



Percy García Caverro

DERECHO PENAL

Parte General

3ra edición corregida y actualizada

ideas
Solución Editorial

DERECHO PENAL - PARTE GENERAL

© PERCY GARCÍA CAVERO

© IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C.
Jr. Azángaro 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
RUC: 20550760143
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com

4ª reimpresión: setiembre 2022 - 1000 ejemplares
3ª reimpresión: mayo 2021 - 2000 ejemplares
2ª reimpresión: agosto 2019 - 1000 ejemplares
1ª reimpresión: junio 2019 - 1000 ejemplares
3ª edición corregida y actualizada: mayo 2019 - 1000 ejemplares
2ª edición: 2011
1ª edición: 2008
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2022-08297
ISBN Nº 978-612-47721-9-1
Proyecto Editorial Nº 31501012200470

Edición y corrección de estilo: Andres Sixto Fernandez Ñahui

Diseño y diagramación: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:
MARTELL ACABADOS GRÁFICOS E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos - Lima
RUC: 20605426558

Setiembre 2022

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

ÍNDICE

Prólogo a la tercera edición	27
Prólogo a la segunda edición	29
Prólogo	31
Abreviaturas	33

PRIMERA PARTE FUNDAMENTOS

CAPÍTULO I LAS CIENCIAS PENALES

I. INTRODUCCIÓN	39
II. LA CRIMINOLOGÍA	40
1. Las causas del delito	41
2. La definición del delito	44
3. La crítica a los procesos de criminalización	45
4. La importancia de la criminología para las otras ciencias penales	46
III. LAS CIENCIAS JURÍDICO-PENALES	48
1. El Derecho penal sustantivo: la dogmática jurídico-penal	48
A. Interpretación	50
B. Elaboración de categorías y conceptos generales	51
C. Sistematización	52
D. Crítica	53
2. El Derecho procesal penal	53

A. La Ciencia del Derecho procesal (penal).....	54
B. Las ciencias y disciplinas auxiliares	55
a. El Derecho judicial.....	55
b. La criminalística.....	56
c. La medicina legal y la psiquiatría forense.....	56
3. El Derecho penitenciario.....	57
IV. LA POLÍTICA CRIMINAL.....	58
V. EL DERECHO PENAL.....	60
1. Denominación	61
2. Concepto.....	61

CAPÍTULO 2

EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. INTRODUCCIÓN	63
II. LA LEY PENAL.....	63
1. El Código Penal	65
2. Las leyes penales	66
III. LA NORMA JURÍDICO-PENAL	68
1. La norma de conducta.....	68
2. La norma de sanción	72
IV. LAS LEYES SANCIONATORIAS NO PENALES.....	73

CAPÍTULO 3

EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. INTRODUCCIÓN	75
II. LA TEORÍA DE LA PENA.....	75
1. Las teorías absolutas de la pena.....	76
2. Las teorías relativas de la pena	80
A. Las teorías de la prevención	80
a. La prevención general.....	81
a.1) La prevención general negativa.....	81
a.2) La prevención general positiva.....	84
b. La prevención especial	87
c. Las teorías de la unión	89
B. La función de restabilización de la pena	91

3. Concepción propia sobre la función de la pena.....	95
A. Punto de partida.....	95
B. El concepto de persona.....	96
C. El restablecimiento de la vigencia de la norma infringida.....	97
D. Los límites a la función de la pena.....	98
III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	99
1. Función.....	99
2. El sistema de doble vía	102
IV. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA.....	104

CAPÍTULO 4

EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN	107
II. EL FUNDAMENTO DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	108
III. EL TITULAR DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	110
IV. LOS LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO	111
1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	113
A. Concepto de bien jurídico.....	114
B. El principio de lesividad	124
a. Los delitos de peligro abstracto	124
b. Los delitos de comportamiento	129
C. Hacia una comprensión diferenciada del bien jurídico y la reformulación de la lesividad.....	131
a. Los niveles analíticos del concepto de bien jurídico.....	131
b. La lesividad como defraudación de la norma.....	133
2. La <i>ultima ratio</i> o mínima intervención del Derecho penal	135
A. El principio de subsidiariedad	136
B. El principio de fragmentariedad	137
3. El principio de legalidad.....	137
A. Fundamento constitucional.....	139
B. Función en el sistema penal.....	141
C. Manifestaciones del principio de legalidad	143
a. La reserva de ley (<i>lex scripta</i>)	143
b. La taxatividad de la ley (<i>lex certa</i>).....	147

