiene como objeto la “prevención de los delitos y faltas”, como medios de protección de la persona

humana y la sociedad”. Siendo que este principio también dejaría claro que no es la sanción necesariamente el objeto del derecho penal, o de la dogmática jurídica penal, sino la prevención de los delitos y faltas, para la “protección de la persona”. La finalidad, según este principio, de la dogmática penal no es la sanción del infractor, de quien comete delito o falta (este es la variable o factor para aplicar la dogmática penal) sino la protección de la persona, a través de medios anteriores a la infracción, “la prevención”.

### **En el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal.-**

De acuerdo con el proyecto de la Nueva Ley del Código Penal, en su Título Preliminar se prescribe: “Artículo I. Fines de la ley penal.- La ley penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como fundamento del respeto a la dignidad humana. La pena tiene función preventiva y protectora. Las medidas de seguridad se imponen con fines preventivos, terapéuticos, de deshabitación y de custodia o vigilancia”.

De acuerdo con el Artículo I del Proyecto del Nuevo Código Penal, se establecen los fines y funciones de la ley penal, en:

**Fines de la ley penal:** a) La prevención de los delitos y faltas; b) Respeto a la dignidad del ser humano.

**Funciones de la ley penal:** a) Función preventiva; b) Función protectora. **Fines de las medidas de**

**seguridad:** a) Fines preventivos; b) Fines terapéuticos; c) Fines de deshabitación; d) Fines de custodia o de vigilancia. Estando a esta clasificación los fines de la ley

penal son la prevención de los delitos, siendo que la ley penal no se aplica para prevenir los delitos esencialmente, sino para “castigar la comisión de delitos”, esto en uso del poder para castigar y monopolización del uso de la fuerza que tiene un Estado Moderno. Así, la prevención es un acto anterior al hecho, siendo que el Código Penal no se aplica a conducta u hecho anteriormente realizada y tipificada como delito, sino después de la comisión del delito o falta. Además, la persuasión que pudiera ejercerse sobre cualquier posible delincuente es imposible de probar, por lo que no se puede dar para aquellos supuestos; así que la pena tenga un efecto posterior es una variable independiente a la ley penal, porque esta última se da como respuesta.

El texto penal debe –a nuestro entender- tener fines claros y precisos, por ser una sociedad moderna, como: “sancionar” o “castigar la comisión de delitos y faltas, y también la de prevención de los mismos y protección de la persona humana.

El Derecho Penal se impone como un acto de subordinación del individuo al Estado, puesto que el delito es siempre un concepto social, es decir, un hecho que la sociedad, a través de sus mecanismos de representación (como el Poder Legislativo) acuerda que es delito (acto u omisión de una conducta humana típica, antijurídica y culpable). Por ejemplo, el fin de la policía es prevenir el delito, así como reaccionar contra el delito, pero el fin de la ley penal es sancionar a quien trasgrediera las normas jurídicas del Estado, de la sociedad. La sanción se hace necesaria ponerla como fin,

porque si se pone que se quiere prevenir, se pervierte el sentido de la ley penal: el orden, la subordinación ante la sociedad, el respeto a la dignidad humana, el respeto de los bienes jurídicos tutelados por el Estado.

La finalidad última de la ley penal no es prevenir el delito, sino mantener el orden constitucional, la prevención es un medio, así como la sanción. El Derecho penal es un medio o instrumento intermedio para lograr el fin último del Estado, que es mantener y perpetuar su organización, su ordenamiento jurídico, su existencia.

### **Una interpretación auténtica de los fines de la ley penal.-**

Una ley no puede tener fines, sino que los fines son de categoría de los seres humanos; la ley es sólo un instrumento de representación de la voluntad legitimada; la ley no puede pues tener fines, sino cumple objetivos de aquellos que representa (voluntad social). La norma debiera expresar –en este sentido- que ha sido creada para cumplir la finalidad por la que han sido creadas por la voluntad social, que son la prevención, protección y sanción del ser humano.

Es por este tipo de representaciones gráficas, tipos o estilos de escritura (poner como fin de la ley penal) que se pierde el sentido primero y último de toda normatividad jurídica: el ser humano.

**Poner como premisa o principio del derecho penal a la “finalidad preventiva” plantea una “condición superior del ordenamiento jurídico penal; establece o prescribe**

el criterio de razonamiento superior (finalidad) directiva del resto de normas penales que conforman el árbol del derecho penal.

Una premisa que el desarrollo de las prescripciones legales penales del Código Penal se pueden olvidar o acaso obvian inconscientemente. Si la ecuación es: derecho penal = a prevención que el derecho penal es igual (fin) a la prevención del delito, entonces, toda construcción normativa que sobrepase u obvie dicha superior premisa (porque se ha constituido como fin o finalidad) es inválida e ilegítima. Esta finalidad preventiva es de doble condicionamiento o bidireccional, porque de un lado impide (o trata) de impedir el abuso del ius puniende, potestad de castigar del Estado, y a la misma vez evitar la “impunidad” del agente delictivo. Este principio “finalidad del derecho penal” es un importante rasgo del derecho moderno, porque se basa en la “racionalidad” que debe tener la norma penal.

Sin embargo este principio de finalidad preventiva (que todas las normas se hagan para prevenir el delito) no es completa. La definición de prevención abarca aspecto como: a) evitar que se cometan delitos anteriores al propio delito y posteriores al propio delito. La prevención presupone que una persona a) no cometa delitos; b) no vuelva a cometer delitos. Así el derecho penal puede actuar como “disuasivo”, al imponer castigos al delincuente o amenazar con aplicar sanciones a quien pretenda cometerlos. Los instrumentos para la prevención delictiva son: a) la

norma penal; y, b) la sanción penal. Hay cierto vacío en esta proposición, puesto que el derecho penal no puede sancionar a una persona antes que cometa el delito, porque no existe una máquina del futuro que pruebe con certeza que tal persona cometerá el delito. Así esta área queda restringida a una presuposición o al menos una “intención”; no proviene el delito cuando lo castigue, porque la posible comisión del delito es también un supuesto; sus efectos son por tal muy difusos; así en la realidad el derecho penal no encaja con su finalidad en forma completa sino subsidiaria.

## **7.2.- Principio de Legalidad.-**

El principio de legalidad es un precepto general que postula que toda norma jurídica penal debe crearse modificarse o extinguirse con las formalidades y contenido de la ley, esto es, dentro del contenido legal, contenido que evitará la arbitrariedad del individuo y del Estado o sociedad.

Por el principio de legalidad se limita el poder punitivo del Estado y de la propia sociedad, puesto que sólo puede ser sancionado aquello establecido por ley, tipificado (puesto o escrito en una norma legal penal), nacido de voluntad representativa (que haya sido dado por el procedimiento que permita representar la voluntad de consenso de la sociedad), por lo que no puede ser la sanción ni el proceso penal nacido de la arbitrariedad sino de un procedimiento de legitimación basado en la “necesidad extrema de sancionar” al delincuente (quien viola la ley, o realiza acto, hecho,

conducta que al tiempo de realizarlo se encuentra en norma legal definido como delito).

El Código Penal (1991) al respecto prescribe: “**Artículo II.-** 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.”, norma que tiene sentido negativo o prohibitivo (nadie), general, por el que establece la necesidad indiscutible, irrefutable de relación entre un hecho y la definición del mismo como delito en el ordenamiento jurídico penal (Código Penal); asimismo también establece la prohibición de ser “sometido” a pena o medida que no esté en la ley (consenso o producto de la representación de la voluntad social general).

El principio de legalidad es, por un lado, límite al poder punitivo del Estado, en general, y límite al poder de los jueces, en específico, puesto que la imposición de las penas o sanciones penales están monopolizadas en el Poder Judicial, que las emiten a través de su expresión humana, los jueces penales; así este principio es específico con los jueces, en su aplicación, pero también es prescripción que las normas penales sólo pueden crearse por representación social (Congreso) o delegación de dicha representación (Delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo) que son las únicas formas de creación de la ley.

La alusión a la necesidad de leyes “vigentes” parece obvia, pero no lo es en el extremo que una norma penal

puede estar derogada, en *vacatio legis* (para entrar en vigencia después de un plazo posterior determinado), y por lo cual se tiene que establecer, antes de cualquier sanción, la “vigencia” de la norma penal.

Por virtud del principio de legalidad, ninguna persona será sancionada si al momento de la comisión de un hecho determinado (sea dañoso, agravante, lesivo o no) no esté debidamente tipificado y vigente como delito o falta; así, nadie puede ser sancionado a pena (pena privativa de la libertad, pena limitativa de derechos, pena restrictiva de derecho, etc.) o medida de seguridad (medidas de protección, etc.). Este principio se expresa también como “*nullum poena sine lege*”, no hay pena sin ley”. Los elementos son que el hecho este tipificado como delito o falta, y que dicha norma se encuentre vigente al momento de la comisión de la infracción.

De acuerdo con la doctrina, “las características elementales del Principio de legalidad en materia penal: 1.- Prohibición de retroactividad; 2.- Prohibición de analogía; 3.- Prohibición del derecho consuetudinario; 4.- Prohibición de indeterminación de la ley penal (el delito debe estar claramente en la ley penal.”

El Principio de Legalidad es aquella por medio de la cual se puede establecer el imperio de la ley, ésta última es la representación de la voluntad popular (a través del parlamento). Este principio aclara que: “a) Los delitos y las penas sólo se crean o agravan en virtud de una ley previa, anterior a la comisión del hecho”. (José Luis Castillo Alva); b) Existe un “exclusivo y único monopolio

de la ley en la creación de delitos y penas” (José Luis Castillo Alva); c) Se debe tratar de una ley formal expedida por el parlamento o de una norma que según la Constitución sea equivalente (principio de reserva de la ley); d) Por este principio de legalidad se establece que sólo una clase de normas deben ser tenidas como fuente en la creación de delitos y penas. No basta cualquier ley o disposición escrita, independientemente de su jerarquía, sino que se exige una disposición de un determinado rango dentro de la escala normativa fijada por la Constitución para que sea válida la creación de delitos y penas, en la que finalmente sólo pueden contarse a: 1) Las leyes formales expedidas por el parlamento; 2) Decretos Legislativos; 3) Decretos Leyes.

Las demás normas, como los decretos supremos, las resoluciones legislativas o las ordenanzas municipales, no pueden crear o agravar delitos o penas, pues de hacerlo incurrirían en inconstitucionalidad.

### **Características elementales del Principio de Legalidad en materia penal.-**

Entre las características elementales del principio de legalidad en materia penal tenemos: 1.- Prohibición de retroactividad; 2.- Prohibición de analogía; 3.- Prohibición del derecho consuetudinario; 4.- Prohibición de indeterminación de la ley penal (el delito debe estar claramente en la ley penal).

### **Ventajas del principio de legalidad.-**

Las ventajas del Principio de Legalidad serían: 1.- Seguridad jurídica (certeza del ciudadano de saber qué conductas están prohibidas y cuáles son lícitas); 2.- Fidelidad al derecho (el comportamiento futuro se hace calculable y predecible por: publicidad y difusión, para saber clase, tiempo de duración y forma de sanción); 3.- Tratamiento igualitario de las personas (uniformidad del Derecho).

### **7.3.- Principio de prohibición de la analogía.-**

La analogía es la “relación de semejanza entre cosas distintas”, es decir, que cosas distintas tienen parecido o son símiles, sin embargo son distintos. Esto se ha hecho considerando el principio inobjetable que el ser humano es único, exclusivo y excluyente por propia constitución o naturaleza, por lo tal, el Derecho Penal, la sanción, como una expresión de última ratio, último recurso, no puede aplicarse a un individuo considerando causas similares anteriores, paralelas, puesto que el castigo es personal, la persona, la calificación de un hecho o conducta determinada de una persona no puede servir para consideraciones similares, ajenas, de otras personas. El derecho penal en este sentido es exclusivo y excluyente, no analógico.

El Código Penal (1991) prescribe al respecto del principio de prohibición de la analogía: “**Artículo III.-** No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.”. El texto normativo es específico, no se puede aplicar por similitud o por parecido un hecho

como delito o falta, por lo tanto cada hecho debe tener una sola tipificación particular para ser considerada falta o delito, no se puede aplicar un hecho distinto o parecido para tipificar un delito distinto. Tampoco se puede determinar un “estado de peligrosidad” con una norma similar, menos se puede determinar la pena utilizando un hecho similar. Cada hecho corresponde a un tipo exclusivo y excluyente de falta o delito.

Este principio preceptúa que no podrá utilizarse la analogía (similitud de un caso, o sentencia parecida, etc.), para: a) Calificar un hecho como delito o falta; b) Definir un estado de peligrosidad; c) Determinar la pena o medida de seguridad que corresponda.

La analogía prohibida en materia penal, afianza el principio de legalidad, y fundamenta el carácter de exclusividad o trato personal, exclusivo del derecho penal, así como revela su matiz excluyente: excluye, por ejemplo, la utilización de la jurisprudencia penal y de todo tipo de precedente vinculante. De esta forma, nada es igual a una persona y sus propias características. El individuo es él y su propio reino fuera de él no existe nada. Así, todos somos únicos, exclusivos y distintos, el derecho penal es personalísimo, de atención personalizada. El sistema impide que se trate a una persona en forma “igual”, que a otra. No hay análogo o analogando posible. El reconocimiento de la individualidad frente y hasta contra la colectividad. No importan los demás sino el único, irrepetible individuo.

La analogía es tratada por Luis Jiménez de Asúa en su libro “Principios del Derecho Penal – La Ley y el Delito”.

No puede por la prohibición de la analogía “calificarse un hecho como delito”, es decir, que si un hecho similar ha sido cometido.

Por la prohibición de la analogía no se puede calificar un hecho como delito en base a otro hecho delictivo similar. La calificación delictiva del hecho es en este extremo individual; el hecho se aísla así como la vinculación con el imputado también se aísla. La calificación, que es un concepto para evaluar la singularidad y particularidad de los hechos es individual porque protege una condición humana también individual, que es la libertad y la vida. No puede por tanto prescribirse un hecho delictivo sino solo por la calificación individual y excluyente de cualquier hecho. Esto enfoca a quien califica el hecho (fiscal o juez) para que a manera como usan los caballos de carrera visores que le direccionan a mirar solo la pista o carretera de carreras y no los costados, se pueda exponer objetivamente la condición del hecho y la vinculación del sujeto. Calificar es un acto que se desliga de “símbolos”, “semejanzas”, o “coincidencias”. Aquí la condición del ser humano como único se amplia y explica.

Así también prohibir la analogía impide que se pueda determinar un “estado de peligrosidad” por semejanza con un hecho o persona delictiva similar. El Estado de peligrosidad solo pertenece a la esfera individual y no cabe definirse al sujeto en coincidencia o semejanza con

otro sujeto. ¿Qué o cómo se determina un estado de peligrosidad? ¿Cuándo se dice de una persona que es peligrosa?, ¿Cómo se determina o condiciona este estado de peligrosidad? En derecho penal se considera que una persona es peligrosa cuando se puede deducir que puede violentar o usar la fuerza o violencia en contra de bienes jurídicos por ejemplo, que aquella persona sea un reincidente o habitual en cometer latrocinios, robos (de celulares, etc.), porque forma parte de su actividad diaria, de su “status social”, de su “trabajo” para sobrevivir; o cuando aquella persona tiene condicionamientos mentales para la violencia, irritabilidad, impaciencia, etc. Esta condición de peligrosidad solo puede imputarse por elementos objetivos, como el informe policial, o el informe médico, y aquellos son solo respecto a un individuo, porque aquel actúa individualmente.

#### **7.4.- Principio de Lesividad.-**

Por el principio de lesividad sólo se sancionará aquellas conductas que causen lesión, o puesta en peligro los derechos de las personas, eso simbolizaría dos aspectos un hecho concreto y una posibilidad de un hecho concreto de daño o agravio a los derechos de la persona, que en derecho penal se denomina bienes jurídicos. El concepto de bien jurídico alude más a una noción material, sin embargo se refiere a los derechos de la persona.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo IV.-** La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la

ley.”; Así, la pena puede aplicarse sólo en dos casos: a) La lesión del derecho o bien jurídico; b) La puesta en peligro del bien jurídico. Esto quiere decir que se haya producido la lesión (tiempo real) y que existe la posibilidad de que se vaya a producir la lesión (tiempo futuro); la primera es una consecuencia directa de la acción, y la segunda es una consecuencia directa de la finalidad preventiva del Derecho Penal expresado en el principio de finalidad preventiva del Título Preliminar del Código Penal. La lesión sin embargo tiene que cumplir con ciertos requisitos para ser considerado “punible” por el Estado, como un hecho u omisión típica, antijurídica y culpable, y que no esté dentro de las “causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal”, como la “inimputabilidad”, “responsabilidad restringida por la edad”.

Por la inimputabilidad se establece que está exento de responsabilidad penal (que no puede ser sancionado penalmente) los siguientes sujetos (Art. 20° del Código Penal):

1. “El que por anomalía psíquica, grave alternación de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”, que es una forma de señalar la inimputabilidad (no responsabilidad penal) por su capacidad mental para comprender la razón de su conducta, o si esta conducta es dañina o no; en este caso

se estaría tratando, dentro de la ciencia médica, denominados idiotas, locos, retardados mentales.

La realidad de que se tenga conciencia del acto no es suficiente, es necesario que se haya actuado sin la posibilidad de poder evitar el daño porque no se puede tener conciencia de que tal acto es un daño. La conciencia es saber, poder diferenciar, sentido de balance o equilibrio. Un niño no podrá cometer delito porque no es “consciente de sus actos”.

### **Inimputabilidad.-**

La inimputabilidad es aquella por la cual la persona está exenta de responsabilidad penal, de que le caiga una sanción penal (pena privativa de la libertad, penas limitativas de derechos, penas restrictivas de derecho, penas de prestación de servicios comunitarios, etc.). De acuerdo al ordenamiento jurídico penal están exentos de responsabilidad las siguientes personas (Art. 20 CP):

- 1) Aquella persona que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto por “anomalía psíquica”, “grave alteración de la conciencia” o por sufrir “alteraciones en la percepción” que afecten gravemente su concepto de la realidad;
- 2) El menor de 18 años, menor de edad;
- 3) La persona que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros;
- 4) Aquella persona que actúa para conjurar un peligro actual e insuperable de otro modo que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico;
- 5) El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad

corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. / No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica; 6) El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza; 7) El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor; 8) El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; 9) El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; 10) El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición; 11) El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.”.

Por el principio de lesividad para poder imponer una pena es necesario que exista “lesión” o “puesta en peligro” de los bienes jurídicos tutelados por la ley. Es decir, si no existe lesión no se podría sancionar penalmente. Pero esto deja un caso más, “poner en peligro un bien jurídico”, ¿esto entraría en la calificación de tentativa? Debe mencionarse que en Derecho Penal no se puede imponer sanciones por la presunción de un hecho, sino que tiene que haber lesión.

La lesividad aborda una concidición que en la realidad parece ser también obviada, o extraviada entre la diversidad normativa o conceptual: que el derecho penal solo se aplicará cuando exista o pueda existir una lesión o daño. Las características de la lesión pueden ser determinados por la prueba pericial, médica, legisla, psicológica, etc., que se deriven de la observación del sujeto agraviado; mientras que las condiciones de “puesta en peligro de lesión” se evidencian considerando las circunstancias que rodean a la posible víctima. Sino existe lesión no puede haber elementos para la persecución, acusación y menos sentencia respecto a culpabilidad alguna. Esto trae algunos matices a observar, como que la persecución penal requiere un cierto grado o nivel de lesión o puesta a peligro. Aquí un agregado propio, la prescripción debería ser “principio de lesividad irreparable”, es decir que la lesión se haya producido no pudiendo repararse, si tal vez compensarse, así mismo con la puesta en peligro tampoco pueda repararse. Esta nuestra consideración es en mérito que el derecho penal solo debe aplicarse a actos irreparables dejando lo otro para regulaciones administrativas, civiles, disciplinaria, etc.

### **7.5.- Principio de Garantía Jurisdiccional.-**

Principio mediante el cual se determina que sólo el juez puede imponer penas o medidas de seguridad, así como que dicha potestad sólo podrá hacerla dentro de la forma establecida por ley.

Según se prescribe en el Código Penal: “Artículo V.- Garantía Jurisdiccional.- Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”. Por medio de este principio, se establece la competencia monopólica del juez para aplicar penas o medidas de seguridad, y además, se precisa y establece que dicha facultad del Juez, sólo puede hacerla a través de la “forma establecida por la ley”.

Por tal consideración se determina que quien tiene la facultad para “procesar penalmente” a un individuo es un juez, persona investida del poder público para administrar justicia de forma exclusiva y monopólica. La determinación de juez competente nos lleva a varias aristas; por un lado, competente en cuanto estar facultado normativamente por criterios como: a) territorialidad; b) jerarquía; c) grado o nivel; d) capacidad; y por otro lado competente por contener las características del juez natural, o juez que por derecho le corresponde conocer y resolver respecto de una determinada causa. Por otra vertiente la garantía jurisdiccional alude también a la división de poderes o potestades; así solo podrá juzgar penalmente un juez, no una comisión política (congreso), o de otra índole. Lo jurisdiccional atañe a que el proceso verse sobre reglas o normas jurídicas objetivas, y no sobre normas políticas. El juez es el detentador monopólico del poder de juzgar. Antaño la figura del juez se confundía con la del emperador, rey, monarca, papado, etc. La ilustración delimitó las funciones del juez al cumplimiento de la ley (voluntad popular general lograda por el contrato

social), es decir de cumplimiento de normas creadas por el poder representativo o soberanía popular representativa, como es el Congreso.

#### **7.6.- Principio de Garantía de Ejecución.-**

Principio de Garantía de la ejecución por la cual la pena sólo puede ejecutarse en la forma que lo establece la ley y el reglamento que la desarrollen, por lo que se limita el poder de cualquier autoridad o persona, a fin de evitar su arbitrariedad y violación a los derechos fundamentales; asimismo frente a cualquier acto contrario la ejecución de la pena que no se arregle a las formalidades de la ley puede ser intervenida judicialmente.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Artículo VI.-Principio de Garantía de Ejecución.- 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”. Por medio de este principio, cualquier ejecución de la pena impuesta por el Juez sólo puede ejecutarse conforme lo prescriba la ley y reglamentos establecidos, porque de lo contrario la pena será intervenida judicialmente.

Garantía de la ejecución es un principio que concentra su finalidad en evitar el exceso o abuso en la aplicación de la pena, de tal forma que no se afecte los derechos del imputado, encarcelado (procesado o condenado) sólo estrictamente lo permita la ley; así una aplicación distinta vulnera al derecho de la persona y habilita el

derecho de repudiarla, contradecirla, intervenirla judicialmente ¿Cómo impedir que la ejecución o aplicación de la sanción penal no exceda su propia determinación, no sea arbitraria? La respuesta social la define en la ley; de esta manera la ley se convierte en el marco y límite de ejecución de la pena, la ley es la garantía o impone la garantía contra la arbitrariedad, lo necesariamente prescrito por la sentencia. Precepto que en la realidad parece violarse constantemente.

### **7.7.- Principio de Responsabilidad Penal.-**

El Principio de Responsabilidad Penal prescribe que la pena requiere la responsabilidad penal del autor. Asimismo en nuestro ordenamiento jurídico se proscribiera toda responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad objetiva es cuando una persona responde penalmente por un hecho en el que no haya tenido voluntad de realizarlo, dolo, intención, ni haya obrado con imprudencia o negligencia. Es decir que la responsabilidad penal no alcanza a quien haya actuado sin dolo, y tampoco a quien no haya actuado con imprudencia o negligencia.

Según se prescribe en el Código Penal: “Artículo VII.- Responsabilidad Penal.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. Por medio de este principio se establece que para que se dé una pena, se requiere la “responsabilidad del autor”, es decir, que se haya probado la responsabilidad del imputado como autor del delito o falta, no pudiéndose optar por ninguna forma de “responsabilidad objetiva”.

La responsabilidad objetiva es “prescindir de los contenidos subjetivos (dolo o culpa)”. Eso enfatiza la condición de la aplicación del derecho penal: la responsabilidad penal, que se mide por el dolo y la culpa.

Este principio marca una noción fundamental, que la responsabilidad, aquella condición de la persona para hacerse cargo de su conducta, para ser penal, no puede deducirse de la calidad objetiva del hecho, que consiste que para la determinación de la responsabilidad penal debe aplicarse los criterios valorativos de si el hecho, la conducta, ha sido realizado con dolo, culpa, o negligencia. Esta es la valorización subjetiva del hecho (dolo o culpa) porque una persona – en este razonamiento-, solo puede ser castigado si su conducta ha sido producto del dolo o la culpa. El hecho delictivo no puede apreciarse para la ley penal objetivamente, sin que importe las causas o razones subjetivas de la conducta delictiva. La responsabilidad penal difiere entonces de la responsabilidad objetiva, que es esta última proscrita por la ley.

### **7.8. Principio de Proporcionalidad de la Pena.-**

El principio de proporcionalidad de la pena define a la responsabilidad por el hecho delictivo como el límite para la imposición de la pena. De esta manera se prescribe la arbitrariedad o el exceso en la aplicación de la pena, sujetándola sólo hasta donde alcance la responsabilidad penal del acto delictivo.

De acuerdo con el Código Penal, tenemos: “Artículo VIII.- Proporcionalidad de la Pena.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Por este principio ninguna pena puede “sobrepasar la responsabilidad del hecho”, es decir que la sanción debe ser sólo en proporción de la infracción cometida y sólo por aquella. Existiendo sin embargo excepciones en el caso de reincidencia o habitualidad del imputado. Además, la dogmática penal indica que las medidas de seguridad sólo pueden ser ordenadas por intereses públicos predominantes, como son la protección de los bienes jurídicos.

La proporción atañe a qué medida es la adecuada de imponerse. La medida del cual se calcula la responsabilidad penal es el hecho delictivo. Así una medida es proporcional directamente equivalente al hecho delictivo. Proporcional es el caso de la dimensión expansiva que produce o permite el hecho. Así el daño causado por el hecho es directamente proporcional para aplicar la responsabilidad penal. ¿Cómo se mide entonces la proporcionalidad de la pena? No parece existir un estándar de medición, así la proporcionalidad es dejada al criterio subjetivo del juez. Y el juez se mide en un rango entre el mínimo y el máximo legal de la pena prescrita en el Código Penal. Sin embargo existe el test de proporcionalidad, desarrollado en la jurisprudencia. La proporcionalidad de la pena debería definirse como la proporción entre el hecho delictivo y la responsabilidad penal. Así, mayor pena se aplica a quien mayor responsabilidad tuviera, y no al hecho delictivo.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el fundamento 35 del Exp. N° 0014-2006-PI/TC, se prescribe: (...)el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados”. (Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

### **7.9.- Principio de Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.-**

Mediante este principio penal, el de los “fines de la pena”, se establece cuál es la función, para qué se emite una sanción penal, que normativamente es que la pena tiene función “preventiva”, “protectora”, “resocializadora”. Siendo que las medidas de seguridad tienen fines de “curación”, “tutela” y “rehabilitación”.

De acuerdo con el Código Penal, se establece: “Artículo IX.- Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

Según la dogmática penal, la pena tiene las siguientes funciones: a) Finalidad preventiva; b) Finalidad protectora; c) Finalidad resocializadora. Asimismo, la finalidad de las medidas de seguridad son: a) Finalidad

de curación; b) Finalidad de tutela; c) Finalidad de rehabilitación.

De acuerdo con este principio la pena tiene una función tripartita: prevención, protección y resocialización. Preventiva porque teóricamente impediría la comisión de delitos puesto que es una amenaza de uso de la coerción estatal para aplicar su potestad punitiva; así como para esta función preventiva también tendría efectos disuasivos en quien comete delitos o quienes quieran cometer delitos. La función protectora representa el carácter coactivo o el poder del uso de la violencia pública para impedir el delito y proteger a las posibles víctimas. El dolor que imprime la pena también persuade de una nueva comisión del delito, y frente a este conocimiento (la precepción del dolor por efecto de la pena) se protege teóricamente de la comisión de delitos. La resocialización es más bien un efecto externo de normalización de las conductas humanas y de respeto por las conductas y derechos de los demás. Así, resocializar ser es reencontrarse con los otros, con las normas o conductas que no alteren el orden social. La conducta individual se integra o acomoda dentro de la conducta social o colectiva.

Las medidas de seguridad proclaman la curación, tutela y rehabilitación. Crear es un término usado más en medicina y que se aplica a pacientes o enfermos. La enfermedad es conceptualizada como aquel mal físico psíquico de procedencia externa o interna que altera negativamente el funcionamiento del cuerpo o la psiquis, que produce un daño inmanejable por quien la

posee; de aquella forma usar las medidas de seguridad es como aplicar ampollas, inyecciones, pastillas, medicinas que provoquen la regeneración del mal inoculado en el cuerpo o la mente, y la posterior expulsión del agente que causa el daño. En el derecho penal se aplica este concepto para identificarlo con una medida inferior o de menor intensidad que la pena, arguyendo que el mal, el acto ilícito es también de una relevancia menor y manejable o controlable perfectamente con esta medida leve de seguridad.

La tutela es el reconocimiento que la infracción ha sido cometida en o por ausencia de un tutor, padre, responsable, etc., e identifica que quien cometió la infracción penal es un menor de edad.

La tutela es una condición de necesidad de dirección, descubre una potestad (poder) y una deficiencia (incapacidad para auto determinarse). En otras palabras insuficiencia que deficiencia que no es atribuible absolutamente a la persona por su especial condición; por ello la tutela es una especie de subsidio, equilibrio que el tutor representa para con su tutoriado. De esta forma el derecho penal al aplicar medidas de seguridad, como tutela está definiendo al imputado en su condición relativa de autodeterminación y a la vez, su responsabilidad -del Estado- o deber de actuar conforme a dicha circunstancia en pro del bien común. La rehabilitación es un instrumento que se enfoca antes en el individuo que en la sociedad. Siendo aún una persona en formación. Si ha actuado ilícitamente es necesario que se anule dicho fenómeno y se le rehabilite

o reacondicione su estatus ético jurídico. La flexibilidad de la constitución psíquica del joven imputado permite usar un tratamiento diferente frente a un acto delictivo.

### **7.10.- Principio de Aplicación Supletoria de la Ley Penal.-**

Mediante este principio, el de aplicación supletoria de la ley penal, se establece que el código (sus normas) puede aplicarse supletoriamente (cuando lo requiera la causa) en hecho punible en leyes especiales.

En el Código Penal se establece: “Artículo X.-Aplicación Supletoria de la Ley Penal.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”. Por medio de este principio se establece que se puede aplicar la dogmática penal (el código penal) de forma supletoria a los hechos punibles previstos en leyes especiales. **Esto por supuesto en caso que la ley especial no regule un determinado caso.**

La supletoriedad es entonces aplciada en defecto de la norma exprsa en la ley especial. Así el código penal se convierte en el marco normativo general del que se tiene que hacer uso la determiación de la ley penal. La constitución de norma supletoria no es indicativo que el código penal sea secundaria, sino marco general.

Ser supletoria sin embargo, no significa sustituir anteriormente, sino solo si existe algún defecto o necesidad de resolver una vacío que no se encuentra descrita en la ley especial. Este es un principio que

permite en forma análoga pero diferente a las lagunas o vacíos de la ley especial. Una necesidad de la prescripción del a supletoriedad es evitar la arbitrariedad de la ley penal, más si esta es una norma exclusiva, de última ratio, de condicionamiento especial y pre existente necesario para recomponer conductas. La supletoriedad en este entendido surte varios efectos: a) evita o subsana los vacíos o lagunas legales; b) evita el uso arbitrario de norma distinta; c) facilita y sana un procedimiento legal en una causa también determinada. Así es una herramienta que proviene de otro principio, de la falta de administración de justicia por falta de ley o norma que regule un determinado hecho. Pero aclarado debe quedar que usar la norma supletoria es válida si y sólo si no existe norma específica en la norma específica, supletorio es entonces: suplir un vacío, no sustituir otra norma.

## **SECCIÓN II: LA LEY PENAL**

### **1.- LA LEY PENAL**

La ley penal es una prescripción o mandato imperativo mediante la cual se sanciona las infracciones a la ley, ante la comisión de un delito o una falta.

La ley penal es una modalidad de la ley. La ley es un instrumento normativo, porque sirve para disciplinar la conducta, creada por ene o autoridad con poder constitutivo, es decir, para crear un ente. La ley es también una categoría normativa, que tiene contenido jurídico exigible, necesario, autorizado, formalmente creado por entidad con poder legislativo, poder para

crear normas. Una ley es así una norma jurídica que contiene un precepto, disposición mandato obligatorio. En la actualidad la ley, norma jurídica de rango determinado, es creada, modificada o extinguida por el Poder Legislativo, quien tiene la titularidad de los mismos, así como su exclusividad, sí los Decretos Leyes, que en tiempos de dictadura se emiten no son propiamente leyes. La ley solo puede generarse en un estado de derecho democrático. En este contexto, una ley puede tener varios adjetivos, constitucional, civil, penal, etc. Se dice que es una ley penal cuando contiene una consecuencia que permita la coacción de los derechos de la persona. El adjetivo de ley penal la identifica con la gravedad de sus potestad que son las sanciones penales, mediante la cual se cortan, limitan, lícitamente, algunos derechos determinados de las personas, justificados en el interés social, el bien común, la prevención y sanción del delito. Una ley penal es una norma jurídica que tiene un supuesto de hecho y una consecuencia o imputación de coacción de los derechos determinados (libertad, multa).

## **2.-Aplicación espacial de la ley penal**

La aplicación espacial de la ley penal significa aquel lugar donde la ley penal tiene potestad para ejercerse; el territorio en el cual se va a aplicar. El espacio, sin embargo, si bien atañe al territorio, a un lugar geográfico o que constituye el estado, no es siempre un espacio territorial dentro de la geografía que compone a una nación o Estado, sino puede expresarse como aquel lugar que independientemente de la consideración geográfica sea determinada como

espacio o territorio de un Estado. La ley penal, en este entendido, puede aplicarse en todo aquel espacio o lugar que es de propiedad o competencia, de un determinado Estado. Por eso se preceptúan ciertos principios para definir cómo y dónde tiene alcance la ley penal.

La ley penal se aplica en un determinado territorio, perteneciente ésta también a un determinado Estado; y cuya aplicación se rige por los siguientes principios:

**a) Principio de Territorialidad:**

Por este principio se establece que la aplicación de la ley penal, y sus consecuencias, se aplican cuando se comete un hecho punible dentro de un determinado territorio, salvo excepciones del Derecho Internacional. Así, la ley penal, en nuestra dogmática penal se aplica ante la comisión de un hecho punible que se haya realizado en los siguientes áreas: a) El territorio del Estado; b) Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; c) Las naves o aeronaves nacionales privadas, que estén en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Ha de observarse que el territorio es uno de los elementos que componen a todo Estado. El Estado está compuesto por: 1) El territorio; 2) La soberanía; 3) La población. De tal forma que el territorio es aquel lugar donde un Estado ejerce soberanía sobre la población que lo integra; esto independientemente de si los integrantes de aquella población ubicados en el territorio de un Estado sean nacionales o extranjeros.

El territorio es aquel lugar o espacio que pertenece o es propiedad del Estado. Si un espacio, lugar es propiedad de otro Estado pero está dentro de la determinación política territorial de un Estado es necesario además para aplicar la ley penal, que aquel Estado tenga soberanía sobre el lugar , espacio o territorio. Este es más claro en las embajadas, que se encuentran dentro del territorio de un Estado diferente, pero en el que el Estado de dicho territorio no puede ejercer soberanía. Se concluye, que la ley penal sólo puede ejercerse en un territorio, espacio o lugar donde el Estado tenga soberanía.

### **b) Principio de Extraterritorialidad:**

Por este principio se establece que la ley penal se aplica a todo delito cometido en el extranjero, territorio extranjero, es decir, la Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando: a) El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; b) Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República; c) Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario; d) Es perpetrado contra peruano o por peruana y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; e) El

hecho sea punible y el Estado esté obligado a reprimirlo por tratados internacionales.

El principio de extraterritorial no contradice al principio de territorialidad, sino que lo complementa o completa; es una extensión de la soberanía del Estado en mérito a ciertas condiciones que tienen relación directa con el Estado. La ley penal de un Estado se aplica sobre un individuo porque el bien común se impone sobre el territorio o la nacionalidad; el daño causado por el delito necesita ser juzgado y sancionado sea quien sea que la haya cometido, o sea el lugar donde sea donde sea cometido; esto en mérito al principio penal de finalidad preventiva.

Que el agente sea servidor o funcionario en desempeño cuando cometió el delito está dentro de los deberes y responsabilidad del Estado respecto de su funcionario o servidor público porque el delito sólo puede producirse por el efecto del ejercicio de una función pública; así este agente tendrá que responder ante la ley penal del Estado del cual es integrante; ocurre así, que no puede haber deslinde.

### **c) Principio de Representación**

Por medio de este principio la ley penal se aplica contra el agente que no haya sido entregado a un Estado que haya solicitado la extradición.

El principio de representación es la aplicación de la ley penal en aquel Estado que no ha aceptado la extradición que se le ha solicitado y por tanto aplica la ley penal del

Estado en representación del otro Estado. Esto indica que la ley penal es aplicada en forma universal, siempre y cuando ambos Estados tengan las mismas normas y tipos delictivos.

#### **d) Principios de excepciones a la Extraterritorialidad**

No se aplica la ley penal en caso de extraterritorialidad en los siguientes casos: a) Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación; b) En caso de tratarse de delitos políticos o hechos conexos con ellos; c) Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida.

#### **e) Principio de Ubicuidad**

Por este principio, según la dogmática penal, se determina que el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos: a) Lugar donde el actor ha actuado o dejado de actuar; b) Lugar donde el actor ha omitido actuar; c) Lugar donde se producen los efectos del hecho delictivo.

### **3.- Aplicación temporal de la ley penal**

La aplicación temporal de la ley penal, es una garantía contra la arbitrariedad del juez, que teniendo el *ius imperium* – potestad para penar, tiene su límite en las condiciones y características temporales, del tiempo, en que se cometió el delito.

Pero también es un indicativo o reconocimiento a el carácter temporal de la vida. Antaño las sanciones penales, o los castigos impuestos traspasaban el margen de la vida del castigado, las penas eran atemporales porque dominaba la noción jurídica penal de la continuidad de la existencia en otro espacio, más allá de muertos, los vestigios encontrados en diferentes partes del mundo donde se enterraban a las personas, emperadores, reyes, con sus vestimentas, joyas, utensilio, y hasta personal humano, son un rastro que el sistema existencial estaba concebido atemporalmente. Asimismo, los castigos se imponían para aquel tiempo, y, de acuerdo a la gravedad para la posteridad; esto asentado en el pensamiento mítico y religioso. Con la ilustración y el imperio de la razón las consideraciones sobre la eficacia y alcance de las sanciones o castigos se concentra al tiempo terrenal La muerte de dios significó la muerte de la preocupación por el más allá de la muerte, (Fustes de Coulanges. La ciudad antigua). Por otro lado la delimitación de la vigencia o espacio temporal para aplicar una ley penal resultó siendo también una especie de perdón social, olvido social.

El perdón del castigo sin embargo, significaría, en el tiempo actual, el conocimiento cierto y probado del delito, la exclusión de la persecución penal por efecto del tiempo, porque la distancia entre el hecho delictivo y la actualidad del conocimiento de dicho delito no puede ser demasiado largo, por diversas razones la imposibilidad, o poca probabilidad de probar el acto delictuosos, la pérdida de fuerza y eficacia de la persecución penal, la probabilidad corporativizada de

duda respecto de un acto delictivo. Sin embargo, el avance de la ciencia ha ido resolviendo los primeros criterios por los que se olvidaban los delitos antiguos; así el ADN puede probar –sino una violación antigua, si una relación de paternidad, los tratamientos químicos, quirúrgicos y científicos moleculares puede delinear ciertas condiciones de los hechos a través del estudio del cuerpo, o de sus restos. Por lo que los principios de la aplicación temporal han direccionándose hacia pronunciarse puntualmente, ya premunidos de conceptos del uso del tiempo transformado en vigencia del acto delictivo.

La ley penal tiene también un radio de acción temporal en la cual se puede aplicar, y responde a los siguientes principios:

**a) Principio de Combinación o vigencia de la norma penal**

Mediante este principio se aplica la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo. Sin embargo si existe conflicto de tiempo de leyes se aplicará la más favorable al reo.

El principio de vigencia de la norma penal define ya un campo o margen de aplicación de la ley penal, de tal forma que sólo puede usar aquella norma que se encontraba circulante, activa, vigente, cuando el acto o conducta delictiva se produjo. Que una ley esté vigente significa que aquella norma no se encuentre, por ejemplo, en *vacatio legis*, derogada, suspendida, o contradicha por norma superior (como la Constitución).

Esta vigencia le da un marco de predictibilidad a la ley penal, sin embargo no es una regla cerrada, funciona en pro de la persona, y aquella norma vigente puede y permite ser reemplazada por una norma posterior –no anterior – más benigna. Esto pone en evidencia otro instituto penal, a gravedad del acto delictivo. Si existe una ley posterior más benigna, el grado de consideración o gravedad del delito disminuye y relativiza la cultura criminal, o expone la relatividad del hecho normativo. A variabilidad de la norma penal deja entrever que el derecho no es ni puede ser una ciencia exacta, sino un relato histórico político de subordinación social de grados flexibles y también posibles de modificarse en cualquier tiempo.

### **b) Principio de Retroactividad Benigna**

Por medio de este principio si el hecho sancionado con la norma anterior como delito, es con la nueva ley liberada o deja de ser sancionable, la pena y sus efectos, de la anterior sanción, se extinguen de pleno derecho. Esto quiere decir que si se emite una ley que deroga, anula, o extingue un hecho como delito, éste hecho deja de ser delito y por lo tal quienes estén condenados por aquel hecho deberán ser exculpados por la nueva ley.

El principio de retroactividad benigna significa que la ley penal benigna alcanza a los implicados en el pasado; así aquella norma penal vigente al momento del hecho delictivo es suplantada por la nueva norma penal benigna, o que modifica a favor del imputado, deroga un hecho como tipo delictivo, reduce la pena, etc. La aplicación del predicho principio puede observarse en

casos como el tipo penal de la seducción; puesto que aquella figura ha contemplado diversas figuras o definiciones como agravante, atenuante, o a instituciones como el error de hecho, o la naturaleza culturalmente condicionada del hecho, de tal suerte que establecer que una menor de edad tuviera intimidad sexual con un mayor de edad en forma consentida ha sido observada por sus múltiples matices que unas veces ha sido legisladas agravando la sanción penal u otra atenuándola. Así la norma penal benigna, resultaba beneficiando al imputado en aquellos casos que la seducción fuera regulada benignamente. Otro ejemplo podría ser el adulterio que con norma antiquísima era delito, delito religiosos, si el hecho se hubiera producido en aquel tiempo con su derogación los imputados quedarían liberados de pleno derecho. Los delitos contra la religión, entre otros, también derogados pueden mostrar cómo una ley penal nueva puede aplicarse favorablemente para hechos ocurridos en el pasado. Error culturalmente condicionado.

El problema con la retroactividad de la ley penal benigna es que puede ser usada políticamente para favorecer ciertos actos de composición. Esto parece demostrarlo el reciente proyecto de ley del Congreso (diciembre, 05, 2018) mediante la cual se reduce la pena de lavado de activos para los partidos políticos. Por aquella norma retroactivamente se favorecían los inculpados políticos. Esto por supuesto es inconstitucional, porque es una afectación directa a favor de alguien y la ley debe ser creada imparcialmente para ser legítima. Si la ley se crea con fines distintos a la

justicia, y tiene o subyace en los fines políticos, económicos o de impunidad, entonces aquella norma es inconstitucional.

La propuesta es que la retroactividad benigna de la ley penal se mantenga, pero que los efectos favorables sean cambiados, o se aplique una retribución económica como aquella que compense la benignidad de la ley penal de esta propuesta? ¿Por qué el afectada es la sociedad, el daño ya ha sido causado, y las expectativas de composición penal del problema ya habrían quedado fijados por la ley vigente al momento del hecho delictivo; así, el abono o sanción económica puede modular o equilibrar la descompensación social que provoca la benignidad de la retroactividad de la ley penal.

### **Jurisprudencia sobre la retroactividad benigna.-**

De acuerdo con la sentencia recaída en el EXP. N.º 02284-2007-HC/TC, del Tribunal Constitucional, se prescribe:

“[e]l principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión de un hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no

constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución) [Cfr. STC Exp. N.° 1043-2007-PHC/TC, fundamento 6].”

### **c) Principio de Leyes temporales**

Por este principio las leyes que se han dado para regir en un determinado tiempo, se aplican a todos los hechos punibles que se hayan cometido en este periodo de tiempo, incluso si éstas han dejado de estar en vigor, es decir, si ya se pasó el tiempo.

La ley penal temporal cubre las siguientes dimensiones: aquel tiempo y lugar determinado por la ley y dentro del cual cualquier hecho delictivo tipificado por la norma precitada, tendrá sus efectos reales. Cundo se declara un Estado de sitio, de emergencia, por ejemplo, las normas penales al respecto se activan por ser estado de peligrosidad permanente. Esta condición es temporal por tanto la norma también es temporal. La norma temporal, sin embargo, rige para aquel tiempo y los hechos que se produjeron en el mismo, teniendo vigencia incuso después de pasado el tiempo si los hechos delictuosos se hubieran cometido en el espacio tiempo de la norma temporal. La noción de aquel acto constitutivo legal nos expone el mecanismo de todo el sistema legal, la condición aquella por la cual el texto penal se mantiene pasivo, inactivo, en pausa, descanso,

o en el texto hasta que los hechos delictivos la activan. El mecanismo, desde aquella visión es de respuesta y preventiva de toda norma penal, su vigencia no significa su aplicación, sin que aquella sea gatillada por el hecho delictuoso y la contrastación (tipificación) entre el hecho y el texto; esta contrastación es en si lo que define al instituto tipificación. Así no existe tipificación por la existencia de la ley penal, sino sólo si el hecho o conducta encuadra en el tipo delictivo, el delito no es típico sino tipificable.

#### **d) Principio de momento de comisión del delito**

De acuerdo a este precepto, el momento de la comisión del delito, la fecha, día, hora, es aquel cuando el agente, el infractor, ha cometido la infracción a la ley penal, esto independientemente de cuando se hayan producido los resultados.

Momento de la comisión del delito es un precepto que explica al hecho delictivo diferente al resultado de aquel. La determinación del momento delictivo permite afianzar los marcos de determinación de la investigación, la vinculación con el imputado, la posibilidad material del hecho delictivo, entre otros factores. El momento delictivo expresa la existencia de otras dimensiones del delito, como los efectos del delito. Esta diferenciación puede significar también diversas variantes para determinar la tipificación o la aplicación misma de las sanciones penales, así como la consistencia de la prueba, la determinación del autor, coautor, cómplice, partícipe, cómplice primario, secundario, autor mediato, etc.

#### **4.- Aplicación personal de la ley penal**

La aplicación personal de la ley penal, es un apremio de la modernidad, puesto que aquello que parece actualmente como normal y obvio, no era así en la antigüedad, puesto que en la historia inca existen vestigios que las sanciones penales sobrepasaban o se extendía a la familia, sirvientes y hasta antepasados. Los once incisos que se enumeran como únicos en el imperio incaico son producto de sanciones que anularon todo registro de una cantidad superior de incas, que no se encuentra en los registros porque en su tiempo el castigo fue borrar todo vestigio o rastro de aquellos personajes sancionados (incas incluidos).

Personalizar la ley penal, ha llevado también a realizar diferenciaciones, así, si el delito es punible, se tiene que establecer quién cometió el delito (autor), si lo cometió directa o indirectamente (autor mediato), si lo cometió conjuntamente con otros (coautoría), si participó en el hecho delictivo prestando colaboración necesario e indispensable para que se efectivice el delito (cómplice primario), si su participación no fue determinante pero si colaborativa (cómplice secundario), si el delito se produjo por una persona natural o jurídica (última noción de personalización jurídica).

Las normas penales, o dogmática penal, se aplica de acuerdo con el siguiente criterio y principio:

### **a) Principio de Igualdad**

Por este principio la ley penal se aplica a todos los ciudadanos por igual; sin embargo, existen algunas prerrogativas que se utilizan en mérito al cargo desempeñado, así los jueces supremos no pueden sino investigarse por magistrados, fiscales supremos. Las prerrogativas tienen que darse expresa y taxativamente en leyes nacionales o tratados internacionales, de acuerdo con la norma penal.

El principio de igualdad penal prescribe que todo ciudadano esta igualmente obligado o subordinado a la ley penal. Sin embargo, existen algunos fenómenos a precisar como los institutos de inmunidad parlamentaria, presidencial, política, y autoridades máximas como el Poder Judicial, prerrogativas para los jueces supremos y fiscales supremos. La ley penal en estos casos es sometido a un procedimiento que se llama, levantamiento de inmunidad.

La aplicación personal de la ley penal y el principio de igualdad ante la ley penal nos pone algunas preguntas: ¿cuándo se hacen excepciones?, ¿a qué tipo de personas no se le aplica igual la ley penal?, la respuesta es que la ley penal se aplica igual a todos en forma personal, pero para llegar a aquellas personas puede haber dos circunstancias: a) aplicación personal directa; b) aplicación personal con previo procedimiento de levantamiento de inmunidad. Se puede observar entonces dos tipos desiguales de sujetos o personas: a) personas naturales, sin inmunidad política; b) persona con inmunidad política.

La inmunidad puede ser: a) inmunidad presidencia; b) inmunidad de máximas autoridades de instituciones autónomas y poderes del Estado; c) Inmunidad parlamentaria. Así, también dos tipos de inmunidad: a) inmunidad procesal; b) inmunidad condenatoria.

La inmunidad política protege, por histórica consecución, que se persiga, limiten y sanciones las opiniones políticas. Pero la inmunidad política tiene un límite: la prohibición de cometer delitos; y si bien las ideas no se persiguen penalmente, las declaraciones falsas y negativas contra la dignidad, honor, fama, de cualquier persona, son tipificadas como delitos contra el honor, que pueden ser injurias, calumnias, difamaciones.

El abuso constante de la inmunidad parlamentaria requiere definir bien cuál es el alcance o margen de la inmunidad política, y preguntarse si por tal un parlamentario puede imputar un delito a cualquier persona sin probarlo; si puede insultarse, injuriarse, calumniarse a otras instituciones jurídicas como el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, etc., solo si se está cometiendo un delito flagrante y un exceso del derecho de inmunidad política? Frases como “malditos, ya pagarán”, respecto al Tribunal Constitucional, o “si no cambian de opinión los vamos a denunciar”, etc., o si mentar abiertamente y cínicamente puede estar protegido por la inmunidad. ¿No constituiría eso complicidad delictiva, encubrimiento, o delito de injuria, calumnia, difamación? ¿No serían aquellos improprios delitos flagrantes? ¿Cuál es el límite? El

texto penal y los principios jurídicos tienen claro el fenómeno, el límite de la inmunidad es la comisión de delitos, sean estos flagrantes o no; así, no se puede utilizar el poder político para cometer delitos, aquí no es válida ninguna inmunidad, porque ésta última solo es la autorización del mismo cuerpo para levantar la inmunidad, que de no darse debe constituir responsabilidad penal, por pernicioso o encubrimiento del delito.

### **SECCIÓN III: EL HECHO PENAL**

#### **I.- EL HECHO PENAL**

El hecho penal en el delito es un factor determinante, por un hecho puede ser diferenciada de una suposición o de una teorización; un hecho es aquel acto, o actos que en la realidad se han producido. El hecho puede describirse en distintos tipos: hecho social, hecho económico, hecho moral, religiosos, hecho legal, hecho penal, etc. Un hecho también puede integrar varios componentes del mismo; así, la determinación del hecho es punto básico, central, hegemónico para la determinación de si existió o no delito. Un hecho puede integrar elementos como las personas que produjeron, participaron o vieron el hecho. El hecho puede contener también al sujeto o sujetos delictivos, al agraviado, cómplices, testigos, etc. El hecho precede al delito, es decir, a su efecto social, normativo. Un hecho de por sí no se constituye ilícito; es necesario tamizarlo, cernirlo con la ley penal. El hecho penal es aquel acato que vulnera un bien jurídico. Llegar a determinar el hecho es llegar a definir una verdad; pero para llegar al hecho una vez producido se utilizan también diversos

métodos, racionales, peritajes, testigos, tratamientos químicos, etc., con los que se reconstituye cómo fue el hecho, cuáles sus dimensiones y alcance.

### **Bases de la punibilidad**

Las bases de la punibilidad, son los términos, marco de referencia para la punibilidad legal; allí se establecen qué es delito, falta, dolo, culpa, condiciones especiales de punibilidad para determinación de la responsabilidad penal como error de tipo y prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, tentativa, desistimiento, arrepentimiento, activo causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, como la inimputabilidad, responsabilidad penal restringida, responsabilidad restringida por la edad, autoría, y participación penal, autoría mediata, coautoría, instigador, complicidad primaria y secundaria, actuación en nombre de otro, etc., que constituyen las bases de la punibilidad, conceptos e instituciones que se refieren o describen al sujeto que participa directamente o indirectamente en un hecho delictivo y sus múltiples variantes o tipificaciones, cuyas consideraciones sirven para establecer la responsabilidad penal. La punibilidad así requiere –de ciertas consideraciones o requisitos que permiten que se apliquen sanciones penales que siempre van a vulnerar derechos de los imputados culpables, pero sólo en consecuencia con la determinación de estas condiciones.

## **1- Delitos y Faltas.-**

De acuerdo con nuestra dogmática penal, los delitos y faltas son aquellas acciones u omisiones humanas, dolosas o culposas, que son penadas por ley. Los elementos de la definición dogmática del delito y falta son: a) Acción u omisión; b) Típicidad; c) Antijuricidad; d) Culpable; e) Imputable; f) Punible.

Los delitos y faltas son dos tipos de infracción penal, graduados por la gravedad de la infracción, así como también, según sea el caso, la edad del agraviante. El concepto de delito ha sido formulado como aquella conducta humana acción u omisión), típica, antijurídica, culpable y punible. Delito puede sintetizarse como aquella “conducta ilícita”. La conducta pertenece a la esfera de la actuación de un ser humano, o en contradicción a esta conceptualización, ningún acto de animal, máquina puede ser considerado delito; aquel concepto es propio y exclusivo de los seres humanos; sin embargo, en la modernidad, en la actualidad esta noción va siendo superada porque tiende a considerarse la conducta de una persona jurídica como delito, o posteriormente será considerada la actuación de un robot, androide, etc., con inteligencia artificial también como poseedor de una posible conducta delictiva. La concepción de delito está tomando además, nuevas modalidades casi imperceptibles; así el delito era la vulneración de un bien jurídico que se depredara de otro individuo o persona, pero cuando se criminaliza o sanciona la matanza de perros nos llevan a otra noción.

Estas nuevas prescripciones como la penalización de la muerte de los perros (Ley del Congreso), promueve y genera una nueva distinción de que es el delito, porque si en los tipos delictivos se afecta directamente a una persona o a un colectivo de personas, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio o los delitos contra la administración pública, respectivamente. Si matar a un perro constituye un delito penal, y por lo tanto sancionable, entonces ¿qué bien jurídico de la persona se está vulnerando? La relación normal de que el castigo penal es por la vulneración a otra persona deja de ser cerrada, y ahora la conducta humana que mata a un animal también es un delito. El derecho se extiende a otros sujetos de derecho, los animales. El delito ha pasado a aplicarse según la historia, a los objetos, animales, hombres, seres humanos, respecto al daño a los objetos, animales, (dioses) hombres.

Pongámoslo desde otra óptica. ¿Es delito, aquella infracción cometida por un esclavo? ¿Podrían castigar a los negros sus amos en la antigüedad? La historia responde que sí, que tener esclavos era una práctica común y legal, se compraba y vendían esclavos. Así que han pasado muchas transformaciones para que el concepto de delito adquiriera un sentido y carácter universal, además de aceptado también universalmente. Han tenido que triunfar los conceptos nacidos de la revolución francesa de la igualdad, para que todos sean considerados seres humanos y para que todos puedan ser sujetos de responsabilidad por sus actos dañosos denominados delitos.

El concepto de delito ha tenido que sufrir varias modificaciones, desde aquella que identificaba a un tipo de sujeto y excluían a otro tipo de sujeto como en la edad primitiva, edad media, etc., hasta hacerse universal.

El delito, su concepto, ha integrado otros conceptos, el de imputabilidad. Delito es, entonces, una conducta / ya no sólo humana, sino también de una persona jurídica), típica (que ya no significa que el hecho esté expresamente escrito y prescrito como un delito, sino que el hecho por la ley penal se transforme en delito), este paso del hecho a delito es lo que se llama tipificación, así el delito no es típico, sino tipificable, antijurídico, que no significa solo contrariar los bienes jurídicos, sino que permite ampliar el concepto de legalidad, tipicidad, utilizando todas las fuentes del derecho posibles o adecuadas al caso, de esta forma, causas como los procesos a los nazis, en Núremberg, han podido sancionarse puesto que el hecho antijurídico, el daño a la humanidad ha superado el concepto de tipicidad; Claus Roxin, es el autor a quien se le imputa ser el creador del instituto de autoría mediata, consideración que expresa que un hecho delictivo puede y efectivamente ser efectivizado como autor mediato, o el intelectual, cubriendo aquella parte que podría quedar en la impunidad.

## **2.- Delito doloso.-**

La dogmática jurídica expresa que los delitos dolosos son aquellas establecidas por la ley y en la cual el agente infractor ha actuado (acción u omisión) con intención de causar el agravio, de vulnerar algún bien jurídico, es

decir consciente de su actuación (acción u omisión), y de que está infringiendo una norma penal.

Delito doloso. Un delito es sintéticamente, una conducta punible, los otros elementos como tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, solo han perfeccionado el concepto. Un delito doloso es una conducta intencional punible. El elemento dolo es el que le da a dicha conducta la calidad de punible inobjetablemente. El dolo es una característica de la conciencia que significa conciencia del acto negativo de la propia conducta. El dolo se muestra a través de su exteriorización denominada conducta, la conducta a su vez es la materialización a través del cuerpo, sean estas las extremidades, manos, pies, el mismo cuerpo, etc., pero la conducta también puede exteriorizarse a través de la palabra, que es una conducta o producto del ser humano que suerte efectivos efectos en el exterior, en las otras personas. El dolo entra en el campo de la psicología, psiquiatría, del estudio de la mente. El dolo es un precepto que debe ser probado por la razón. Si la acción delictiva es directa y evidencia el propio delito es más sencillo probarlo, pero si es compleja, o no realiza el acto delictivo pero si lo planea, dirigió, entonces esto ingresa en otras categorías de prueba.

El dolo demuestra que el hecho por sí solo no es suficiente para ser considerado punible. El dolo que se encuentra dentro del elemento del concepto de delito: culpabilidad.

El dolo nos remite a investigar el área o disciplina al que pertenece. El dolo es la parte incorpórea del

hecho Se encuentra en la mente, en el cerebro. No siempre se supo que la intención o cualquier emoción se originaban o se encontraban en el cerebro, que ha sido dividido en dos hemisferios, el hemisferio derecho y el hemisferio izquierdo. Antaño se creía que lo incorpóreo, lo que contenía todas las emociones de la persona se encontraban en diversas parte, el corazón, el tobillo, o el cerebro. Tener alma, emociones, sentimientos era la condición para considerarlo persona; así los esclavos negros. Los mestizos, indicios, en un tiempo fueron considerados sin alma, sin sentimientos, menos dolo.

El dolo no es solo intención, conciencia, tiene que ser además intención de dañar a otra persona, conciencia que se va a dañar. La conciencia es saber, conocer, discernimiento, poder distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito. El dolo integra entonces los elementos, conciencia del daño, intención del daño, discernimiento del hecho. Así, una persona que no sabe distinguir (menor de edad por ejemplo) o no puede distinguir (retardado mental) si el hecho dañará a otro, no puede atribuírsele dolo. El dolo al pertenecer al mundo corpóreo interno, intelectual, del intelecto, plantea una nueva interrogante respecto a ¿qué disciplina intenta disciplinar en realidad el derecho?, en general y el derecho penal específicamente? El derecho no regula los hechos sino las nociones respecto a los hechos, y a los efectos sociales conceptualmente concebidos. El derecho no compone hechos, ni patrimoniales, ni de salud, vida, etc., el derecho compone relaciones conceptuales.

El derecho ha sido generalmente definido como un sistema normativo, que regula las conductas humanas, sin embargo, lo que realmente hace es componer las relaciones conceptuales, así servirá si es que se regula la conducta a una concepción temporal, espacial que es la institución justicia; de esta forma lo que se busca es encuadrar el tipo de pensamiento jurídico de justicia con el marco normativo. El derecho no tiene su fin en regular conductas, porque una vez aquello las partes pueden quedar disconformes, y pensar en lo arbitrario del derecho; entonces el derecho tiene como real fin regular las nociones jurídicas, lo que existe en la mente del individuo con lo aceptado en la mente colectiva. El derecho así planteado es más el manejo de las concepciones que de las conductas que estas últimas, solo responden a una norma jurídica de permitido o prohibido. Por eso cuando la regulación jurídica se aleja de la concepción de bueno o malo del individuo común surge el conflicto entre concepciones.

El derecho, entonces, ante todo es un acto de persuasión antes que un acto de coacción. Esto se puede notar mejor en los contratos entre las personas, en las cuales ambas partes están convencidos que el contrato os beneficia (sea este beneficio poro o total). El derecho no regla como fin último las conductas, sino la voluntad, aquello que está en el cerebro del ser humano. Esta noción se ha perdido, por diversas causas, que la voluntad no responde a un orden universal, como Kant lo hubiera aconsejado, sino a un interés particular, sin embargo, las nociones sobre la argumentación que parece aludir al hecho ya los factores prácticos, lógicos,

matemáticos, son en realidad afectaciones y tratamiento de la mente, así la persuasión a través de la razón se convirtió s, según Perelman, en la razón de ser de la argumentación. Persuadir es convencer u n coactar por la fuerza física sino de las razones mentales. El dolo penal es más bien una imposición de un tipo o concepción sobre un hecho.

### **3.- Delito culposo.-**

El delito culposo, es decir, en donde el dolo no ha intervenido (la intención de causar el agravio al bien jurídico) las penas sólo se aplicarán en los casos expresamente establecidos por ley, teniéndose en cuenta los elementos atenuantes, eximentes de la responsabilidad penal.

Delito culposo, es la determinación de que la conducta fue realizada sin dolo, sin intención de causar el daño, pero sin embargo se causó. La culpa como concepto penal significa que existe responsabilidad penal por el hecho aunque no haya habido intención, dentro de ciertos condicionamientos. Aquí puede aplicarse el principio de responsabilidad penal objetiva, de tal forma que un hecho conducta que causa daño no es o no puede ser considerado punible por el solo hecho de causar daño, de ser aquel daño objetivamente comprobable, porque la responsabilidad penal objetiva está proscrita por ley o principio, amparándose a que pueden existir objetivamente hechos dañosos que no tuvieron dolo pero si culpa en un grado distinto al objetivo, que tengan que someterse al filtro de la responsabilidad objetiva (dolo o culpa).

El delito culposo tiene al concepto culpa como su adjetivo; la culpa en derecho penal significa aquella responsabilidad penal por el acto delictivos que se haya cometido sin intención, dolo. El delito culposo acepta eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal. Pero ¿cuál es la razón de aquella consideración? El hecho dañoso, tipificado como delito se ha producido, independientemente de la intención, voluntad o dolo del causante, entonces si el daño es el mismo que el causado con intención o dolo, ¿por qué se admite eximentes o atenuantes del delito? El razonamiento debería ser, si el hecho delictivo se realizó debe ser sancionado independientemente de las condiciones del agente delictivo. Sin embargo hay razones que rompen aquella premisa anterior, así, no todos los actos dañosos e incluso irreparables, son sancionados con la misma severidad, sino a de considerase la condición mental o volitiva (de voluntad) del agente. La culpa es así un adjetivo del delito, algo que no lo notifica y constituye, y que a su vez permite una respuesta distinta y diferenciada del delito doloso.

#### **4.- Omisión impropia.-**

La omisión impropia prescribe que quien omite impedir un hecho ilícito habrá incurrido en infracción penal (por omisión), en los siguientes casos: a) Si el agente tiene el deber jurídico de impedirlo; b) Si el agente crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; c) Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

Omisión impropia es el concepto que prescribe sanción para quien omite impedir un hecho delictivo, hecho ilícito. La omisión (un no hacer) debe tener o generarse en un deber del individuo respecto de ciertos hechos. Si no existe este deber de cumplimiento entonces no puede haber omisión. Omitir impropia es dejar de hacer algo que se tenía el deber de hacer. Esto puede corresponder al individuo particular, un servidor o funcionario público. En el caso de la persona particular están los deberes de cuidado de los hijos, alimentación, vestidos, etc... Este deber de alimentos puede convertirse en un delito de omisión alimentaria, aquí la persona es un civil, pero tiene, desde que es padre o madre, la obligación de alimentar a sus hijos. En el caso de los servidores o funcionarios públicos, sus deberes que no deben omitir se encuentran debidamente señalados en las normas específicas. Así un policía tiene el deber de cuidar del orden interno, de tal forma que si omite impropia (no da ni existen razones de su omisión) entonces estaría cometiendo el delito de omisión o denegación de apoyo policial, etc. En el caso de los jueces que no realicen su función jurisdiccional la omisión impropia se convertiría en el delito de omisión, retardo o denegación de la justicia.

No todas las omisiones tienen contenido ni carácter penal; existen omisiones que solo llegan a ser administrativas, si es que no causan un daño penal, como la vulneración de un bien jurídico patrimonial penal. Además la omisión debe ser impropia, que no sea justificada o justificable. Para seguir con el ejemplo de alimentos, para que la omisión impropia sea de carácter

penal es necesario que aquel deber civil, administrativo adquiriera carácter penal. En el delito de omisión de asistencia familiar, es necesario previamente un juicio por alimentos que no se cumpla. Por supuesto que existen omisiones impropias directas, donde el agente tiene el deber de no omitir (dejar de hacer), impropriamente (sin causa justa). Los que omiten u omisos, entonces, puede ser de tres categorías, omisos administrativos, omisos civiles, omisos penales; y los tres considerados pueden tener también en categorías de injustificados impropios en el marco penal; todos pueden ser o llegar a la connotación penal, a esta se le llama omisión impropia.

### **5.- Error de tipo y de prohibición.-**

El error de tipo consiste en haberse equivocado, errado respecto al tipo, específicamente sobre un elemento del tipo penal, así si este error de tipo es invencible excluye la responsabilidad o la agravación.

Error de tipo es, según la doctrina, un excluyente del dolo; de tal forma que si se cometió un delito por error puede excluirse del dolo. El ejemplo más esgrimido es el de un cazador que creyendo disparar a un animal le dispara a una persona y lo mata. El sujeto delictivo no quiso matar a la persona, pero la circunstancia de los hechos resulta muy diferente a lo deseado. Si este error de tipo fuera invencible, se excluye el dolo, y si fuera este error vencible, evitado, por un poco de cuidado del agente, entonces se contemplará como culpa o delito culposos.

El otro caso es si el error de tipo penal está respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible se excluye la agravación. Si la infracción fuera vencible, es decir que se podía actuar de otra forma, entonces será castigada como “culposa”, si se encuentra prevista en la ley.

## **6.- Error de comprensión culturalmente condicionado.-**

El error de comprensión culturalmente condicionado se refiere a que si el agente, por causa de su cultura o costumbres, comete un hecho punible, una infracción penal, pero que dicho hecho no puede ser comprendido por su constitución mental, producto de su cultura o costumbres, será eximido de responsabilidad. Si por la misma circunstancia la posibilidad de comprender que un acto es delictivo se atenuará la pena

Error de comprensión culturalmente condicionado se refiere a cuando se comete un delito que no se pudo comprender como tal están condicionados por su propia cultura. Este es un reconocimiento a la pluriculturalidad, a la diversidad cultural, o multidiversidad. El agente no pudo saber que su hecho era un delito; como por ejemplo, en las comunidades nativas o campesinas donde los mayores de edad tienen relaciones sexuales con menores de edad, porque aquella es la costumbre, o cuando un acto es natural en un pueblo pero en el lugar donde lo realiza (ejemplo, la ciudad) no es permitido. El consumo de ciertas drogas, bebidas, costumbres, etc. Existen, no obstante, dos tipos de errores condicionados culturalmente, los absolutos

en donde el agente no podía de ninguna manera comprender que su acto es un delito, y por lo tanto esto es un excluyente de responsabilidad penal; y por otro lado el erro de comprensión que si podía comprender, pero por negligencia, impericia, etc., no pudo conocer, lo que le da la categoría de ser considerado delito culposo o se atenuará la pena.

## **II.- Tentativa**

Podemos analizar la tentativa en sus diversos enunciados.

La tentativa es una acción que no termina su ejecución o el resultado deseado. Consiste esencialmente en que el agente inicia el acto delictivo pero sus resultados no se concretan por diversos motivos. La tentativa es punible pero también puede ser impune (sin sanción penal). Es necesario tener en cuenta que el acto delictivo se inició, esto significa que la voluntad, el dolo existe, lo que lo hace sancionable, sin embargo, cuando el resultado, el daño penal no se consumó, realizará, por causas incluso ajenas al sujeto activo, entonces este hecho o conducta no es punible. La tentativa se encuentra dentro del elemento definidor del delito: conducta humana (acción u omisión); sin embargo la punibilidad de aquella definida está por los resultados. Un delito así puede deducirse que tiene dos elementos que son secuenciales, la causa y el efecto. La causa es la voluntad o conducta del agente activo; y la consecuencia, es el daño causado. Toda conducta delictiva es aún tentativa

mientras nos e haya consumado el daño en el agente pasivo. Tentativa es entonces acto delictivo inconcluso; es acto voluntario y consciente del delito que no se consumó por causas diversas.

### **1.- Tentativa.-**

La Tentativa es la acción mediante la cual el agente comienza la ejecución del delito, con conciencia del mismo, y no lo consuma por diferentes causas. La tentativa es sancionable, tomando en consideración disminuir la pena prudencialmente.

La tentativa como acto delictivo querido conscientemente pero no logrado por causas diversas debe ser probado en el intelecto. Así, no es que el agente desconocía, no comprendía su acto delictivo por un error de tipo, de prohibición o por un error de comprensión culturalmente condicionado. No existe en la conciencia ninguna alternación, que hiciera no conocer, no tener o saber del acto delictivo, tampoco que la conciencia sufra alguna alteración. No, aquí la conciencia, la voluntad delictiva es plena; pero el resultado, y no su inicio, el resultado inconcluso y como no logran el objetivo del delito conciencia, este resultado convierte al acto ilícito en una tentativa, y ya no en un delito. El acto volitivo del agente es definido entonces no por el saber, la conciencia, sino por los resultados en la realidad, en los hechos, aquí se revela que la voluntad el conocimiento, el discernimiento no es suficiente para cometer un delito., incluso si es que el acto ha sido iniciado, lo que prescribe a un acto como delito es el resultado dañosos, el acto que lograr

violentar, dañar, vulnerar, transgredir, violar un bien jurídico penal, como la vida, la salud, el patrimonio, etc. Dos conceptos definen esta institución, causa-efecto, dolo daño.

## **2.- Tentativa impune.-**

La tentativa puede quedar sin sanción cuando es imposible de consumación del delito en las siguientes circunstancias: a) Por ineficacia absoluta del medio empleado; b) Por absoluta impropiedad del objeto.

Tentativa impune. La noción de tentativa refunda la certeza que el dolo por si solo no es suficiente para predestinar o destinar una responsabilidad penal y por la cual una sanción penal. La tentativa impune, afirma otra condición importante, que el dolo ejecutado por la conducta del agente delictivo y el resultado dañoso deben completarse y ser apropiados para causar el daño deseado. Así la tentativa impune, que no se sanciona se puede producir por dos circunstancias: a) que haya ineficacia absoluta del medio empleado; b) la absoluta impropiedad del objeto. Esto es que el medio empleado para cometer el delito por su propia naturaleza y consistencia resulta ineficaz para la pretensión de causar daño. En ambos casos la tentativa queda impune; ella no significa que no haya habido dolo, sino que no ha logrado su efecto dañoso.

## **3.- Desistimiento voluntario o arrepentimiento activo.-**

El desistimiento voluntario o arrepentimiento activo consiste en que el agente del futuro delito se desiste voluntariamente de proseguir con los actos de ejecución

del delito, o impide que se produzca el resultado. En este caso el agente sólo será penado por los actos practicados si estos constituyen por sí mismo delitos. Si hay varios actores, no es punible la tentativa del que voluntariamente impidiera el resultado, ni la del que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito.

**Desistimiento voluntario de la tentativa.-** Un delito tiene dos estadios; el primero con los actos preparatorios, el momento de la decisión y preparación de los instrumentos necesarios para la posterior ejecución del delito, como el tiempo, las armas a utilizar, los actores, etc., todo lo que constituyen luego indicios del delito, o toman nombres penales como coautoría, complicidad, etc. La primera etapa está entonces en la decisión de cometer el delito y los actos para poder ejecutarlo. La segunda etapa o estadio es la de ejecución del delito, aquella pone en ejercicio lo percibido, planeado, anteriormente, así es el delito en sí; la vulneración del bien jurídico penal.

La primera etapa es la que puede corresponder a la tentativa si el resultado (la ejecución del delito) no se llega a concretizar. La tentativa penal es sancionada a salvo en determinados casos de impunidad por condicionamientos: a) ineficacia absoluta del medio empleado; o la; b) absoluta impropiedad del objeto. Si el hecho delictivo se consuma y a no hay tentativa.

Ahora, puede suceder que antes que se cometa la ejecución del delito el autor se desista, decida no proseguir con la ejecución del delito, siendo así, no

habiendo resultados dañosos no podría sancionarse delito alguno. Pero esto no excluye que se sancionen aquellos actos preparatorios que por si mismo sean delitos. Esto nos evidencia que en la comisión de un delito final pueden cometerse delitos secuenciales o de peldaños para llegar al delito final. Así, si una persona quiere matar a otra, y para ello necesita un arma, que no pueda ser rastreada, tendrá que proveerse ilícitamente de una ya sea en el mercado negro (delito de receptación, compra venta ilegal de armas, etc.), o robándola (delito de robo). Es así que se pueden dar una suma de delitos previos para lograr el delito final. La doctrina considera que todos los delitos deben sumarse independientemente. Pero además, la visión del esquema multi delito para llegar al delito final nos grafica una estrategia no solo delictiva, sino una estrategia para combatir la delincuencia. Por ejemplo, cada delito puede contener varios delitos a prevenir. El robo necesita de alguien con arma, etc., la receptación necesita que algún objeto previamente se haya robado, el homicidio requiere de la posesión del arma, la estafa podría ser la posesión de sellos falsos, etc. Aquello indica que para prevenir un delito es necesario identificar aquellas armas, técnicas o delitos que son necesarios para cometer el delito final. La prevención de un delito consiste en evitar o anular que los instrumentos del delito estén al alcance del posible delincuente.

La explicación respecto a estrategias preventivas se deducirá así: a) El robo se comete con armas de fuego, entonces la parte preventiva es evitar el uso o posesión

ilegal de armas, b) la falta de dinero, entonces se debe buscar sistemas de acceso al trabajo; c) la cultura delictiva; entonces se debe aplicar estrategias culturales en todos los niveles educativos (familia, escuela, institutos, universidades, trabajo, centros comerciales, etc.); d) sistemas de justicia, procesos penales efectivos; e) estrategias de impunidad, que significa que el delito no quede sin respuesta social aceptable, la pena, sea privativa de la libertad, no es una respuesta plena, sino incompleta, porque se reduce al castigo.

El derecho penal debe existir la siguiente relación: víctima - Estado - imputado. De tal forma que el Estado relaciona a la victimización el imputado, el estado permite una adecuada y justa relación entre estos dos sujetos, y la víctima es el objetivo y sujeto preferente de la relación jurídica penal.

Si los actos o ejecución del delito no son concretizados voluntariamente, entonces es impune, pero no el delito por sí mismo. La tentativa castiga la voluntad (dolo).

Al lado del desistimiento voluntario se encuentra el arrepentimiento activo. Mientras que el desistimiento voluntario los actos de ejecución a no los realiza el autor, en el arrepentimiento voluntario los resultados están en ejecución por lo que solo actos que eviten, contrarresten o eliminen la ejecución por parte del autor pueden considerarse arrepentimiento activo. El arrepentimiento adquiere una constatación ejecutiva, en los hechos, así no sirve en la conciencia sino en la realidad, lo fáctico. El hecho define al arrepentimiento,

y no la palabra, sin embargo se le agrega el adjetivo activo para remarcar su condicionamiento.

A estas alteraciones de la mente se le llama también locura trastorno o perturbación de las facultades mentales.

### **III.- Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal**

Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, son los factores, que se basan en la imposibilidad del sujeto de ser responsable penalmente por una condición, circunstancia o característica especial, su condición mental, conciencia dolo, etc.; su condición particular o pública; ejercicio de su profesión, cargo, función pública, etc. De estas apreciaciones se desprende la naturaleza de inimputabilidad.

#### **1) Inimputabilidad.-**

En el Derecho Penal existen también causas que eximen (libran de responsabilidad penal) o atenúan la responsabilidad penal. Se enuncia así, de inimputables, a las personas que están exentos de responsabilidad penal y por lo tanto de poder ser sancionadas penalmente, de acuerdo a ciertas condiciones personales del agente infractor.

Los factores de inimputabilidad (excepto de responsabilidad penal), de acuerdo con el Código Penal (Art. 20 CP), son los siguientes:

1.- Inimputables, por: a) Anomalía psíquica; b) Grave alteración de la conciencia; c) Alteraciones en la percepción; d) Afectación grave del concepto de realidad; e) Falta de facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto; f) Falta de capacidad para determinarse según su comprensión.

Así, son inimputables por razón de una condición mental, por anomalía psíquica, alteración grave de la conciencia, alteraciones en la percepción, afectación grave del concepto de realidad; aquí se encuentran las enfermedades mentales como esquizofrenia, paranoia, etc., todos alteran el grado de conocimiento de la realidad y la noción de discernir adecuadamente. Su inimputabilidad responde a que el delito no correspondía a su voluntad y tampoco a su posibilidad de evitarlo o acaso concebirlo

Por otro lado, se encuentran aquellas causas de inimputabilidad como la falta de facultad para comprender el carácter delictivo del acto y falta de capacidad para determinarse según su comprensión donde estarán los típicos errores de comprensión culturalmente condicionado, y el error de tipo y prohibición.

Nuevas áreas del conocimiento se desarrollan así como la demarcación de enfermedades mentales, desvíos de

la personalidad, capacidad de precepción, como la esquizofrenia, la psicosis, el delirio, la histeria, la bipolaridad, que son producidas por diversas causas, tan dispares como aún en investigación, allí tenemos a Nietzsche, quien se le consideró terminar en la locura por causas de un a sífilis contraída en su juventud; la locura del Dr. Patt, un médico que inventó la risoterapia.

Todo resuelto en el mundo de las combinaciones de sustancias moleculares como la endocrina, enzimas, etc., que son componentes o elementos químicos producidos por el cuerpo y que tienen una afectación directa en el cerebro. Así también se pergreñan ciertos márgenes de conducta por consumo de drogas, como el alcohol, la marihuana, etc. La marihuana actualmente esta siendo utilizada además como una droga medicinal, curativa, y va aperturando o rompiendo la prohibición antigua. Sobre los efectos de las drogas encontramos el texto, “El libro de la yerba”, donde grandes personajes, políticos, científicos, literatos, profesionales, etc., narran su contacto con la droga; otro libro es “El almuerzo desnudo” de Williams Burrog, que describió su paso por la cocaína y otras tantas drogas. Alegns Ginsbert, y los poetas malditos escribieron al respecto. Sigmund Freud, al parecer aconsejaba el uso de la cocaína para obtener la lucidez, pero un amigo al que recomendó tal droga murió intoxicado.

Lo relevante de toda esta historia sobre el uso de las drogas está en que son manipulaciones o encuentros directos con la mente, experimentaciones mentales que

permiten modificar, alucinar, distorsionar, elevar, disgregar, etc., el tipo de razonamiento mental y lo elevan a una categoría aún en descubrimiento.

Allí las conductas se someten a los efectos de los químicos, lo que demuestra que las conductas son producidas por relaciones o combinaciones químicas indefectiblemente, que estas relaciones químicas producen un inmanejable control de conciencia o de la voluntad, y esta, la voluntad, es solo el producto también de combinaciones químicas, genéticas y culturales.

Así, la conducta puede ser inducida por efectos químicos directos como las drogas o por efectos menos directos pero igual de potentes (según su frecuencia y percepción) como las palabras; de esta forma todas las percepciones funcionan como adiestramientos de la voluntad y de la conducta. El sonido convertido en palabras, en sensaciones sonoras ingresan en la mente y activan, estimulan y hasta direccionan una parte de nuestro cerebro y predisponen nuestra posterior conducta, esto entrelazado con otras percepciones como el recuerdo, los instintos que son también creados, o los sentimientos que también son creados; de esta forma todos nuestros comportamiento son producto de una reorganización biológica, socio cultural. Entender al ser humano es entender su constitución psíquica corporal. Al respecto Hume hablaba den su libro al respecto, y Locke también. Breve sobre el entendimiento humano.

Descartes planteo el estudio del hipotálamo. Descartes murió a los cincuenta y cuatro años, de neumonía, cuando cuidaba a un amigo. Descartes, filósofo, matemático, estudio Derecho y se licencia a los dos años. Nació en ¿Ámsterdam?. Vivió en Holanda y Francia. Planteo en su libro *El discurso del método*, que se debía dudar de todo y que solo las matemáticas proporcionaban un conocimiento real, desconfiaba de la experimentación. Sócrates para llegar a la mente inventó la mayéutica, un sistema de preguntas con las cuales hacía que su interlocutor fuera el mismo exponiendo sus contradicciones y llegara a una conclusión. Esto demostró que la voluntad, los rasgos de la voluntad pueden ser transmitidas por la palabra. Una persona callada es difícil o casi imposible saber qué piensa, o siente, pero una persona que habla deja en el texto hablado señales claras de cómo es, qué características mentales tiene, que disposiciones puede tener, etc. La palabra no es solo un medio de comunicación externo, sino un medio de introspección de la personalidad de un individuo.

Descartes tuvo una hija con una sirvienta, a la que llamaba su sobrina. Descartes, era enfermizo de niño.

2. El menor de 18 años de edad;
3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y, b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”.

## **2) Responsabilidad restringida.-**

La responsabilidad restringida es aquella por la cual una persona en ciertas circunstancias, como por ejemplo la edad, etc., tiene una responsabilidad que se restringe o reduce. Por esta institución jurídica técnicamente un tipo delictivo que tiene un margen mínimo y máximo, puede ser incumplido y “reducido” por circunstancias que tienen que ver con la “capacidad cognoscitiva del individuo”, como la edad entre 18 y 21 años y tener más de 75 años de edad. Esta capacidad cognitiva, de conocimiento, no está determinada en la norma expresa, sino interiorizada dentro del tiempo de vida, edad.

Por el Artículo 21 del Código Penal, el juez puede reducir la pena –prudencialmente- por debajo del límite inferior de la pena atribuido a un tipo delictivo. Esto significa que si la pena mínima para un delito es de 8 años, el juez puede reducirla por debajo de los 8 años.

La responsabilidad restringida se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico penal expreso en el Código Penal, de la siguiente forma: “**Artículo 21.-** En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

### **3) Responsabilidad restringida por edad.-**

La responsabilidad restringida por la edad es aquella que se produce porque una persona está dentro de un margen determinado de edad (entre 18 a 21 años y mayor de 75 años de edad). Sin embargo cabe la pregunta de qué existe o que circunstancia se produce entre los 18 años y 21 años, para tomársela como una edad en la cual la persona tiene “responsabilidad restringida”, es decir, se le libera de la responsabilidad absoluta y tiene frente a las otras personas una especie de “beneficio”. Esto por supuesto debe cambiarse, porque una persona entre los 18 a 21 años no sólo tiene capacidad plena de sus facultades sino que además está en la mejor etapa de sus facultades. Sin embargo no intentamos plantear que se le aplique la responsabilidad absoluta, sino que se le transforme la misma por otro tipo de medida diferente al de la pena privativa de la libertad, esto a fin de no dejar un “área de impunidad”, como sucede con los menores de edad en determinados casos. La edad si bien puede determinar si uno tiene responsabilidad absoluta o responsabilidad restringida no debe dejar sin regular la forma de resolver el problema delictivo, puesto que la simple

exoneración o reducción de la pena pareciera más bien una “cualidad” para la irresponsabilidad por los actos propios. Esto se puede observar efectivamente en los menores de edad, al cometer delitos, que utilizan dicha condición (su minoría de edad) para lograr la impunidad o el tratamiento reducido de su responsabilidad por infringir una norma penal.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe. **“Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad.-** Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. / Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.”

#### **4) Autoría y Participación**

La autoría y participación son las formas como se determina a las personas que han actuado directamente e indirectamente para la comisión del delito. Así, el autor es aquella persona que “actúa” por voluntad propia en la comisión de un delito.

*Autoría y participación.- La doctrina ha clasificado a los que participan en el delito en diversas singularidades, identificándolas con la voluntad, conciencia, conducta, colaboración, necesidad, complementariedad, etc., de cada individuo en el acto delictivo.*

*Autor es en la doctrina penal: quien comete el delito, es un ejercicio, y este puede ser ejercicio material (quien mata con sus propias manos, etc.) o ejercicio intelectual o mediato (quien ejerce a través de órdenes, direcciones, la comisión del delito). Autor es así, el que comete o ejerce el delito, quien tiene el dominio del hecho.*

*La autoría penal es el término más preciso, y que señala al individuo que comete el delito, esto, en principio, en forma independiente de si lo realizó con dolo, culpa, negligencia, por error de tipo, de hecho, error culturalmente condicionado. El autor es quien comete el delito, las otras características o condiciones del autor solo pueden adjetivarlo (autor directo, mediato, etc.) pero no despojar del concepto de autor al que comete el delito.*

Tampoco el hecho que no haya usado su voluntad, siendo consciente o no le quita el título de autor, a lo más lo puede eximir o atenuar su responsabilidad penal. Queda claro, entonces que el autor penal es aquel que comete un delito.

Al lado complementario, accesorio, que puede ser hasta necesario para la comisión del delito, sin ser el autor del mismo, se encuentran los partícipes, que la doctrina ha sub clasificado en cómplices, cómplices primarios, secundarios, instigadores, que no tienen la autoría del delito, cometido por el autor penal, pero si la autoría por el delito de complicidad, ayuda, colaboración necesario o accesoria para la comisión del delito. Así, ser cómplice, instigador, es un acto delictivo, aunque requiera para ello que el delito de otro preexista.

### **1.- Autor penal.-**

La denominación de “autor” nos parece incompleta, porque “autor” también puede ser aquella persona que es el que ha creado una obra literaria, un mueble, un invento, etc., por lo que el término completo debería ser “autor penal”, que adjetiviza o da el sentido y contenido completo de a quién se refiere.

Autor penal, es entonces, el término completo. Siendo el autor el creador de una obra, hecho, circunstancia, etc., el autor penal es el creador del acto delictivo, el que dio origen al acto delictivo, o sea que lo haya consumado por cuenta propia o mandándola a ejecutar por otra persona, el creador del acto delictivo es el autor.

Añadirle el adjetivo penal, es en consideración que la creación no es de tipo artístico, social, etc. Sino exclusivamente de contenido penal, es decir, de contemplar un acto prohibido por ley, y sancionado por el Estado. Autor penal porque representa una condición de subordinación al ordenamiento jurídico penal y al Estado. Autor penal porque existe un agraviado penalmente, y un deber con el agraviado y el Estado. Así que la autoría penal representa o mejor concreta una responsabilidad penal al que tiene que someterse. Autoría penal porque todas las instituciones se ponen o pueden ponerse en funcionamiento para determinar la responsabilidad; así se activa las nociones de dolo, culpabilidad, error, punibilidad, tipicidad, antijuridicidad, como las instituciones de persecución de la pena, poder punitivo del Estado, principio de inocencia, etc.

## **2.- Autoría.-**

De acuerdo con nuestro ordenamiento penal, el autor de un delito es aquella persona que realiza por sí un hecho punible. Esto quiere decir que su voluntad es la causa del acto delictivo, voluntad que implica conciencia dolosa o culposa por la cual cometió el delito.

Autor es entonces, aquel que actúa, o realiza por sí, una conducta punible por ley. Dos estadios se observan, la voluntad y el resultado punible; la conciencia y el acto dañoso; la parte incorpórea o que pertenece al mundo del intelecto y la parte corpórea o que se expresa en el hecho punible, traspasando lo incorpóreo a lo corporal, al hecho; entonces existe un factor subjetivo (que pertenece al mundo interno) y un factor objetivo (que

pertenece al mundo externo, fuera del propio individuo). Lo objetivo no significa que traspase el principio de proscripción de lo objetivo, es decir que no observe si el acto fue doloso, culposo o contiene eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal. El autor es en este contexto, una persona en dos condiciones subsiguientes, persona como voluntad y como acción dañosa punible. Autor es constitución de un tipo delictivo; el que produce el daño punible penalmente, el que realiza por sí un hecho punible.

Autor del delito es aquella persona que “realiza por sí un hecho punible”. (Art. 23 CP).

### **3.- Autoría mediata.-**

Autor mediato es aquella persona que realiza por medio de otro un hecho punible (Art. 23 CP)

La autoría mediata es aquel que realiza por medio de otro un hecho punible.

El título se lo atribuye al jurista Claus Roxin, alemán, que según describe, buscó que los intelectuales nazis, aquellos nazis que habían dirigido todas las matanzas, pero no las habían ejecutado, no quedaran impunes. Sin embargo la traducción al español de este instituto jurídico no corresponde porque el término mediato, alude a una condici<sup>o</sup>na del tiempo, siendo que lo perseguido no es el tiempo en que se realizó el delito, sino su configuraci<sup>o</sup>n real, es decir la de ser el creador, director o decir intelectual, mental, del hecho punible delictivo. La doctrina habría intentado insertarlo dentro del término autor intelectual, pero este ha sido

rechazado por sus autores. No obstante, para que un término pueda ser legítimo en un lenguaje o idioma determinado tiene que tener el sentido aceptado en aquel idioma, por lo que corresponde denominarlo en vez de autor mediato, como autor intelectual; sin caber mayores objeciones, porque aquel configura perfectamente en el tipo prescrito por la autoría mediata.

Nuestro ordenamiento jurídico penal insisten en sindicar como autor mediato a la persona que realiza por medio de otro un hecho punible. Esto nos lleva a otro fenómeno, la utilización de otro sujeto como instrumento o arma para cometer el delito, pero con una circunstancia particular, que el otro es usado dentro o con su razonamiento o conciencia y voluntad de sus propios actos. Dos voluntades como mínimo se necesitan –en este tipo jurídico penal de la autoría mediata- para que se realice el hecho punible. Dos conciencias o voluntades se relacionen, una dominante y la otra dominada, para el resultado delictivo. Así, no puede haber autor mediato si no existe coautor. La voluntad del autor intelectual o creador de la idea del delito no es suficiente sino solo desencadenante, decisiva, impulsora del acto delictivo, ¿cuál es la diferencia con el instigador?

No puede haber autor mediato sino existe otro sujeto utilizado como medio para la ejecución del delito. Ahora, existen varias modalidades de usar a otro como medio para cometer el acto delictivo; así tenemos al sicario que acomete el delito por encargo. Otra forma es

cuando una persona es cuando una persona contrata a otros para falsificar billetes, falsificar productos, etc. De esta forma es autor mediato quien envía a otros a robar un banco, matar a otra persona, piratear obras o productos. El autor mediato solo es poseedor de la idea, del plan para realizar el acto delictivo, no lo ejecuta por sí mismo, interviene su voluntad, conciencia, dolo, pero no su mano o cuerpo, no ejecuta el acto, sino lo manda a ejecutar.

Siendo el creador de la idea delictiva su responsabilidad penal debería ser mayor puesto que sin idea no hay posibilidad del resultado delictivo; sin embargo la idea por sí misma aunque sea una idea de delito no traspasa el mundo de lo incorpóreo, de lo intelectual, es decir, aquello que no puede dañar el exterior a menos que dicha idea se exteriorice o externalice en el exterior. No existe delito en la idea por más negativa o maligna que sea la idea. Es necesario su exteriorización dañosa en la realidad de los hechos.

Por eso, el autor de la idea delictiva no la realiza o no la manda a realizar no puede haber el hecho punible. Por eso para configurarse como autor mediato es necesario que la idea delictiva la realice otra persona y se produzca un resultado dañoso punible. Además, la idea no se puede conocer sino es a través de su exteriorización en la conducta, el hecho delictivo, los escritos o grabaciones que registren la idea, etc.

El tema aún no está desarrollado en toda su extensión, puesto que delitos como obstrucción de la

administración de la justicia (que un líder político de disposiciones para dilatar, entorpecer una investigación fiscal, por ejemplo, o para desacreditar a un fiscal como persona e investigador, etc., constituyen delitos de obstrucción de la justicia, sin embargo no son vislumbrados así, sino encubiertos por la actividad política, y en la distorsión de lo que significa inmunidad parlamentaria, esta última no es para cometer delitos, sino para no ser perseguido por las opiniones políticas. Ningún ordenamiento tolera o permite los delitos.

#### **4.- Coautoría.-**

Coautor es el que conjuntamente con otros realiza un hecho punible.

Coautor es un delito cometido en conjunto con otro. Esta condición identifica a las personas como coautores, es decir, que no es una, sino dos o más personas que han realizado el hecho punible. Pero hay que diferenciar al autor mediato, autor directo, cómplice, partícipe del coautor; pues no es solo el número de sujetos que lo realizan, sino la modalidad que utilizan, es decir, actúan dos o más. Hay que distinguir que el derecho penal la persona es catalogado individualmente, la responsabilidad penal es personalísima, así que la coautoría si bien es atribución de una misma circunstancia delictiva, los sujetos delictivos deben ser considerados personalísimamente. La coautoría entonces solo indica que más de una persona ha realizado el acto delictivo. Así no es lo mismo coautor que cómplice; porque el primero ha cometido por si mismo el hecho delictivo punible, mientras que los

cómplices solo son apoyo a ayuda para la comisión del delito. Coautor es entonces quien ha realizado por sí mismo (con dolo o culpa) e hecho punible, con participación ejecutiva (hecho dañosos) de otro.

### **5.- Instigador.-**

Instigador es aquella persona que “dolosamente”, determina a otro a cometer un hecho punible” (Art. 24 del CP).

Instigador es aquella persona que persuade, convence dolosamente a que otra persona cometa un delito. ES necesario el dolo, o la intención consiente de persuadir a otro de cometer un delito. La diferencia con el autor mediato es que este último no persuade sino ordena o es el que plantea el plan del acto delictivo y el autor directo no es convencido sino actúa de común acuerdo. El autor mediato y autor directo están conscientes y actúan concertadamente para la comisión del delito como una pequeña organización donde los dos autores o más son importantes.

Instiga quien propone y persuade a otro de cometer por sí mismo un acto delictivo, un hecho punible.

La figura del instigador requiere un elemento determinante, que el instigador actué dolosamente, con intención consciente de influir, sin esta condición no puede constituirse una instigación, pasaría a ser una opinión, pero no una condición que representa responsabilidad penal punible, constitución de una condición de sujeto imputable penalmente.

## **6.- Complicidad primaria.-**

Cómplice primario es aquella persona que dolosamente presta auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado” (Art. 25 CP).

La complicidad primaria, es una condición del sujeto de prestar auxilio, ayuda, dolosamente, para cometer un delito y sin el cual no se hubiera podido realizar el hecho punible. Esto significa que el sujeto no es quien comete el delito por sí mismo, no es el autor (directo o mediato), tampoco es el instigador, sino aquella persona que conscientemente ayuda, presta colaboración, intencionalmente, dolosamente, y sin cuya ayuda o auxilio no se hubiera logrado el hecho delictivo. Esto implica que el sujeto (cómplice primario) sabe que se ayuda es para cometer un delito, se convierte en cómplice, porque acepta y ayuda sin participar directamente, para que se cometa el delito. Los elementos de un cómplice son: a) dolo; b) ayuda o auxilio; c) No participación directa o comisión por sí mismo del delito; d) que la ayuda o prestación del auxilio sea indispensable para que se logre cometer el delito (cómplice primario); e) que la ayuda no necesariamente sea indispensable para la comisión del delito (cómplice secundario).

## **7.- Complicidad secundaria.-**

Cómplice secundario es aquella persona que de cualquier otro modo, hubiese dolosamente prestado asistencia para la realización de un hecho punible.

Complicidad secundaria es la participación en la colaboración dolosa pero no directa para la comisión del delito., que no sea necesariamente indispensable.

La complicidad secundaria es un tipo de participación en el hecho delictivo que consiste en la ayuda o auxilio para la comisión del delito. Existe dolo, intención, conocimiento de que su conducta está ayudando a la realización de un acto delictivo, debe ser voluntario, es decir, aceptada, y fundada en la propia voluntad.

### **8.- Actuación en nombre de otro.-**

De acuerdo con el Artículo 27 del Código Penal, se prescribe: “**Artículo 27.-** El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.”.

Esta figura delictiva está diseñada para enmarcar aquellas personas que actúan en representación de una persona jurídica, es decir, su condición de representación permite que se pueda cometer el delito. Es singular porque define al sujeto delictivo con un poder proveniente de otro.

## **SECCIÓN IV.- LAS PENAS**

### **I.- LAS PENAS.-**

Las penas tiene su origen en el latín dolor, por lo que han significado dicho concepto diferenciándose de todos los

tipos de dolores por ser impuestos o producidos por otra persona y justificado en un incumplimiento o violación de la norma determinada. Así la historia muestra la inventiva cruel del ser humano para crear tipos, instrumentos, máquinas, utensilios para castigar, penar; así conocemos del latigazo, empalamiento, guillotina, potro, rueda, horca, cadalso, silla eléctrica, cárcel, picota, empalamiento, descuartizarían, crucifixión, garrote, inyección letal, etc., que han servido para aplicar las penas, todas ellas crueles, indistintamente de si el sancionado era culpable o no. Las penas han sido desde todos los tiempos estrategias y técnicas de subordinación, ejercicio al límite del poder soberano, del imperio de la ley o del poder punitivo del Estado; pero como medidas aplicadas han servido también para mostrar la monstruosidad de las mismas y su contradicción con la humanidad.

La variedad de penas hasta la variedad de justificantes o tipos delictivos por las cuales se los ha aplicado relatan las ideas imperantes de aquel tiempo en que fueron aplicadas; así la blasfemia considerada como delito en un tiempo demuestra el imperio del derecho canónico, o del imperio de la religión como orden social controlador; la aplicación de la guillotina importa una idea de la ilustración que presenta desterrar el pensamiento anterior de la burguesía y nobleza como el estigma a desmembrar; el látigo a los esclavos, es el imperio de superioridad y distinción de una clase de personas y otra clase de seres humanos, que no eran considerados como tal, sino como objetos; el empalamiento o apedreamiento de las mujeres infieles,

adúlteros, que aún se practica en algunas sociedades musulmanas, demuestra que la actividad sexual se había monopolizado y distribuido socialmente, de tal forma que las personas adquirirían el prototipo de propiedad, propio de su poder de subordinación absoluta sobre el cuerpo de la pareja unida en matrimonio.

Las penas de ordalías o lanzamiento de los imputado atados al río dejando a la naturaleza que se consideraba sagrada, demuestran que la pena se justifica en la religión o la fe; la hoguera a las mujeres que acusaban de herejes, brujas, considera que mandaban a dichas personas al fuego del infierno que era también una consideración religiosa de las penas; la horca en el cadalso, el corte de la cabeza por un hacha, en público demuestran el sentido de exposición pública y ejemplificación de subordinación al poder monarca o soberano; la aplicación de la guillotina representó el uso de la ilustración y el avance mecánico de la sociedad para conjurar o imponerse como actos de subordinación al imperio de las ideas o saberes dominantes o reinantes como la abolición de la clase noble y burguesa, y las diferencias sociales heredadas; la aplicación de la silla eléctrica es el producto del refinamiento de la aplicación de la ciencia a la carga punitiva; así se modernizaban las sanciones penales, la aplicación de las inyecciones letales son un producto supuesto de humanización por que se pretendía que la sanción penal causar el menor dolor posible; a diferencia de las primeras sanciones, como el

descuartizamiento, el potro, etc., que perseguían más bien producir el mayor dolor.

Las penas pueden enumerarse de la siguiente manera: ahorcamiento, descuartizamiento, potro, empalamiento, guillotina, la picota, silla eléctrica, cárcel, inyección letal, mutilación, desmembramiento, etc.

### **1.- Clases de penas**

Cuando alguien comete un delito se imponen las siguientes sanciones:

- 1.- Pena privativa de la libertad (cárcel)
- 2.- Penas restrictivas de libertad
  - a) Expatriación, a nacionales
  - b) Expulsión del país, a extranjeros
- 3.- Penas limitativas de derechos
  - a) Pena de servicios a la comunidad
  - b) Pena limitativas de días libres
  - c) pena de inhabilitación
- 4.- La pena de vigilancia electrónica personal
- 5.- Multa

#### **1.- Pena privativa de la libertad.-**

La pena privativa de la libertad es aquella que tiene como consecuencia la internación en una prisión del sentenciado por un delito.

Pena privativa de la libertad. Según la doctrina la pena privativa de la libertad se inició y constituyó en el siglo XVI, siglo XVIII, pero no era considerado una pena (como actualmente tampoco se considera a la prisión

preventiva) sino una medida de custodia del imputado para su comparecencia al proceso.

La pena privativa de la libertad es una sanción penal que solo la puede dictar o mandar un juez o tribunal penal, que consiste en prohibir la libertad ambulatoria de la persona. Por la pena privativa de la libertad el imputado responsable penalmente es constreñido a vivir en un centro reclusorio. La pena privativa de la libertad puede ser efectiva, suspendida, convertida, reservada, temporal, permanente, rehabilitadora, resocializadora. La pena privativa de la libertad puede ser aplicada o dictada por un juez penal (unipersonal o colegiado), confirmada o revocada por una sala penal de apelación (colegiado de tres jueces penales); en conocimiento por recurso de apelación de la sentencia de primera instancia (juez penal unipersonal o jueces colegiados). La pena privativa de la libertad puede ser confirmada o revocada también en recurso de casación ante la sala suprema penal (conformada por cinco jueces supremos); en caso de haber sido o quedado consentida o ejecutoriada (revisar) puede interponerse un recurso de revisión; en caso de ser confirmatoria la casación de pena privativa de la libertad puede acudirse en hábeas corpus ante el Tribunal Constitucional.

La pena privativa de la libertad usada al principio como medida de custodia, perfeccionada par acoger a los deudores tributarios y redefinida como alternativa a la pena de muerte, es una expresión de la limitación, vulneración y contradicción justificada legalmente del derecho a la libertad; no supera sin embargo el principio

de presunción de inocencia, pero su aplicación se extiende a los derechos conexos, ligados, al derecho a la libertad, como el derecho a la vida (la carcelería provoca un daño en la integridad y desarrollo de la vida), al derecho a la salud (la cárcel provoca también un daño irreparable a la salud).

La pena privativa de la libertad limita el derecho al amor, a la familia a la sexualidad, a la intimidad, a la libertad de comunicación directa, telefónica, digitales, también limita los derechos al trabajo (no los anula), a la participación personal en la política (no lo elimina); a la educación universitaria, a la libertad de reunión, sindicalización, (pueden reunirse en delegaciones pero no sindicalizarse; pueden trabajar pero no en cualquier oficio, sino en los oficios permitidos y accesibles dentro del centro penitenciario. También se restringen o se limitan sus derechos a constituir o hacer empresas. Respecto a sus derechos sexuales tiene un margen de tiempo y lugar donde ejercerlo no a su libre disposición sino según un procedimiento previo, en lugares dentro de la cárcel llamados venusteros. La defensa de sus derechos tampoco es total, sino limitada a su condición económica para contratar un abogado privado, o a la disponibilidad de defensores públicos que son abogados pagados por el Estado, que no tienen la misma efectividad que los abogados privados.

Los efectos de la prisión preventiva son diversas, internamiento en un centro o instituto penitenciario (cárcel) pérdida, limitación, restricción de los derechos conexos al derecho a la libertad, limitaciones o

restricciones, o reducción en el ejercicio del derecho al trabajo, libertad sexual, libertad política, libertad empresarial, libertad educativa (universidad, etc.); deterioro de la integridad física, psíquica, deterioro del derecho a la vida, a la salud; estigmatización social por la reclusión; demarcación de una nueva condición social, delincuente, reo rehabilitado, resocializado, etc.

Sin embargo el mayor efecto de la pena privativa de la libertad lo constituye el quebrantamiento, la ruptura del concepto dogmático del derecho a la libertad como un derecho fundamental, es decir irrefutable, inquebrantable, inviolable; así relativiza aquel concepto dogmático de derecho fundamental y por tanto pierde el sentido priorizado, la defensa irrestricta de los derechos humanos.

El concepto de pena privativa de la libertad se afianza en su sentido y contenido actual cuando las cárceles dejaron de ser meros depositarios o custodios de imputados para cumplir sus penas (ahorcamiento, pena de muerte, etc.) y se convirtieron en cárceles específicas para albergar a imputados como cumplimiento de una sanción penal, como una pena en el sentido moderno, a partir del siglo XVIII, con la creación de las cárceles, acondicionadas para la vivencia, hospitalidad, de los sentenciados por delitos.

Para la aplicación de la pena privativa de la libertad esta tiene que ser solicitada por el fiscal, exclusivo y quien tiene el monopolio de la acción penal, cuyos derechos y funciones exclusivas está en pedir la aplicación de la pena privativa de la libertad, siendo que (salvo las querrelas) sino es pedida por el fiscal, el juez no puede aplicar la pena privativa de la libertad.

La pena privativa de la libertad da paso a un nuevo sistema de penas, puesto que anteriormente las cárceles no eran consideradas como penas, y por tanto no eran acondicionadas para vivir; los costeos de manutención, alimentos, colchones, bebidas, etc., eran de cuenta del reo; es decir, todos los gastos eran sufragados por el reo; puesto que dichos lugares tenían naturaleza temporal. La pena privativa de la libertad es una pena pero no es la cárcel, son la pena impuesta de esta forma, la pena privativa de la libertad y la cárcel son entidades distintas, que se complementan. La pena privativa de la libertad es una sanción penal dictada por un juez penal contra una persona que haya cometido un delito y tenga responsabilidad penal, culpa; mientras que la prisión o la cárcel es el lugar donde el sentenciado, penado, cumple la sanción penal que se le ha impuesto.

La pena privativa de la libertad, según nuestro ordenamiento jurídico constitucional suspende los derechos de ciudadanía; así mismo no se puede aplicar sin previo juicio. No puede ser aplicada para las deudas (antaoño era aplicada para las deudas tributarias), a excepción de las deudas alimentarias porque esta constituye un atentado contra el derecho a la vida de los alimentistas.

La pena privativa de la libertad puede convertirse en pena de prestación de servicios comunitarios, etc., si cumple con ciertos requisitos, como que la sanción no sea mayor de cuatro años.

**Duración de la pena privativa de la libertad.-**

En nuestro ordenamiento jurídico penal han existido diversas modificaciones. Así en un primer periodo, de acuerdo con el Artículo 29 del Código Penal, la pena privativa de la libertad tenía una duración mínima de dos días y una duración máxima de veinticinco años.

Posteriormente mediante el artículo 21 del Decreto Ley N° 25475, de fecha 06 de mayo de 1992, se modificó el artículo 29 del Código Penal, y se estableció que la pena privativa de la libertad tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de cadena perpetua.

Luego mediante el artículo 1 de la Ley N° 26360, de fecha de publicación 29 de septiembre de 1994, se modificó el artículo 29 del Código Penal, y se estableció la duración en dos estadios, “temporal” y “cadena perpetua”, señalando que la temporal tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de veinticinco (25) años.

El 23 de mayo de 1998, se volvió a modificar el artículo 29 del Código Penal, y por quinta disposición final del Decreto Legislativo N° 895, se estableció que la pena privativa de la libertad podía ser temporal o de cadena perpetua, siendo que la pena privativa de libertad temporal podía tener una duración mínima de dos días y una duración máxima de treinta y cinco (35) años.

El 17 de noviembre del 2001, mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 005-2001-

AI-TC, se declaró inconstitucional, por la forma, el Decreto Legislativo N° 895.

El 02 de diciembre del 2001, mediante el artículo 4 de la Ley 27569 se derogó el Decreto Legislativo N° 895.

En fecha 22 de junio del 2007, mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, se establece que la pena privativa de la libertad puede ser temporal o de cadena perpetua; siendo que la pena privativa de libertad “temporal” tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de treinta y cinco (35) años.

## **2.- Penas restrictivas de libertad.-**

Primigeniamente las penas restrictivas de la libertad eran clasificadas en dos tipos: a) La expatriación, tratándose de nacionales (de duración de diez años); b) La expulsión del país, tratándose de extranjeros. Y se aplicaban después de haberse cumplido la pena privativa de libertad.

El 27 de noviembre del 2009, mediante Artículo 1 de la Ley N° 29460, se modifica el artículo 30 del Código Penal, y se define a la “pena restrictiva de libertad” como la de “expulsión del país” de los extranjeros, aplicándose después de cumplida la pena privativa de libertad.

En fecha 08 de julio del 2014, mediante segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30219, se modifica el Artículo 30 del Código Penal, y se establece que la pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de

cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso”.

Penas restrictivas de derecho, expatriación, expulsión. Las penas restrictivas de derechos, se refieren a la expatriación, que consiste en una pena a un nacional, y la de expulsión, que es la pena a un extranjero, mediante la cual se vota, aparta, expulsa, destierra, al sentenciado de la nación en la cual cometió el delito. Esta sanción es de orden territorial, pero no evitaba que el individuo delictivo sea un peligro para la nación donde se alojara después de su destierro, expatriación o expulsión. Esta noción de pertenencia a un determinado territorio surge como el nacimiento y afianzamiento de los Estados modernos, que se delimitaron a través de tres factores o elementos, soberanía, territorio y población, que en la modernidad dieron la posibilidad a crear aquellos tipos de sanciones penales como la expatriación o expulsión. Un Estado moderno así, cerraba o limitaba sus fronteras territoriales, de tal forma que el territorio y el nacimiento dentro de ese territorio determinaban la población que pertenecía a tal patria o nación, que a su vez estaban subordinados al Estado. Sin la noción de Estado no habría podido existir la noción de expatriación o expulsión como una sanción penal moderna. Lo más cercano a ello eran las ciudades feudales en las cuales el señor feudal decidía sobre los que en sus tierras vivían. Según nuestro actual ordenamiento jurídico penal la sanción se restringió a la expulsión de los extranjeros, pero como complementaria a la sanción de la pena privativa de la

libertad; de tal forma que los extranjeros cumplen la pena privativa de la libertad y luego de ellos son expulsados sin posibilidad de poder regresar.

Este tipo de sanción penal trae a relieve un fenómeno importante, la transversalidad o internacionalización del derecho penal, por un lado, y la problemática de procesar, condenar, custodiar en cárceles nacionales, y los costos que ello acarrea por los delincuentes de nacionalidad extranjera.

Los delitos cometidos por extranjeros son en su mayor proporción los delitos de tráfico ilícito de drogas, es decir, comercialización e la droga de un país a otro país, de tal forma el delito se convierte en delito internacional, porque afecta a dos o más países, a inter países o Estados. Entre los delitos de orden internacional tenemos el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas, el contrabando, etc., lo que nos lleva también a otras instituciones, como la extradición, la doble imputación del delito que debe darse en los dos países, la adhesión a los pactos, convenios, bilaterales, multilaterales, y a las cortes internacionales, etc.

Nacen otras interrogantes con la aparición de la realidad global, el internet, las redes sociales que imponen que exista una convivencia o relación inter mundial, sin necesidad e condiciones territoriales, donde los extranjeros dejan de tener aquella noción territorial porque todos pueden relacionarse digitalmente, imponiendo un sistema normativo valorativo, y donde la normatividad internacional o nacional no alcanza.

Las penas restrictivas de la libertad enuncian una restricción territorial de la libertad ambulatoria, o una negación o prohibición de la libertad ambulatoria en un determinado país nación o Estado.

### **3.- Penas limitativas de derechos.-**

Las penas limitativas de derechos han sido divididas en nuestro ordenamiento jurídico penal en: 1) Prestación de servicios a la comunidad; 2) Limitación de días libres, y, 3) Inhabilitación. Esto está prescrito en el artículo 31 del Código Penal.

Penas limitativas de derechos están subdivididas en: a) Pena de prestación de servicios a la comunidad; b) pena de limitación de días libres; c) inhabilitación; que consisten básicamente en poner al servicio de la comunidad la fuerza laboral o productiva del sentenciado, así como afectar en dicha capacidad laboral (inhabilitación) por lo tanto, las penas limitativas de derechos tienen un eje central, al disponibilidad de la capacidad o fuerza laboral del sentenciado. No obstante la aplicación tendría su objetivo en rehabilitar o resocializar al sentenciado, en la realidad las primeras sanciones como la pena de prestación de servicios a la comunidad o penas limitativas de días libres, no son efectivas porque o bien no se implementan con regularidad, o porque estas prestaciones son insignificantes y de fácil cumplimiento, como por ejemplo, limpiar las avenidas o parques públicos, ventanas de las instituciones públicas, etc., siendo que se debe previamente seguir un procedimiento por el cual las instituciones se inscriben

como unidades receptoras para acoger a dichos sentenciados, esto se torna complejo porque nadie o pocos desean contar con los servicios –aún gratuitos– de los sentenciado por diversas delitos. Esta estigmatización de ser factores riesgosos para la propia institución receptora desanima cualquier intento o ejecución de la aplicación de dichas sanciones penales. La inhabilitación tiene otro efecto distinto a las anteriores, porque se trata de la prohibición de un oficio o trabajo determinado; esto pareciera incidir o cortar un derecho específico, el derecho a la libre elección del trabajo, sin embargo, el delito sancionado permite o justifica dicha vulneración o lo legitima.

El derecho penal, en la inhabilitación ingresa en el área del derecho laboral, siendo que ese puede distinguir aquí otra variante o modalidad de sanción penal, porque ya no solo son de carácter de afectación de un derecho constitucional o penal, como el derecho a la libertad ambulatoria, sino que la inhabilitación es en esencia una afectación a un derecho laboral, el derecho de no trabajar en determinadas áreas o especialidades por efecto de las consecuencias del delito y de la sanción impuesta. La inhabilitación es mayormente concebida en los delitos contra la administración pública en las cuales el sentenciado no puede ejercer un oficio o cargo público, como consecuencia haber vulnerado con su delito el mismo sistema público. El justificativo es que si bien no puede optar por un trabajo en la administración pública si puede hacerlo en la actividad privada.

### **3.1.- Pena de prestación de servicios a la comunidad.-**

La pena de prestación de servicios comunitarios consiste en el mandato a través de la sentencia del juez al condenado o sentenciado para que ésta realice o preste su fuerza laboral en forma gratuita al servicio de la comunidad en una jornada laboral determinada (de diez horas semanalmente) que no afecten la jornada laboral regular.

La pena de prestación de servicios a la comunidad puede ser aplicada en forma: a) Autónoma, es decir, como sanción directa al delito cometido, o en forma; b) sustitutiva o alternativa en reemplazo de la pena privativa de la libertad.

La pena de prestación de servicios comunitarios solo puede ser como sustituta o alternativa si la pena privativa de la libertad no excede de los cuatro años de pena.

La pena de prestación de servicios a la comunidad solo pueden aplicarse en delitos con pena no mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad.

#### **Aplicación autónoma de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres.-**

De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad y limitación de días libres, se aplican como autónomas, cuando están señaladas por cada delito.

## **Aplicación de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres como “sustitutivas” o “alternativas”.-**

De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad y limitación de días libres se pueden aplicar como “sustitutivas” o “alternativas” a la pena privativa de la libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años.

## **Características de las penas de prestación de servicios a la comunidad.-**

De acuerdo con el artículo 34 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad tienen las siguientes características: 1) 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, siempre que sean públicos; 2) La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales; 3) Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.

### **3.2.- Limitación de días libres.-**

La pena limitativa de días libres es aquel mandato del juez que en sentencia obliga al condenado a poner a disposición su fuerza laboral en programas educativos, sociales, culturales, etc., de las instituciones, en una

jornada de diez horas semanales, en días sábados, domingos y feriados para que no afecten la jornada laboral normal.

La limitación de días libres, de acuerdo con el artículo 35 del Código Penal, consiste en la “obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales”.

### **3.3.- Inhabilitación.-**

La inhabilitación consiste en declarar al sentenciado como no hábil, no autorizado para realizar cierta actividad, oficio o profesión, prohibición expresa por sentencia judicial.

La inhabilitación puede aplicarse como una pena principal o como una pena accesoria, puede ser temporal o permanente. La inhabilitación supone la limitación o privación de un determinado derecho a trabajar; pero solo aquel trabajo o conducta laboral que haya supuesto la comisión del delito; la pena intenta así suprimir la circunstancia que rodea al sentenciado a fin que esta circunstancia no atente o no esté afectada por el sentenciado.

Por la inhabilitación se castiga al culpable pero a la vez se previene directamente que el sentenciado vuelva a cometer delito en área específica donde se le ha inhabilitado Por lo tanto cumple doble función: a)

castigar; y , b) prevenir. Afecta directamente el derecho al trabajo (el área u oficio donde o desde donde se cometió el delito).

La inhabilitación supone también actos previos, hechos y condiciones previas, que han sido habilitados a la persona, por ejemplo, una inhabilitación por ejercicio ilegal de la profesión requiere que aquel haya obtenido anteriormente habilitación para ejercer una profesión, a través de un procedimiento educativo, universidad, aprobado los exámenes requeridos e inscrito en un colegio profesional respectivo que da la habilitación para el ejercicio de la profesión. Cuando un sentenciado es inhabilitado se curan los oficios para los colegios profesionales y registros respectivos.

De acuerdo con el artículo 36 del Código Penal la inhabilitación produce, según la sentencia: 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2) Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; 3) Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia; 4) Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; 5) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 6) Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por

delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas. 7) Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; 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; 9) Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal; 10) Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; 11) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; 12) Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios; 13) Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

### **Tipos de inhabilitación.-**

La inhabilitación puede ser aplicada como principal o accesoria. La inhabilitación puede aplicarse en forma temporal o perpetua.

La inhabilitación ha sido clasificada según la naturaleza de su imposición como principal o accesoria, esto es, como una pena independiente producto de la sanción del delito, que actúa directamente como respuesta social. Por su parte la inhabilitación accesoria es dependiente de otro factor, sanción penal, por lo que no responde directamente ante el delito sino indirectamente.

La inhabilitación clasificada según el tiempo que dure, es decir, inhabilitación temporal o permanente responde al grado o nivel de temporalidad aplicado con fines penales preestablecidos; así, la inhabilitación temporal propone y afirma que un tiempo determinado y temporal será suficiente castigo para el sentenciado, y que este deje de constituir un peligro permanente, así como la gravedad del delito; mientras que la inhabilitación permanente es para delitos graves y en los cuales se determina que no podrá haber resarcimiento o rehabilitación suficiente.

De acuerdo con el Código Penal, la inhabilitación temporal se extiende de cinco (05) a veinte (20) años en los delitos de concusión, cobro indebido, colusión, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares

jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito. También la inhabilitación aplica para los delitos de terrorismo, delitos de lavado de activos, minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, trata de personas. Será inhabilitación perpetua si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

### **Inhabilitación accesoria**

De acuerdo con el artículo 39 del Código Penal, “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 inhabilitación, de acuerdo con el artículo 40 del Código Penal, también podrá imponerse como accesoria en los delitos culposos de tránsito.

### **4.- Pena de vigilancia electrónica personal.-**

La pena de vigilancia electrónica personal es aquella sanción por la que se coloca un grillete electrónico al sentenciado a fin que cumpla su pena vigilada.

La vigilancia electrónica personal es un producto del avance de la ciencia y la tecnología informática y gps, por la cual una persona puede ser ubicada, monitoreada permanentemente, de tal forma que se pueda restar o

restringir su posibilidad de cometer delitos. Consiste en colocar en el imputado en las muñecas de las manos o en los tobillos un grillete electrónico.

El problema de los grilletes electrónicos está en su costo, y en quien debe asumir dicho costo; sin embargo podría ser una excelente alternativa a la prisión preventiva, porque siendo que dicha institución tiene como objetivo cautelar que se lleve a cabo el proceso evitando el riesgo procesal de obstaculización o el de fuga, el grillete podría efectivamente indicar la ubicación del imputado. ¿El grillete es una pena?

### **5.- Pena de multa.-**

La multa es una sanción económica, pecuniaria, que afecta al derecho patrimonial de riqueza, del sentenciado condenado; por ello se obliga al pago de una cantidad económica, a favor del Estado; por tanto se diferencia de la reparación civil que es el pago a la víctima por los efectos del delito.

La multa es una consideración al estado civil del sentenciado condenado, por la cual por mandato del juez se obliga al sentenciado a pagar al Estado una cantidad de dinero determinado.

Al margen de esto consideramos que la pérdida de dominio debiera considerarse o implementarse como una pena, de tal forma que las rentas, inmuebles, muebles, patrimonio del sentenciado que no hayan sido acreditado con título legítimo y que corresponden al tipo delictivo o sean producto del delito debe aplicarse

la institución de la pérdida de dominio. Actualmente sucede la incautación de los cuerpos del delito.

De acuerdo con el artículo 41 del Código Penal, “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 a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.”.

## **II.- APLICACIÓN DE LA PENA**

La aplicación de la pena es una postestad del Estado, que por su *ius imperium* del *ius puniendi* tiene el monopolio de la sanción penal, a través de los órganos respectivos, que es a través del Poder Judicial, por medio de los jueces penales.

La aplicación de la pena ha tenido un circuito histórico que ha comenzado con el poder del reye, monarca, que implantaba el castigo por propia voluntad; la misma que fue impregnada con otro poder, el de la religión, así, las penas y a no importaban la voluntad del monarca sino la voluntad de dios, por lo que el monarca imponía la sanción en nombre o representación de dios; así con la ilustración la pena la aplicaban los jueces, la misma que se restringió a la ley que será la voluntad de la sociedad. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal se ha dispuesto su control para la aplicación de las penas en dos áreas: los condenados y las víctimas; así el juez para aplicar la pena tiene que tener en consideración. A) las características del agente, esto es, las circunstancias

sociales, el uso de cargo público, el abuso de condición económica, formación, poder, etc., es decir, las circunstancias o condiciones que rodean o que posee el agente delictivo; b) la cultura y costumbres del agente delictivo, que consiste en la comprensión cultural de acto del agente delictivo, a fin de determinar su condicionamiento mental por la condición de la cultura o de las costumbres en las que ha sido formado: c) los intereses de la víctima, que consiste en aquello que afecta al bienestar de la víctima, afectación a su familia, vulnerabilidad, que representan la extensión o reducción de los efectos del acto delictivo. Todos estos componen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena. Esto significa que el poder punitivo del juez debe considerar aquellos fundamentos; cabría, sin embargo, preguntarse si el juez en su decisión o fallo textualiza dichos considerandos; si el juez expresa taxativamente esos fundamentos, o solo se tienen por considerados, o por último, si hace referencia en alguna parte de la sentencia del artículo 45-A del C.P correspondiente.

Por último la aplicación de la pena demuestra el monopolio del Estado para imponer sanciones, asimismo debe estar prescrito en la ley cierta y vigente, ser legítima, no haber prescrito la posibilidad de aplicación de la pena, y haberse dado un previo debido proceso.

## **1.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.-**

De acuerdo con el artículo 45° del Código Penal, se establecen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, prescribiendo que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena tiene en cuenta: 1) Características del agente: a) Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente; b) El abuso de su cargo; c) El abuso de posición económica; d) Formación, e) Poder; f) Oficio; g) Profesión; h) Función que ocupa el agente en la sociedad. 2) Su cultura y costumbres. 3) Intereses de la víctima: a) Los intereses de la víctima, b) afectación de su familia; c) Afectación de las personas que de ella dependen; d) Afectación de sus derechos; e) Situación de vulnerabilidad.

## **2.- Condiciones que debe tomar en cuenta el juez al aplicar la pena y la escala de medición de la pena a aplicar.-**

El ordenamiento jurídico penal prescribe una escala para imponer las penas, y las divide en tres secciones, tres tercios. 1) Tercio inferior; 2) Tercio intermedio; 3) Tercio superior; las mismas que son contenidas según las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho; esta es también una limitación al uso del poder punitivo del juez, sin embargo cabe también la pregunta si existe o se encuentran en las resoluciones una indicación expresa a la norma penal que prescribe dicha escala punitiva (art. 45-A C.P.).

Las atenuantes están prescritas en el art. 22 del C.P., y entre ellas tenemos: a) la responsabilidad restringida por la edad, el arrepentimiento activo, la confesión

sincera (delación premiada). El término delación premiada usada en otros países como el Brasil es más adecuado porque premia que se delate a los otros integrantes de la criminalidad o actividad delictiva.

El cuadro de la escala de tercios par la aplicación de la pena (art. 45-A C.P.) es:

<b>Nº</b>	<b>Tercio</b>	<b>Atenuante</b>	<b>Agravante</b>
1	Por debajo del tercio	Circunstancias atenuantes privilegiadas	Circunstancias agravantes cualificados
2	Tercio inferior	Cuando exista solo atenuantes o no hay ni atenuante ni agravante	
3	Tercio intermedio		
4	Tercio superior		
5	Por encima del tercio superior		Agravante cualificado

### **Individualización de la pena.-**

De acuerdo con el Artículo 45-A del Código Penal, se establece la individualización de la pena, así como que “toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. / Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez

atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.”

Asimismo, el juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas (Art. 45-A CP): 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes; 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio; c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y, c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

### **3.- Circunstancias de atenuación de la pena.-**

De acuerdo con la normatividad penal, art. 46 C.P. las atenuantes para la aplicación de las penas se refieren a la condición jurídica penal del sentenciado (no tener antecedentes penales), la condición o motivación noble o altruista del hecho delictivo, la condición emocional que estuviera fuera de su manejo o escapase al control de su voluntad; la actuación por apremiantes circunstancias personales o familiares, la disposición activa de disminución de los daños del delito, reparación voluntaria del daño, la entrega personal y voluntaria a la justicia, la edad del imputado, si aquella condición hubiere influido en la comisión del delito.

Las atenuantes son aquellas circunstancias que no eximen de la responsabilidad penal, pero si pueden servir para aplicar la pena por debajo o dentro del tercio inferior de la pena prescrita por ley.

Las atenuantes responden a tres estadios, etapas de la persona frente al acto delictivo, las: 1) condiciones previas al acto delictivo como la condición jurídica de no tener antecedentes penales, etc.); 2) condiciones propias en el acto de comisión del delito como el motivo social de la participación en el delito, la respuesta o sujeción a un estado emocional inmanejable como el miedo, los premios; 3) las condiciones posteriores al acto delictivo, o circunstancias, por las que el imputado ha resarcido el daño, se ha entregado por propia voluntad a la justicia, etc.

El cuadro o escala para la aplicación de las circunstancias atenuantes sería:

<b>Nº</b>	<b>Circunstancias temporales</b>	<b>Atenuantes</b>
1	Circunstancias previas	- sin antecedentes penales - haber sufrido amenazas
2	Circunstancias en el acto delictivo	- Motivado por interés social - conducta por emoción incontrolable
3	Circunstancias posteriores al acto delictivo	- Arrepentimiento activo - Reparación del daño - Entrega voluntaria

Así también de acuerdo con el Artículo 46 del Código Penal se establecen las circunstancias de atenuación y agravación, por lo que: “1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las

consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

#### **4.- Circunstancias de agravación de la pena.-**

Las circunstancias agravantes para la aplicación de la pena responden a consideraciones de diverso tipos, así tenemos: 1) consideraciones sociales o peligro social (es decir que el acto delictivo agravie, vulnere a la generalidad de la sociedad, o ponga en peligro a una generalidad poblacional, así tenemos los agravantes cuando se atenta contra el ecosistema, necesidades básicas de la sociedad, bienes o actividades de necesidad común, etc., atentados contra el peligro común, etc. ; 2) Consideraciones personales del imputado, como la actuación por motivos abyectos, discriminación, abuso de su condición jerárquica, cargo, posición económica, actuación de posición, actuación con pluralidad de agentes; 3) consideración de afectación a la víctima; utilización de inimputables, niños, niñas, situación de indefensión de la víctima.

El cuadro sería:

<b>Nº</b>	<b>Consideraciones</b>	<b>Agravante</b>
1	Consideración social o de peligro social	- vulneración de bienes de interés social - afectación al ecosistema

2	Consideraciones personales del imputado	<ul style="list-style-type: none"> <li>- actuación en grupo</li> <li>- por discriminación</li> <li>- abuso del ejercicio del cargo, etc.</li> </ul>
3	Consideración de afectación de la víctima	Utilización de inimputables, niños, etc.

De acuerdo con el Artículo 46 del Código Penal, las circunstancias agravantes son: 1. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o

partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva. n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

### **5.- Circunstancia agravante por la condición del sujeto activo.-**

De acuerdo con el artículo 45-A del Código Penal, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de: a) miembro de las Fuerzas Armadas; b) Miembro de la Policía Nacional, c) Autoridad; d) Funcionario; e) 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.

También, de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal, “Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre 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.

### **6.- Reincidencia.-**

Es considerado reincidente la persona que después de haber cumplido en todo o parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, en un lapso que no excede de cinco años (Art. 46-B CP).

Reincidencia es una palabra que en el contexto penal define una condición o circunstancia específica penal de una persona: tener en sus antecedentes penales el registro de haber cometido (dentro de los cinco años posteriores a una sentencia condenatoria penal) un nuevo delito doloso, con intención o dolo. La reincidencia constituye un agravante. El reincidente penal, sin embargo, tiene dos condiciones que lo constituyen como tal: 1) comisión de nuevo delito dentro de los cinco años posteriores a una sanción penal que significa que si el agente comete el delito después de los cinco años indicados, la reincidencia no se produciría por el tiempo de prescripción o haber sido habilitado y borrado todos sus antecedentes penales,

por efecto de transcurrir el tiempo; 2) comisión de nuevo delito doloso; dolosos significa con voluntad, conscientemente, conciencia para acometer el delito. Esto significa que si el agente delictivo comete el delito por negligencia, impericia, es decir por causar culposas, entonces no podría considerársele como reincidente.

### **7.- Habitualidad.-**

Habitualidad es considerada una circunstancia cualificada agravante por la cual la sanción puede superar o dictarse por encima del tercio superior de la pena, es decir, puede aplicarse por encima de la máxima pene prescrita en el Código Penal para un determinado delito.

La habitualidad tiene su antecedente conceptual en la palabra hábito, cuyo concepto lo define como aquella acción que se realiza con regularidad, como parte de una tradición, condición cultura, etc. Un hábito así es un acto que se realiza siempre o continuadamente pro su interiorización o aprendizaje para ello; en el contexto penal, un hábito se convierte en elemento para maximizar la aplicación de las sanciones penales cuando se cometen más de tres nuevos actos delictivos, contados dentro de los cinco años de una sanción penal al agente delictivo. El hábito o habitualidad supone la interiorización de un tipo de conducta (en el caso penal) delictiva, por la cual el agente delictivo se encuentra acostumbrado a cometer delitos, ea el que fuer las razones para aquello.

De acuerdo con el Artículo 46-C del Código Penal, “Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años”.

Así también, “tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante.

### **8.- Cómputo de la detención sufrida.-**

Cómputo de la detención sufrida es aquella determinación penal por la cual toda detención preliminar, prisión preventiva), que se haya realizado en el marco o contexto en el cual aún no se haya dictado sentencia condenatoria, debe ser computada, tenida en cuenta para el cómputo general de la sanción aplicada. Así, por cada día en detención preliminar, o prisión preventiva, se considerará a un día por día de la sentencia condenatoria. En el caso de penas limitativas de derecho se computaran a razón de dos días de las penas limitativas de derecho por un día de la sentencia condenatoria.

El cómputo, es el conteo, la suma de los días.

De acuerdo con el “**Artículo 47.-** El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. / Si la

pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.”.

### **9.- Concurso ideal de delitos.-**

El concurso ideal de delitos, o concurso normativo del delitos, expresa que ante un hecho delictivo determinado concurren o pueden concurrir o aplicarse varias disposiciones normativas; esto nos enfrenta a un problema, de fondo, el de la tipicidad, que consiste en encuadrar o identificar aun hecho dentro de un definitivo tipo delictivo; así, si varias normas penales se pueden aplicar a un hecho delictivo se debe elegir de entre esos varios tipos delictivos (robo, estafa, etc.) cuál de ellas se debe elegir para procesar, y en su caso sentenciar al agente delictivo. No se explica en un primer momento que un mismo hecho pueda significar varios tipos delictivos porque el delito (el hecho delictivo) es uno distinto de los demás. Nuestra normatividad, sin embargo considera que debe aplicarse hasta el máximo de la pena más grave, o extenderse hasta una cuarta parte de la misma pena más grave; esto en mérito a que la sanción penal no puede medirse por el delito menos grave, sino por el que ha causado mayor daño, es decir, el más grave.

Pero ¿qué tipos delictivos pueden ser castigados dentro de un mismo hecho? Sin embargo, en el concurso ideal (o normativo) de delitos ocurre que el hecho delictivo afecta o vulnera varios bienes jurídicos (la vida, la salud, la integridad, el poder público, etc.) El concurso, o la elección o proceso para la elección o selección de la

pena a aplicar responden directamente por las consecuencias a determinados bienes jurídicos vulnerados, puesto que el hecho ha violado varias normas penales, delitos, o bienes jurídicos protegidos penalmente.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 48.- Concurso ideal de delitos.-** Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años."

### **10.- Delito continuado.-**

Delito continuado es aquella determinación conceptual para integrar dentro de un mismo tipo delictivo o todos aquellos otros que hubieren sido ejecutados para la resolución de un mismo acto delictivo final, de esta forma la sanción a aplicarse será la mas grave; no obstante si dichos delitos hubieran afectado a una pluralidad de agentes se aumentará la pena. Esta integración dentro de un delito considerado como delito continuado no podía considerarse como tal si es que se han vulnerados bienes jurídicos personales que corresponden a sujetos distintos.

¿El delito continuado permite la acumulación de procesos dentro de uno solo?

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 49.-** Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido

cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. / La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos."

### **11.- Concurso real de delitos.-**

El concurso real de delitos o concurso fáctico, de hechos, de delitos consiste en que existen varios hechos punibles, que se consideran como delitos también independientes, y por la cual el juez aplicará las penas sumando hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. En esta circunstancia existen varios hechos delictivos punibles.

En este caso el agente delictivo ha cometido varios delitos, en este caso para la aplicación de la pena funciona la sumatoria de las penas fijadas por el juez para cada delito, en este caso esta sumatoria no podrá exceder el doble de la pena máxima del delito más grave, no puede exceder treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, y en caso de cadena perpetua solo se aplicará esta. Esto indica que los delitos, su sanción, quede impune, pero además se tomarán en cuenta todos

los delitos y la pena resultara de la sumatoria de las penas aplicadas a cada delito sancionado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 50.- Concurso real de delitos.-** Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta."

### **12.- Concurso real de faltas.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 50-A.- Concurso real de faltas.-** Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

### **13.- Concurso real retrospectivo.-**

El concurso real retrospectivo es aquel que se hubiera descubierto después de la aplicación de una sentencia, por lo que se sumara a la pena aplicada hasta el máximo del doble de la pena más grave.

La retrospectión se considera a conocer y procesar un hecho cometido anteriormente al delito sentenciado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 51.- Concurso real retrospectivo.-** Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito."

.

#### **14.- De las conversiones**

Las conversiones de las penas es el instituto jurídico penal por la cual las penas dadas, aplicadas por un juez penal pueden convertirse en otro tipo de pena o sanción penal de menor gravedad; esto en mérito a ciertas condiciones como el número de años de pena, el no haber sido las penas consideradas como condenas condicionales, o dadas como reservas del fallo condenatorio, en las cuales se suspende la ejecución efectiva de la pena. Así cada pena puede convertirse en una de menor grado, en efecto que las mismas tengan el mismo nivel de consideración penal de sanción.

Las conversiones de las penas es aquella por la cual se convierte una pena privativa de la libertad en una de prestación de servicios comunitarios, pena limitativas de derechos, multa, etc.

#### **Conversión de la pena privativa de la libertad.-**

La pena privativa de la libertad puede convertirse en una pena de multa, en una pena de prestación de

servicios a la comunidad, en otra de pena limitación de días libres, en otra de pena de vigilancia electrónica personal. Estas conversiones pueden aplicarse de oficio o a pedido de parte. También se puede convertir la pena privativa de la libertad en ejecución por una limitación de derechos, a otra de pena de prestación de servicios a la comunidad u otra de limitación de días libres.

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: **“Artículo 52.- Conversión de la pena privativa de libertad.-** En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez 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, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, 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. / Igualmente, 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.”.

### **Conversión de la pena privativa de la libertad en ejecución.-**

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: **“Artículo 52-A.- Conversión de la pena privativa de libertad en ejecución.-** El Juez competente puede

convertir la pena privativa de libertad en ejecución de condena, por una pena limitativa de derechos, a razón de siete (7) días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres, según corresponda y siempre que se cumplan los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia.”.

### **Revocación de la conversión**

La revocación de las penas es aquella por la cual una pena de limitación de derechos, pena de prestación de servicios a la comunidad, o pena de multa que son el resultado de haber sido convertidas en reemplazo de la pena privativa de la libertad, quedan por su incumplimiento revocadas, anuladas; y por lo tanto la pena inicial (ppl) vuelve a tener vigencia y ejecución. La revocación de las penas convertidas pueden darse por los siguientes motivos: 1) revocación por incumplimiento de las penas convertidas (pena de prestación de servicios a la comunidad, penas limitativas de derechos, multa, etc.); 2) Revocación por comisión de nuevo delito doloso, es decir consciente, intencional y voluntariamente por el agente delictivo; 3) revocación por injustificación del no cumplimiento de la pena convertida, es decir, que no se haya dado razones suficientes y contundentes del no cumplimiento de la pena convertida.

Por la revocación de la conversión se deja sin efecto dicha conversión si el condenado no cumple,

injustificadamente con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado. (Art. 53 CP).

### **Revocación de la conversión por la comisión de delito doloso**

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: "**Artículo 54.-** Cuando el condenado cometa, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida según el artículo 52, un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años, la conversión quedará revocada automáticamente y así será declarada en la nueva sentencia condenatoria. Efectuando el descuento correspondiente a la parte de pena convertida que hubiese sido ejecutada antes de la revocatoria, conforme a las equivalencias indicadas en el artículo 53, el condenado cumplirá la pena privativa de libertad que resta de la primera sentencia y la que le fuere impuesta por el nuevo delito."

### **Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad.-**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad.-** Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios 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 incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres."

### **Conversión de la pena de multa.-**

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: **“Artículo 56.-** Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. / 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. / El condenado puede pagar la multa en cualquier momento descontándose el equivalente a la pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha. / Cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

### **15.- Suspensión de la ejecución de la pena**

La suspensión de la ejecución de la pena es el acto y decisión por la cual el juez puede suspender, dejar sin efecto real la aplicación de la pena, en mérito a las condiciones, o circunstancias de los hechos, la naturaleza del proceso, las condiciones del imputado, las condiciones personales del agente que permitan inferir que no volverá a cometer el delito la prognosis de la pena, es decir, que la pena privativa de la libertad no sea superior a cuatro años, que el sentenciado no sea reincidente o habitual.

## **Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena.-**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: “**Artículo 57.- Requisitos.-** El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual; El plazo de suspensión es de uno a tres años”.

## **16.- Condena no pronunciada**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: “**Artículo 61.-** 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”.

## **17.- Reserva del fallo condenatorio**

El juez puede “reservarse” el fallo condenatorio, es decir, no pronunciar el fallo, disponer por tanto la no ejecución de la condena, si es que lo considera, teniendo en cuenta ciertos requisito, como la probabilidad de no comisión de nuevo delito, la mínima gravedad de los años a imponerse, la motivación de dicha decisión.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 62. Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos.**- El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos: 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; 3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada."

### **18.- Exención de pena**

De acuerdo con el ordenamiento jurídico penal las sanciones penales van desde dos días de pena privativa de la libertad hasta cadena perpetua. En este contexto la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad se da cuando esta es superior a los cuatro años de prisión pudiéndose en concordancia convertirse, suspenderse, reservarse, y también "eximirse", en este último caso solo si la pena privativa de libertad sea menor a dos años, o la pena limitativa de derechos o multa fuera mínima.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 68.- Exención de pena.-** El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté 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."

### **19.- Rehabilitación.-**

La rehabilitación es la institución jurídica pena l por la cual el agente delictivo recupera su condición anterior a la sanción penal, por efecto de cumplimiento de la pena o extensión de la sanción penal.

Por la rehabilitación que se debe producir en forma automática al cumplirse la pena, el agente delictivo recupera sus derechos suspendidos o restringidos, así como se cancelan todos sus antecedentes penales, judiciales, policiales.

La rehabilitación supone recobrar la habilitación civil de la que había sido prohibido o proscrito el agente delictivo; la pena ya no supone dolor, como era antiguamente, sino habilitación para integrarse a la sociedad.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 69.- Rehabilitación automática.-** 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, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil. 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”.

## **20.- Las medidas de seguridad**

Las medidas de seguridad son otro tipo de instrumento distinto a las sanciones penales (pena privativa de la libertad, penas restrictivas de derechos, penas limitativas de derechos, multa), que se aplican a aquellas personas que hayan sido consideradas científicamente inimputable por su condición mental. Las medidas de seguridad son el internamiento, y el tratamiento ambulatorio. Se aplican cuando se considere el peligro de nueva comisión de delito los fines de estas medidas de seguridad son de orden terapéutico o custodia.

De acuerdo con el Código Penal, en su artículo 71, las medidas de seguridad son: 1) Internación; y, 2) Tratamiento ambulatorio.

## **Requisitos para la aplicación**

De acuerdo con el Artículo 72 del Código Penal, se establece: “Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes: 1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y, 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que

revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

### **Principio de Proporcionalidad.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 73.-** Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado”.

### **21.- Internación.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 74.-** 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”.

### **22.- Extinción de la acción penal y de la pena**

En el derecho penal existen dos consideraciones para el conocimiento y tratamiento de los actos delictivos; la acción penal y la pena. Por la acción penal el Estado tiene el imperio o poder para investigar y procesar por un hecho delictivo. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal la acción penal, su ejercicio, está monopolizado por el Ministerio Público, de esta forma solo el Ministerio Público, a través de sus fiscales pueden accionar la acción penal, la capacidad para investigar, denunciar y acusar ante el juez por la comisión de un delito y en consecuencia solicita la

aplicación de una pena (en Brasil la función de los fiscales es atribuida a los procuradores).

Por la sanción el juez penal tiene el monopolio del ius puniendi, del derecho a castigar, imponer sanciones penales.

Estos dos poderes y monopolios del uso de la violencia penal atribuidos al fiscal (titular de la acción penal), y del juez (titular de la sanción penal), son poderes temporales, es decir, no son permanentes, ni eternos (salvo excepciones).

La extinción es un instituto jurídico penal por la cual la acción penal y la pena se extinguen.

La extinción de la acción penal, de aquella capacidad o facultad monopólica que tiene el Estado a través del Ministerio Público y este a través de los fiscales se extingue termina, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal (art. 78 C.P.) por causas lógicas, como la muerte. Esta prescripción que ahora es obvia, ha sido producto de todo un proceso histórico cultural, en el cual se logró desterrar los conceptos antiguos en donde la persecución del delito (acción penal) en algunas culturas, traspasaba el ámbito de la muerte del imputado y se extendía a sus herederos. Otra de los institutos modernos de la extinción de la acción penal se recoge de una determinación temporal para perseguir el delito, este instituto es la prescripción que significa que después de pasado un determinado tiempo de ocurrido el delito éste ya no puede ser perseguido; el

tiempo para la prescripción varía en cada sociedad. Por otro lado también se extingue la acción penal por un instituto político (poder de gobierno) denominado amnistía que es el poder que tienen los congresos o poder legislativo de un estado para ¿perdonar? El delito y extinguir la persecución de quien lo hubiera cometido. Así también existe el derecho de gracia o indulto que es la institución política jurídica por la cual el presidente de la república puede perdonar y extinguir la acción penal, como un poder proveniente de una condición cultural histórica dado a los soberanos. La cosa juzgada es otra institución jurídica que extingue la acción penal, porque se trata de un delito debidamente procesado, juzgado, consentido y /o ejecutoriado, por la cual nadie puede volver a ser investigado por los mismos hechos y delitos. Así también no puede ejercerse la acción penal en los casos donde solo corresponda la acción civil, como en los delitos contra el honor.

En estos casos la acción penal se extingue cuando existe desistimiento (la parte denunciante haya expresado de no continuar con el proceso penal) o transacción, cuando las partes denunciante y denunciado, se hayan puesto de acuerdo y llegado a una transacción que extingue la acción penal. La acción penal también puede extinguirse cuando existe a una sentencia civil ejecutoriada que contenga el acto por el que se es procesado penalmente es lícito.

De acuerdo con el Código Penal, en su artículo N° 78 se prescribe que la acción penal se extingue: 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 transacción.".

### **Extinción de la acción penal por sentencia civil.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 79.-** Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito".

### **Plazos de prescripción de la acción penal.-**

Los plazos a para la prescripción de la acción penal es generalidad son igual al máximo de la pena fijada para el delito sin embargo, existen ciertos acondicionamientos según sea el caso , como por ejemplo, cuando existe concurso ideal de delitos, o concurso real de delitos; así también se reducen cuando se trata de responsabilidad restringida por la edad del imputado; así también el cómputo del plazo se inicia de acuerdo al tipo, tentativa, delito continuado, delito instantáneo, delito permanente. La prescripción de la acción penal también se puede interrumpir por la actuación del ministerio público, poder judicial, nuevo delito doloso, etc.

También puede suspenderse el plazo de prescripción de la acción penal, en caso exista un proceso distinto del cual dependa, etc.

De acuerdo con el artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe:

1) 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; 2) En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno; 3) En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

### **Reducción de los plazos de prescripción.-**

De acuerdo con el artículo 81 del Código Penal, “los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún años o más de setenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible”.

### **Inicio de los plazos de prescripción.-**

De acuerdo con el Artículo 82 del Código Penal, se establece que los plazos de prescripción de la acción penal comienzan: 1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa; 2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; 3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y, 4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

### **Interrupción de la prescripción de la acción penal.-**

De acuerdo con el artículo 83 del Código Penal, se establece que la acción de la acción penal se interrumpe: 1) Por las actuaciones del Ministerio Público; 2) Por las actuaciones de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido; 3) Por la comisión de un

nuevo delito doloso; 4) La acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

### **Suspensión de la prescripción.-**

Los casos en que se suspende la prescripción, de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal, son: 1) Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

### **Extinción de la ejecución de la pena.-**

La ejecución de la pena contiene varias modalidades, dentro de las cuales se encuentran; 1) muerte, por la imposibilidad materia de aplicar las mismas; 2) amnistía, como facultad propia del Poder Legislativo; 3) Indulto, como facultad del Poder Ejecutivo; 4) Prescripción, en razón al tiempo transcurrido 5) Cumplimiento de la pena, por haberse ejecutado la sanción penal; 6) Exención de la pena; y, 7) Perdón.

De acuerdo con el artículo 85 del Código Penal, la ejecución de la pena se extingue: 1) Por muerte del condenado; 2) Por amnistía; 3) Por indulto; 4) Por prescripción; 5) Por cumplimiento de la pena; 6) Por exención de pena; y, 7) Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

### **Prescripción de la pena**

La prescripción de la pena es el olvido y la imposibilidad de sancionar penalmente a un imputado por un delito por efecto de haber transcurrido un tiempo determinado. De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 86.-** El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.”.

### **23.- Reparación civil.-**

La reparación civil es aquella institución por la cual el agraviado recibe o se le restituye el bien vulnerado, o el pago de su valor, y la indemnización por los daños y perjuicios.

La Reparación Civil es un derecho de la víctima y comprende (Art. 93): 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

## **SECCIÓN V: LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL**

### **LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL**

Los delitos, aquellas conductas típicas, antijurídicas, culpables, imputables y punibles, han sido organizadas en los ordenamientos jurídicos penales (código penales) de acuerdo al bien jurídico vulnerado, así tenemos una variedad de delitos tipificados.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal, Código Penal, tenemos los siguientes tipos delictivos.

## **1.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud**

Los delitos contra la vida, aquellos que quitan la vida, a través de sus distintas variedades o tipos, como el homicidio simple, calificado (asesinato), parricidio, infanticidio, feminicidio, homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, homicidio piadoso, son irreparables, pues una muerte es un delito que es perseguido póstumamente, puesto que ¿siendo ya muerto el agraviado, para qué le sirve al occiso que dicha conducta sea calificada como delito o no? Esto muestra que el delito contra la vida (Homicidio) ya no es una tipificación o sanción para sancionar el hecho, sino para proteger el presente y futuro de los que quedan supervivientes. No tendría razón de ser castigar a alguien si sólo fuera por su acto homicida, sino fuera para darle la posibilidad de supervivencia a los demás, pero sin olvidar a quien haya sido muerto.

Los delitos contra la vida son aquellas conductas que -venciendo las estructuras básicas de la vida- cortan, anulan la vida. Hay una trasgresión primera a la naturaleza, a lo físico, puesto que siendo el cuerpo un sistema físico temporal necesita para que ocurra el homicidio que la muerte no sea natural -en su tiempo y momento natural-, sino que una fuerza externa e irresistible, la corte o anule. Así, por ejemplo, un cuchillazo al corazón no es un asesinato en sí, sino que son “los motivos de la conducta del homicida” lo que hacen al homicidio su tipología, asesinato, feminicidio, etc. La sociedad -un grupo pequeño de ellos llamados congresistas- han tipificado las diversas conductas atentatorias e ilícitas contra la vida.

Los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, se clasifican en: 1) **Homicidio**: homicidio simple, parricidio, homicidio calificado (asesinato), homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso; 2) **Aborto**: Autoaborto, aborto consentido, aborto sin consentimiento, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto sentimental y eugenésico; 3) **Lesiones**: Lesiones graves, leves, preterintencionales con resultado fortuito, culposas; 4) **Exposición a peligro o abandono de personas en peligro**: Exposición o abandono peligroso, omisión de socorro y exposición a peligro, omisión de auxilio o aviso a la autoridad, exposición a peligro de persona dependiente. De esta forma el Homicidio es en términos sintéticos: matar a una persona.

### **Propuesta.-**

En caso de los homicidios se propone que los homicidas además de cumplir con pena privativa de la libertad (cárcel) efectiva, tengan que pagar una reparación civil perpetua. Una mensualidad permanente a los deudos. Esto en mérito a que la muerte es perpetua y no podrá repararse dicho daño, entonces la sanción económica debe ser permanente.

## **2.- Delitos contra el honor**

Existe en el Código Penal un grupo de delitos que tienen por finalidad castigar aquellos atentados, violaciones al honor; y por honor se entiende dos rangos de ego (el ego personal y el ego público). El Delito de honor ofende u agravia la vanidad del individuo. Los tipos de agravio a

la vanidad pueden ser: calumnia, difamación, injuria; pueden ser a la vanidad privada o a la vanidad pública. El honor es el respeto al ego y a la vanidad del individuo. Este tipo de delitos, de iniciativa privada, ha sido voceada para ser trasladada al ámbito del Derecho Privado, el Derecho Civil o Administrativo.

Los delitos contra el honor se clasifican en las siguientes modalidades: 1) Injuria (“persona que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho”. Art. 130 CP); 2) Calumnia (Atribuye falsamente a otro un delito, Art. 131 CP); 3) Difamación (atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o reputación, ante varias personas reunidas o separadas, pero que pueda difundirse la noticia, art. 132 CP); 4) Difamación o injuria encubierta o equívoca; 5) Injurias recíprocas.

### **Propuesta.-**

Los delitos contra el honor deben ser trasladados al derecho administrativo, para que sean conocidos en vía administrativa y no penal. Los delitos contra el honor no deben ser considerados delitos sino infracciones, y deberían poder ser resueltos en vías alternativas, y en las notarías. Esto generará descarga procesal en esta área. Las sanciones serán eminentemente económicas, que cumplirán la función de resarcir el honor del agraviado.

### **3.- Delitos contra la familia**

La familia es siempre una construcción social. En el incanato era utilizado como un método productivo, de

subordinación y aumento del poder estatal (los indígenas incas, cuando se querían rebelar contra el poder del Inca optaban por el aborto, por no concebir o traer nueva prole. Aquello suponía una grave afectación a la maquinaria de productividad de riqueza del Imperio Incaico, porque cada nuevo ser era una mano de obra). La familia es una forma microscópica del Estado.

El diccionario Omeba explica que en la familia existe “una actividad sexual seleccionada y estable”, reconocida oficialmente; pero la familia significa más una forma microscópica del Estado, una forma de organización social; por eso su protección es no sólo a la perpetuidad de la especie, sino al establecimiento del “orden”, que como dijera Goethe, es preferible tenerla, porque donde hay orden habrá un grado de justicia y de injusticia, pero donde no hay orden no habrá posibilidad siquiera de justicia.

La familia es, a la vez, una muestra o prueba de la inmortalidad del ser humano, la posibilidad de la inmortalidad, a través de la transmisión de parte del ser para la conformación de otros seres que tienen en su esencia al primer ser; a esto se le llama “inmortalidad”, posibilidad de trascender más allá de la muerte; la familia se vuelve una noción metafísica; de aquí la importancia de su protección.

Los delitos contra la familia: I.- Matrimonios ilegales: 1) Bigamia, 2) Matrimonio con persona casada, 3) Autorización ilegal de matrimonio, 4) Inobservancia de formalidades legales; II.- Delitos contra el Estado Civil:

1) Alteración o supresión del estado civil, 2) Fingimiento de embarazo o parto, 3) Alteración o supresión de la filiación de menor; III.- Atentado contra la patria potestad: 1) Sustracción de menor, 2) Inducción a la fuga de menor; IV.- Omisión de Asistencia Familiar: 1) Omisión de prestación de alimentos, 2) Abandono de mujer gestante y en situación crítica.

### **Propuesta.-**

Se propone que los procesos sobre matrimonios ilegales, bigamia, matrimonio con persona casada, autorización ilegal de matrimonio, inobservancia de formalidades legales, fingimiento de embarazo o parto, sean considerados infracciones administrativas y se resuelvan ante vías alternas o notarías. Las sanciones deben ser económicas. Esto permitirá la descarga procesal y social.

Proponemos que en todos los tipos de atentados contra la familia se imponga siempre una sanción económica al imputado a favor del agraviado.

### **4.- Delitos contra la libertad**

Los delitos contra la Libertad son los más estudiados, puesto que parecen expresar el culmen de la vida humana, definen a la persona y a la sociedad. Kant diría en el capítulo “¿Qué es la Ilustración?”, de su libro “Filosofía de la Historia”, que la libertad se podía encontrar con la «mayoría de edad», es decir, con la capacidad para autosostenerse, para ser autónomo, autosuficiente. Autores perspicaces como John Stuart Mill, con su libro: “Sobre la Libertad”, o en nuestro

medio, el clásico libro de un filósofo del Derecho, Fernández Sessarego, con su libro, “El Derecho como Libertad”, quien parte de su tesis sobre la Teoría Tridimensional del Derecho, explican claramente la importancia de la libertad, aquella “capacidad para elegir”: “conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica”. La voluntad impone que la conducta se inicie en la conciencia del agente; de esta forma, si no hay voluntad no puede haber libertad.

Así, la Libertad es aquella “conducta, conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica”; pero ella no se encuentra o experimenta en solitario, no puede desprenderse de otros factores o variables; así, cuando se priva de la libertad, sea esta de libertad de locomoción, tránsito, o de cualquier otro tipo de elección y selección, se afecta siempre otros derechos, como la vida, la salud u otros. Por eso los delitos contra la libertad siempre afectarán a todo un sistema de derechos adheridos a aquel.

Los delitos contra la Libertad son: I.- Violación de la libertad personal: 1) Coacción, 2) Secuestro, 3) Retención o traslado de menor de edad o de persona incapaz; II.- Violación de la Intimidad: 1) violación de la intimidad, 2) Revelación de la intimidad personal y familiar; 3) Uso indebido de archivos computarizados; III.- Violación de domicilio: 1) Violación de domicilio, 2) Allanamiento ilegal de domicilio; IV.-Violación del Secreto de las comunicaciones: 1)Violación de correspondencia, 2) Interferencia telefónica, 3) Supresión o extravío indebido de correspondencia; 4)

Publicación indebida de correspondencia. V.- Violación del Secreto Profesional; VI.- Violación de la Libertad de Reunión: 1) Perturbación de reunión pública; 2) Prohibición de reunión pública lícita por funcionario público; VII.- Violación de la Libertad de Trabajo: 1) Atentado contra la libertad de trabajo y asociación, VIII.- Violación de la Libertad de Expresión: 1) Violación de la libertad de expresión; IX.- Violación de la Libertad Sexual: 1) Violación sexual, 2) Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, 3) Violación de persona en incapacidad de resistencia, 4) Violación sexual de menor de catorce años de edad, 5) Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, 6) Violación de persona bajo autoridad o vigilancia; 7) Seducción (Derogación tácita), 8) Actos contra el pudor, 9) Actos contra el pudor en menores. X.- Proxenetismo: Favorecimiento a la prostitución, Usuario-cliente, Rufianismo, Proxenetismo, Turismo sexual infantil, Trata de personas; Ofensas al pudor público: Publicación en los medios de comunicación, y otras.

**Propuesta.-** Proponemos que en todos estos delitos se agregue una sanción económica efectiva a favor del agraviado (a).

## **5.- Delitos contra el patrimonio**

Los delitos contra el patrimonio conducen a una repregunta sobre las penas a aquellas: ¿es o puede sustentarse -en un Estado moderno-, o equipararse un objeto, patrimonio, con la libertad? ¿Puede meterse a la cárcel a una persona por haber robado, hurtado,

apropiado, receptado, etc., un objeto patrimonial? A nuestro parecer aquí existe un problema de proporcionalidad. No hay correspondencia entre objeto y sujeto; así, los delitos contra el patrimonio son en realidad contra la riqueza del agraviado, que se representa en sus bienes patrimoniales. Los patrimonios tienen su origen en la propiedad.

Los delitos contra el patrimonio son: 1) Hurto, 2) Robo; 3) Abigeato; 4) Apropiación Ilícita; 5) Receptación; 6) Estafa; 7) Fraude en la administración de personas jurídicas; 8) Extorsión; 9) Usurpación; 10) Daños; 11) Delitos informáticos.

### **Propuesta.-**

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado.

## **6.- Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios**

Entre estos delitos encontramos a los atentados contra el sistema crediticio, Libramiento y cobro indebido, Usura. Este último llama nuestra atención, pues encontramos un libro sobre dicho tema, escrito por el listísimo filósofo inglés Jeremy Bentham, libro titulado: "En defensa de la usura", que tiene un texto sorprendente por decir lo menos.

Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios tienen las siguientes modalidades: 1) Atentados contra el sistema crediticio; 2) Usura; 3) Libramiento y cobro indebido.

**Propuesta.-**

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado.

**7.- Delitos contra los derechos intelectuales**

Las modalidades de los delitos contra los derechos intelectuales son: 1) Delitos contra los derechos de autor; 2) Delitos contra la propiedad industrial.

Los delitos contra los derechos de autor tiene las siguientes modalidades: 1) Copia o reproducción no autorizada; 2) Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor; 3) Plagio; 4) Elusión de medida tecnológica efectiva; 5) Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas; 6) Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas; 7) Delitos contra la información sobre gestión de derechos; 8) Etiquetas, carátulas o empaques no auténticas; 9) Manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador.

Los delitos contra la propiedad industrial tiene las siguientes modalidades: 1) Fabricación o uso no autorizado de patente; 2) Clonación o adulteración de terminales de telecomunicaciones; 3) Uso o venta no autorizada de diseño o modelo industrial.

**Propuesta.-**

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado. Y que se

conviertan en infracciones administrativas este tipo de hechos.

## **8.- Delitos contra el patrimonio cultural**

El caso más resaltante fue aquella que hicieron unos irresponsables integrantes de una ONG ambientalista, para mostrar sus mensajes, cerca de las Líneas de Nazca, aquellas que hicieron en las rocas de Cusco; así también aquellas otras hechas por unos chilenos en el *Paseo Cívico* de Tacna, al pie de las estatuas de los héroes Miguel Grau y Bolognesi, al miccionar en sus pies.

Los delitos contra el patrimonio cultural tiene las siguientes modalidades: 1) Atentados contra monumentos arqueológicos; 2) Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos; 3) Extracción ilegal de bienes culturales; 4) Omisión de deberes de funcionarios públicos; 5) Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales.

### **Propuesta.-**

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado que en este caso es el Estado.

## **9.- Delitos contra el orden económico**

Los delitos contra el orden económico tienen las siguientes modalidades: 1) Abuso del poder económico; 2) Acaparamiento; 3) Especulación; 4) Adulteración; 5) Venta ilícita de mercaderías; 6) Informaciones falsas sobre calidad de productos; 7) Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos; 8) Rehusamiento a

prestar información económica, industrial o comercial; 9) Subvaluación de mercaderías adquiridas con tipo de cambio preferencial; 10) Funcionamiento ilegal de casinos de juego; 11) Desempeño de actividades no autorizadas; 12) Funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

### **10.- Delitos contra el orden financiero y monetario**

Los Delitos Financieros tienen las siguientes modalidades: 1) Concentración crediticia; 2) Ocultamiento, omisión o falsedad de información; 3) Falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores; 4) Instituciones financieras ilegales; 5) Financiamiento por medio de información fraudulenta; 6) Financiamiento por medio de información fraudulenta; 7) Condicionamiento de créditos; 8) Pánico Financiero; 9) Omisión de las provisiones específicas; 10) Desvío fraudulento de crédito promocional; 11) Uso indebido de información privilegiada; 12) Manipulación de precios en el mercado de valores.

Los delitos monetarios tienen las siguientes modalidades: 1) Fabricación y falsificación de moneda de curso legal; 2) Alteración de la moneda de curso legal; 3) Tráfico de moneda falsa; 4) Fabricación o introducción en el territorio de la República de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas; 5) Alteración de billetes o monedas; 6) Emisión ilegal de billetes; 7) Uso ilegal de divisas; 8) Retención indebida de divisas.

## **11.- Delitos tributarios**

Dentro de los delitos tributarios tenemos las siguientes modalidades: 1) Los delitos de defraudación fiscal; 2) Delitos de defraudación tributaria; 3) Elaboración y comercio clandestino de productos: a) Elaboración clandestina de productos; b) Comercio clandestino.

## **12.- Delitos contra la seguridad pública**

Los Delitos contra la seguridad pública tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de peligro común; 2) Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos; 3) Delitos contra la salud pública; 4) Delitos contra el orden migratorio.

**a) Delitos de peligro común:** 1) Peligro por medio de incendio o explosión; 2) Conducción en estado de ebriedad o drogadicción; 3) Manipulación en estado de ebriedad o drogadicción; 4) Estragos especiales; 5) Daños de obras para la defensa común; 5) Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos; 6) Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas; 7) Sustracción o arrebató de armas de fuego; 8) Tráfico de productos pirotécnicos; 9) Empleo, producción y transferencia de minas antipersonales; 10) Ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de omnibuses sobre chasis de camión; 11) Uso de armas en estado de ebriedad o drogadicción; 12) Fabricación, comercialización, uso o porte de armas.

**b) Los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos** tiene las siguientes modalidades: 1) Atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación; 2) Atentado contra la seguridad común; 3) Entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos; 4) Abandono de servicio de transporte; 5) Sustitución o impedimento de funciones en medio de transporte.

**c) Los delitos contra la salud pública** tiene las siguientes modalidades: 1) Delitos de contaminación y propagación; 2) Tráfico Ilícito de Drogas.

Los delitos de contaminación y propagación tienen las siguientes modalidades: 1) Contaminación o adulteración de bienes o insumos destinados al uso o consumo humano y alteración de la fecha de vencimiento; 2) Contaminación o adulteración de alimentos o bebidas y alteración de la fecha de vencimiento; 3) Producción, comercialización o tráfico ilícito de alimentos y otros productos destinados al uso o consumo humano; 4) Uso de productos tóxicos o peligrosos; 5) Producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales; 6) Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa; 7) Ejercicio ilegal de la medicina; 8) Ejercicio malicioso y desleal de la medicina; 9) Violación de medicinas sanitarias; 10) Venta de animales de consumo peligroso; 11) Suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios; 12) Falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios; 13) Comercialización

de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios sin garantía de buen estado.

Los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, tienen las siguientes modalidades: 1) Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros; 2) Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva; 3) Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados; 4) Penalización de la resiembra; 5) Microcomercialización o microproducción de drogas; 6) Posesión no punible; 7) Suministro indebido de droga; 8) Coacción al consumo de droga; 9) Inducción o instigación al consumo de droga;

#### **d) Delitos contra el orden migratorio.-**

Las modalidades de los delitos contra el orden migratorio son: 1) Tráfico ilícito de personas; 2) Tráfico ilícito de migrantes.

### **13.- Delitos ambientales**

Los Delitos ambientales tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de contaminación; 2) Delitos contra los recursos naturales; 3) Los Delitos de responsabilidad funcional e información falsa.

Delitos de contaminación tienen las siguientes modalidades: 1) Contaminación del medio ambiente; 2) Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos; 3) Tráfico ilegal de residuos peligrosos; 4) Delito de minería ilegal; 5) Delito de financiamiento de la minería ilegal; 6) Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa; 7)

Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal.

Los Delitos contra los recursos naturales tienen las siguientes modalidades: 1) Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre; 2) Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre; 3) Extracción ilegal de especies acuáticas; 4) Depredación de flora y fauna silvestre; 5) Tráfico ilegal de recursos genéticos; 6) Delitos contra los bosques o formaciones boscosas; 7) Tráfico ilegal de productos forestales maderables; 8) Utilización indebida de tierras agrícolas; 9) Alteración del ambiente o paisaje.

Los Delitos de responsabilidad funcional e información falsa, tiene las siguientes modalidades: 1) Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos; 2) Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas; 3) Responsabilidad por información falsa contenida en informes.

#### **14.- Delitos contra la tranquilidad pública**

Los delitos contra la paz pública tiene las siguientes modalidades: 1) Disturbios; 2) Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública; 3) Apología; 4) Apología del delito de terrorismo; 5) Organización Criminal; 6) Marcaje o reglaje; 7) Banda Criminal; 8) Ofensas a la memoria de los muertos; 9) Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos.

## **15.- Delitos contra la humanidad**

Los delitos contra la humanidad tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de Genocidio; 2) Delito de desaparición forzada: a) Desaparición forzada de personas; Delito de tortura: a) Tortura; b) Cooperación de profesional; 3) Delito de Discriminación: a) Delito de discriminación e incitación a la discriminación; 4) Delito de Manipulación Genética.

## **16.- Delitos contra el Estado y la defensa nacional**

**Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria:** 1) Atentado contra la integridad nacional; 2) Participación en grupo armado dirigido por extranjero; 3) Destrucción o alteración de hitos fronterizos; 4) Inteligencia desleal con Estado extranjero; 5) Revelación de secretos nacionales; 6) Espionaje; 7) Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado; 8) Provocación pública a la desobediencia militar.

**Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado:** 1) Violación de inmunidad de Jefe de Estado o de Agente Diplomático; 2) Atentado contra persona que goza de protección internacional; 3) Violación de la soberanía extranjera; 4) Conjuración contra un Estado extranjero; 5) Actos hostiles contra Estado extranjero; 6) Violación de Tratados o Convenciones de Paz; 7) Espionaje militar en perjuicio de Estado extranjero; 8) Ejecución de actos de autoridad

extranjera en el territorio nacional; 9) Actos de hostilidad ordenados por beligerantes.

**Delitos contra los símbolos y valores de la patria:** 1) Ultraje a símbolos, próceres o héroes de la Patria; 2) Actos de menosprecio contra los símbolos, próceres o héroes patrios.

### **17.- Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional**

**Rebelión, sedición y motín:** 1) Delito de Rebelión; 2) Delito de Sedición, 3) Delito de motín; 4) Conspiración para una rebelión, sedición o motín; 5) Seducción, usurpación y retención ilegal de mando; 6) Exención de la pena y responsabilidad de promotores; 7) Omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín.

### **18.- Delitos contra la voluntad popular**

Delitos contra el derecho de sufragio: 1) Perturbación o impedimento de proceso electoral; 2) Impedimento del ejercicio de derecho de sufragio; 3) Inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado; 4) Suplantación de votante; 5) Publicidad ilegal del sentido del voto; 6) Atentados contra el derecho de sufragio.

### **19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**SECCION I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES:** 1) Usurpación de función pública; 2) Ostentación de distintivos de función o cargos que no

ejerce; 3) Ejercicio ilegal de profesión; 4) Participación en ejercicio ilegal de la profesión.

## **SECCION**

**II:**

### **VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:**

1) Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2) Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3) Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4) Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; 5) Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión; 6) Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; 7) Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 8) Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 9) Violencia contra autoridades elegidas; 10) atentado contra la conservación e identidad de objeto; 11) Negativa a colaborar con la administración de justicia; 12) atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso; 13) Sustracción de objetos requisados por autoridad.

**SECCION III DESACATO:** 1) Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.

## **CAPITULO II: DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS**

**SECCION I: ABUSO DE AUTORIDAD:** 1) Abuso de autoridad; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3) Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles; 4) Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 5) Denegación o deficiente apoyo policial; 6) Requerimiento indebido de la fuerza pública; 7) Abandono de cargo; 8) Nombramiento o aceptación ilegal.

**SECCION II: CONCUSION:** 1) Concusión; 2) Cobro indebido; 3) Colusión simple y agravada; 4) Patrocinio ilegal; 5) Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares.

**SECCION III: PECULADO:** 1) Peculado doloso; 2) Peculado culposo; 3) Peculado de uso; 4) Malversación; 5) Retardo injustificado de pago; 6) Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia; 7) Extensión del tipo.

**SECCION IV: CORRUPCION DE FUNCIONARIOS:** 1) Cohecho pasivo propio; 2) Soborno internacional pasivo; 3) Cohecho pasivo impropio; 4) Cohecho pasivo específico; 5) Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; 6) Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial; 7) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 8) Cohecho activo genérico; 9) Cohecho activo transnacional; 10) Cohecho activo

específico; 11) Cohecho activo en el ámbito de la función policial; 12) Tráfico de influencias; 13) Enriquecimiento ilícito.

### **CAPITULO III: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

**SECCION I: DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL:** 1) *Denuncia calumniosa*; 2) Ocultamiento de menor a las investigaciones; 3) Encubrimiento personal; 4) Encubrimiento real) 5) Excusa absolutoria; 6) Omisión de denuncia; 7) Fuga del lugar del accidente de tránsito; 8) Falsedad en juicio; 9) Obstrucción de la justicia; 10) Revelación indebida de identidad; 11) Avocamiento ilegal de proceso en trámite; 12) Falsa declaración en procedimiento administrativo; 13) Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial; 14) Evasión mediante violencia o amenaza; 15) Favorecimiento a la fuga; 16) Amotinamiento de detenido o interno; 17) Fraude procesal; 18) Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano; 18) Insolvencia provocada.

**SECCION II: PREVARICATO:** 1) Prevaricato; 2) Detención ilegal; 3) Prohibición de conocer un proceso que patrocinó; 4) Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial.

**SECCION III: DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA:** 1) Negativa a administrar justicia; 2) Negativa al

cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales; 3) Omisión de ejercicio de la acción penal.

## **20.- Delitos contra la fe pública**

**CAPITULO I: FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN GENERAL:** 1) Falsificación de documentos; 2) Falsedad ideológica; 3) Falsedad en el reporte de los volúmenes de pesca capturados; 4) Omisión de consignar declaraciones en documentos; 5) Supresión, destrucción u ocultamiento de documentos; 6) Expedición de certificado médico falso.

**CAPITULO II: FALSIFICACION DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS OFICIALES:** 1) Fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales; 2) Fabricación fraudulenta o falsificación de marcas o contraseñas oficiales; 3) Falsedad genérica; 4) Fabricación o tenencia de instrumentos para falsificar.

## **SECCIÓN VI: EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

### **EL PREDICTAMEN DEL CONGRESO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

El jueves 12 de mayo del 2016, una noticia remecía silenciosamente el país: se debatía la aprobación del pre dictamen del nuevo Código Penal, reformando, actualizando, corrigiendo, ampliando, reduciendo, el anterior Código Penal peruano, publicado en el año 1991. Leer el Pre Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del periodo anual de sesiones 2014, 2015 del Congreso, es realmente complejo, pues son ciento cincuenta y dos proyectos de ley que a esa fecha presentaban los congresistas para modificar el código penal. La Comisión de Justicia tuvo que trabajar, revisar, los proyectos de Ley presentados por los congresistas respecto a modificaciones al Código Penal, y luego ha construido un texto sustitutorio y propuesto la Ley del Nuevo Código Penal.

Según el Predictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, los Proyectos de Ley en mención son: Proyecto de Ley N° 163/2011-CR, 183/2011-CR, 260/2011-CR, 266/2011-CR, 345/2011-CR, 396/2011-CR, 459/2011-CR, 704/2011-CR, 709/2011-CR, 777/2001-CR, 902/2011-CR, 996/2011-CR, 1061/2011-CR, 1063/2011-CR, 1075/2011-CR, 1078/2011-CR, 1107/2011-CR, 1111/2011-CR, 1127/2011-CR, 1131/2011-CR, 1314/2011-CR, 1318/2011-CR, 1350/2011-CR, 1403/2012-CR,

1406/2012- CR, 1417/2012-CR, 1425/2012-CR,  
1563/2012-CR, 1569/2012-CR, 1570/2012-CR,  
1571/2012-CR, 1588/2012-CR, 1599/2012-CR,  
1615/2012-CR, 1622/2012-CR, 1630/2012-CR,  
1637/2021-CR, 1687/2012-CR, 1688/2012-CR,  
1691/2012- CR, 1707/2012-CR, 1712/2012-CR,  
1725/2012-CR, 1772/2012-GR, 1828/2012-CR,  
1831/2012-PE, 1881/2012-CR, 1931/2012-CR,  
1945/2012-CR, 2031/2012-CR, 2047/2012-CR,  
2050/2012-CR, 2053/2012-CR, 2095/2012-CR,  
2127/2012-CR, 2131/2012-CR, 2150/2012-CR,  
2193/2012-CR, 2213-2012-CR, 2225/2012-CR,  
2227/2012-CR, 2230/2012- CR, 2231/2012-CR,  
2241/2012-CR, 2246/2012-CR, 2296/2012-CR,  
2384/2012-CR, 2444/2012-CR, 2450/2012-GL,  
2509/2012-CR, 2530/2013-CG, 2557/2013-CR,  
2582/2013-CR, 2583/2013-CR, 2719/2013-CR,  
2733/2013-CR, 2744/2013- CR, 2797/2013-CR,  
2841/2013-CR, 2859/2013-CR, 2862/2013-CR,  
2935/2013-CR, 2965/2013-CR, 3059/2013-CR,  
3071/2013-CR, 3077/2013-CR, 3138/2013-CR,  
3155/2013-CR, 3179/2013-CR, 3181/2013-CR,  
3182/2013-CR, 3232/2013- CR, 3266/2013-CR,  
3268/2013-CR, 3304/2013-CR, 3305/2013-CR,  
3306/2013-CR, 3313/2013-CR, 3334/2013-CR,  
3382/2013-CR, 3383/2013-CR, 3409/2013-CR,  
3428/2013-CR, 3449/2013-CR, 3454/2013-PE,  
3474/2013-CR, 3476/2013- CR, 3485/2013-CR,  
3491/2013-CR, 3497/2013-CR, 3499/2013-CR,  
3500/2013-CR, 3539/2013-CR, 3540/2013-CR,  
3541/2013-CR, 3575/2013-CR, 3579/2013-CR,  
3586/2013-CR, 3589/2013-CR, 3590/2013-CR,

3628/2013-CR, 3629/2013- CR, 3657/2013-CR, 3674/2013-CR, 3684/2013-CR, 3696/2014-CR, 3724/2014-CR, 3725/2014-CR, 3778/2014-CR, 2014-/3779/2014-CR, 3833/2014-CR, 3845/2014-CR, 3876/2014-CR, 3883/2014-CR, 3896/2014-CR, 3909/2014-CR, 3914 2014-CR,/2014-CR, 3980/2014-CR, 3966/2014-CR, 3963/2014-CR, 3962/2014-CR, 3957/2014-CR, 3947/CR, 3929 2014-/2014-CR y 4038/2014-CR, 4032/2014-CR, 4030/3993/2014-CR, 4000/2014-CR, 4001/2014-CR, 4004-2014-CR, 4029 CR.

Los proyectos de Ley del legislativo, enunciados, tienen diverso contenido; así proponen, entre otros proyectos de ley: 1) La ley de protección del consumidor de la concertación de precios y sanción penal de las conductas atentatorias contra la libre competencia; 2) El proyecto de ley de incorporación de inhabilitación perpetua, incremento de la pena al delito de violencia y resistencia a la autoridad; 3) La tipificación del delito de retardo en la administración de justicia; 4) El proyecto de ley que deroga los delitos cometidos por medio de la prensa u otro medio de comunicación social; 5) La represión del delito de especulación y direccionamiento en la venta de textos escolares; 6) La ley de “Tolerancia Cero a la conducción en estado de ebriedad”; 7) La ley de declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de violación contra menores de edad; 8) La ley del establecimiento de modalidades especiales del delito de traición a la patria en tiempos de paz; 9) El proyecto de ley del establecimiento de penalidad para los delitos de Terrorismo y los procedimientos para la Investigación,

la Instrucción y el Juicio; 10) El proyecto de Ley que sanciona el sicariato de menores como adultos; 11) El proyecto de Ley que crea los tipos penales de adulteración de insumos agrarios y comercialización de insumos agrarios prohibidos; 12) El proyecto de ley de ampliación de las penas y sanción de inhabilitación perpetua a los conductores que manipulando vehículo automotor en estado de ebriedad o drogadicción causan la muerte de la víctima; 13) Ley que incorpora en el Código Penal la figura del delito previsional; 14) La Ley que tipifica el delito de injuria racista, modificando el artículo 130 del Código Penal; 15) La Ley que regula las faltas a la persona, las constantes amenazas, amedrentamientos, hostilizaciones o agresiones con gestos obscenos o de palabra; 16) El proyecto de Ley que modifica el delito de apología y establece agravantes para el delito de apología al terrorismo; 17) El proyecto de Ley que modifica el artículo 296 del Código Penal y penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos; 18) El proyecto de Ley que penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en espacios públicos o abiertos al público o en presencia de menores de edad; 19) El proyecto de Ley que modifica el artículo 124 del Código Penal, lesiones culposas, incrementando las penas; 20) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, extendiendo el delito de prevaricato a los miembros de los tribunales administrativos o de los órganos colegiados, así como a los notarios que emitan resoluciones y/o actos contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita

pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas; 21) El proyecto de Ley de seguridad turística; 22) El proyecto de Ley que modifica los artículos 58 y 64 del Código Penal, incluyendo el pago de la reparación civil como regla de conducta; 23) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 274-B del Código Penal, ampliando la punibilidad a los acompañantes de los conductores en estado de ebriedad o drogadicción; 24) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 25) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 26) El proyecto de Ley que modifica el artículo 111 del Código Penal con la finalidad de agravar la pena en razón de las víctimas y reafirma la responsabilidad institucional en los delitos cometidos; 27) El proyecto mediante el cual se propone la Ley que sanciona el uso de niñas, niños y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado; 28) El proyecto de Ley que incorpora los delitos de minería ilegal del Código Penal en la Ley contra el Crimen Organizado; 29) El proyecto de Ley que regula los alcances de la imposición de la reparación civil en el marco normativo penal; 30) La Ley que modifica el artículo 36 y 38 del Código Penal, estableciendo la duplicidad del plazo de la inhabilitación para los sentenciados comprendidos en los artículos del 376 al 401 del Código Penal; 31) El proyecto de ley que propone incorporar los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos y sancionan los

actos de crueldad que se ejercen contra los animales; 32) El proyecto de Ley que reforma el delito de extorsión en el Código Penal; 33) El proyecto de Ley que modifica el Título XIV, Capítulo I del Código Penal e incorpora al artículo 315 B, que sanciona delitos cometidos en espectáculos masivos; 34) El proyecto de Ley de Prevención, Atención y Sanción del Acoso Sexual en los espacios públicos y de reforma del Código Penal, modificando los artículos 176, 176-A, 183 y 450 del Código Penal; 35) El Proyecto de ley para la creación de los Juzgados de vigilancia penitenciaria al sistema de ejecución penal; 36) Proyecto que propone incorporar al Código Penal la Ley que sanciona el acoso laboral; 37) Proyecto de ley que sanciona a funcionarios públicos que permiten el delito de usurpación agravada; 38) Proyecto de ley que dispone la eliminación de los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de corrupción; 39) Proyecto de Ley que regula la gestión de intereses y prohíbe la gestión indebida ante la administración pública; 40) Proyecto de Ley que incorpora al Código Penal el delito de explotación de menores de edad e incrementa pena del delito de exposición a peligro de persona dependiente; 41) Proyecto de Ley que determina el comiso de los bienes utilizados en trata de personas; 42) Proyecto de Ley que modifica los artículos 176 y 176-A del Código Penal, por el que incorpora el delito de acoso sexual callejero; 43) Proyecto de ley que sanciona a los que usan a menores de edad para cometer el delito de asesinato por lucro; 44) Proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de ejercicio ilegal de

la gestión de intereses en la administración pública; 45) Proyecto de ley que incorpora el delito de aborto culposo y modifica el artículo 124-A del Código Penal; 46) Proyecto de ley que incorpora el delito de perjurio en el Código Penal; 47) Proyecto de ley que modifica el numeral 8 del artículo 359 del Código Penal, a fin de sancionar con mayor severidad a quien promueva y financie la trashumancia electoral o “voto golondrino”; 48) Proyecto de Ley que modifica los artículos 1 y 10 de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, con el fin de evitar que se sancione injustamente conductas no dolosas; 49) Se propone Ley que modifica el Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; 50) Se propone la Ley que incorpora el inciso 12 al artículo 186 del Código Penal, que incorpora como circunstancia agravante del delito de robo y hurto de turistas nacionales o extranjeros; 51) Se propone la Ley que modifica los artículos 20 y 22 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, referente a rebajar la edad para la imputabilidad restringida para aquellos adolescentes que se encuentran en el rango de los 15 hasta los 18 años; 52) Proyecto de Ley que modifica el artículo 425 del Código Penal, que considera como funcionario o servidor público a los árbitros en los procesos arbitrales cuyas actuaciones decidan controversias derivadas de las contrataciones públicas; 53) Proyecto de Ley que amplía la protección de la legítima defensa; 54) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 321-A que regula el delito de tratos crueles,

inhumanos o degradantes; entre otros proyectos presentados por los legisladores.

### **Sanciones desproporcionadas y contradictorias:**

El Predictamen con el texto sustitutorio de la Ley del Nuevo Código Penal no ha logrado el consenso necesario para ser publicada, e incluso el Ejecutivo observó algunos aspectos como el tema de la «*proporcionalidad*» de las penas, que serían divergentes, y «*desproporcionales*» en distintos tipos de delitos. En la pág. Web de Radio Programas del Perú (RPP) (<http://rpp.pe/politica/congreso/por-que-el-nuevo-codigo-penal-genera-tanta-polemica-noticia-960228>), se publicaba un artículo denominado: «¿*Por qué el nuevo Código Penal genera tanta polémica?*». Dicho artículo fechado el 07 de mayo del 2016 – 10:45 AM, ensaya una explicación al respecto. Reseña que el Ejecutivo ha observado que en la Nueva Ley del Código Penal existirían deficiencias como la falta de *proporcionalidad* en la sanción en varios tipos delictivos; así por ejemplo: 1) Desproporción de sanciones entre el delito de Sicariato (cadena perpetua) y el de Genocidio (35 años de pena privativa de la libertad -ppl); 2) Evidenciar la desproporción de sanción del delito de “robo agravado” que tiene una pena mayor que el de “violación sexual”; 3) La desproporción que tiene el delito de “Tortura” (5 a 10 años de ppl), y el de “Lesiones leves agravadas (14 años); 4) Así también el delito de “Asesinato a miembros de la PNP, FF.AA, magistrados, fiscales, autoridades elegidas y otros” prescribe de 25 a 35 años ppl, con el actual código penal, “mientras que con el nuevo

proyecto de código penal la sanción sería de 20 a 35 años de ppl; 5) A su vez, las *Lesiones graves seguidas de muerte* en el actual Código Penal se sanciona con pena de 15 a 20 años, mientras que con el nuevo Código Penal sería de 12 a 15 años ppl. 6) Además, sobre el “*Terrorismo* en la modalidad de afiliación terrorista la pena pasa de 20 a 15 años, y en la conspiración terrorista se disminuye la pena de 15 a 20 por la de 5 a 10 años de ppl”. 7) En los delitos de *abandono a menores* es de 2 a 3 años mientras que la exposición de un animal doméstico es de 4 años. 8) En el delito de chuponeo, interferencia de las comunicaciones, la pena prescrita es de 5 a 10, la misma que con el nuevo Código Penal sería de 4 a 6 años de ppl.

Mientras tanto Fernández Calvo señalaba que “la votación para aprobar la ley del nuevo Código Penal fue pospuesta, en mérito a la crítica del Ejecutivo de la desproporción en las penas de algunos tipos delictivos y retroceso en la disminución de las penas de otros tipos delictivos. El mismo artículo periodístico indica que las penas se han aumentado, así: a) El *feminicidio* con penas no menores de 15 años, se extendería a no menor de 25 años de ppl; b) El *parricidio* de 15 años pasaría a 25 años de ppl; c) Las *lesiones graves* pasaría de 8 a 10 años de ppl; d) El *homicidio* calificado pasaría de 15 años de ppl. a otra de 20 y 35 años ppl., etc.” (Fernández, 2016).

### **El matiz necesario para el nuevo Código Penal**

Los matices necesarios para la ley del nuevo Código Penal tienen que tener en cuenta: a) La *proporcionalidad* de la sanción con el delito cometido.

Esto no sólo supone hacer una tabla que pueda equilibrar la severidad de las sanciones en concordancia con los otros tipos delictivos (por ejemplo que el *robo agravado* no puede tener una pena superior a la que se le aplica al delito de *violación sexual*, etc.), sino que la proporcionalidad pueda observar el tipo delictivo con la sanción, es decir, si el delito es de robo simple (agravio en el patrimonio), no puede aplicarse una sanción que agravie la vida –que va adherida a la libertad– del imputado, delincuente, porque estas nociones, valores, objetos o bienes jurídicos no se corresponden, no son «equivalentes»; b) El nuevo Código Penal debe concordarse con la nueva legislación procesal penal, es decir, ser «*garantista*», que significa priorizar la defensa de los derechos fundamentales –como la vida y la libertad; c) Se debe precisar que el objetivo no es sólo la *sanción* sino la *disuasión* de los delitos, puesto que siendo la naturaleza de la normatividad penal esencialmente «el castigo», y en la antigüedad además incorporar la «subordinación» del ciudadano al orden público, en la actualidad la finalidad de las normas jurídicas penales debe generar otros efectos (resocialización, reincorporación, prevención, disuasión, etc.), así cada norma penal que indica una sanción, sea privativa de libertad, limitativa de derechos, etc., debe además incluir la indemnización a la víctima por el delito cometido y una deuda económica para con el Estado por el uso del sistema judicial por causa o culpa del delincuente; d) Incorporar los nuevos tipos delictivos, etc., entre otras.

Por último, lo claro y «necesario» es la urgencia de

publicar un nuevo Código Penal, modificado, corregido, ampliado, y trabajado en sus temas más importantes, como la proporcionalidad entre otros factores; no hacerlo comprometería el deber que tiene la sociedad, el Congreso, Ejecutivo, Poder Judicial, etc. en la lucha contra la delincuencia, permitiría y perpetuaría la delincuencia y la *impunidad*.

## RAZONAMIENTO 01

Es ridículo el Derecho Penal del castigo. Un sistema normativo completo para sancionar al delincuente como única prioridad, y del otro lado, un sistema para librar al imputado de cualquier responsabilidad penal y en consecuencia de la sanción penal. Pero el Derecho Penal nunca ha sido un signo de libertad sino un dominio de poder, una atribución para establecer el poder de sancionar y dominar. En la actualidad el Derecho Penal es ridículo porque busca lo no prioritario: sancionar al imputado, al culpable. Pongámoslo de otra forma. Se logra imponer la pena más alta al imputado, se lo confirma como delincuente, se le encierra en una prisión por la cantidad más elevada del tipo penal. ¿Esto es justicia? ¿Esto significa haber logrado justicia penal? La justicia no es una atribución propia, parte de los demás, de los que ostentan el poder; por eso administrar justicia es un acto de tiranía, aunque se la revista de necesidad. Y es que hasta el concepto base, clásico y eterno que se esbozan, como el de Ulpiano: “Justicia es dar a cada cual lo que le pertenece” es un error, porque si alguien le da a otro lo que le pertenece significa que tiene poder sobre aquello que le pertenece al otro. Esto es un contrasentido porque significaría que quien da “justicia” tiene el poder de decidir “dar” y por lo tanto tiene poder sobre la “pertenencia”. Justicia entonces debería ser “Respetar o devolver a cada quien lo que le corresponde” o “No

quitar a cada cual lo que le corresponde". Pero en el Derecho el concepto de justicia mismo implica una intromisión, un poder externo que se sobrepone sobre el individuo, ese externo es el juez, que tiene el poder de administrar justicia, qué posee por un mecanismo específico (en la antigüedad eran por la calidad de emperador, rey, o por haber comprado el título de juez, etc.). En Derecho Penal se pierde el tiempo en la sanción penal, debiendo por el contrario enfocarse en la reparación penal, que significa que se restaure el bien jurídico penal a la víctima -de ser posible- o su equivalente.