b.1)	La función del mandato de certeza o determinación.....	148
b.2)	La flexibilización del mandato de certeza o determinación .	150
c.	La prohibición de retroactividad (<i>lex praevia</i>).....	162
c.1.)	La irretroactividad de las leyes penales procesales y de ejecución.....	164
c.2)	La aplicación de las reglas sobre la vigencia temporal de la ley penal a las normas del Derecho administrativo sancionador	168
c.3)	La irretroactividad en el caso de las medidas de seguridad ..	168
d.	La prohibición de analogía (<i>lex stricta</i>).....	169
d.1)	La analogía prohibida y la analogía permitida.....	170
d.2)	La analogía permitida <i>in bonam partem</i>	172
d.3)	La analogía <i>intra legem</i>	173
4.	El principio de culpabilidad	174
A.	La función de la culpabilidad	174
B.	Culpabilidad de acto	177
C.	Las manifestaciones del principio de culpabilidad	180
a.	La imputación subjetiva.....	180
b.	El sujeto responsable.....	182
5.	El principio de proporcionalidad de las penas	182
A.	La regulación legal.....	183
B.	El principio de proporcionalidad y la función del Derecho penal	186
C.	Las manifestaciones del principio de proporcionalidad de las penas	188
a.	La proporcionalidad abstracta.....	189
b.	La proporcionalidad concreta	192
D.	Los parámetros de la proporcionalidad.....	193
a.	La gravedad del hecho delictivo	194
b.	La gravedad de la pena.....	195
E.	La proporcionalidad en las medidas de seguridad.....	196
F.	Un caso especial de proporcionalidad: el principio de <i>ne bis in idem</i>	196
6.	El principio de resocialización	200
7.	El principio de humanidad.....	204
V.	EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	206

**SEGUNDA PARTE
LEY PENAL**

**CAPÍTULO 5
LA LEY PENAL EN EL TIEMPO**

I.	INTRODUCCIÓN	213
II.	LAS REGLAS DE VIGENCIA TEMPORAL DE LA LEY PENAL.....	213
III.	LAS REGLAS DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL..	215
1.	La temporalidad de ley penal en la función del Derecho penal	216
2.	El momento del hecho	219
3.	La ley penal más favorable.....	221
A.	El ámbito de aplicación de la retroactividad benigna.....	222
B.	El conflicto de leyes penales en el tiempo: La continuidad del injusto..	223
C.	La aplicación de la ley penal más favorable.....	228
D.	La determinación de la ley penal más favorable	231
E.	Los efectos de la aplicación de la ley más favorable.....	234
IV.	LA VIGENCIA TEMPORAL EN EL CASO DE LEYES PENALES ESPECIALES	235
1.	Las leyes penales temporales	235
A.	Concepto.....	235
B.	La aplicación temporal de las leyes penales temporales	236
C.	El alcance de la regulación especial de las leyes penales temporales.....	237
2.	Las leyes penales en blanco	241
A.	La ley penal en blanco más favorable.....	241
B.	La ley penal en blanco como ley penal temporal	244

**CAPÍTULO 6
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO**

I.	INTRODUCCIÓN	247
II.	LA VIGENCIA ESPACIAL DE LA LEY PENAL.....	249
1.	El principio de territorialidad	251
A.	El territorio.....	252
B.	El lugar de realización del delito	253
a.	Criterios de determinación del lugar del delito: El principio de ubicuidad.....	253
b.	El alcance de la ubicuidad.....	256

2. La aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional	261
A. El principio de personalidad.....	262
a. La susceptibilidad de extradición	264
b. La doble incriminación.....	266
c. El ingreso del agente al territorio nacional.....	267
B. El principio real o de protección.....	267
C. El principio de universalidad o de Justicia mundial.....	269
D. El principio de Administración de Justicia por representación	272

CAPÍTULO 7

LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN	273
II. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNO.....	275
1. La inviolabilidad (o indemnidad)	276
2. La inmunidad.....	278
3. El antejuicio político	278
III. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	281
1. La inviolabilidad.....	281
2. La inmunidad.....	282

CAPÍTULO 8

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN	283
II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL.....	284
1. Los métodos de interpretación en el Derecho penal	284
2. La ordenación de los métodos de interpretación	285
III. LA PERSPECTIVA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL	287
1. La perspectiva accesoria.....	287
2. La perspectiva fáctica de análisis	288
3. Toma de posición: la interpretación autónoma de la realidad regulada	289
4. La modulación de la perspectiva interpretativa.....	291
A. La naturaleza del delito regulado	291

B. Las técnicas de tipificación	292
a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal.....	292
b. La doctrina del levantamiento del velo	293
c. Las definiciones legales	296
d. Los elementos normativos del tipo de carácter jurídico	297
e. Las leyes penales en blanco	298
f. La accesoriadad administrativa de acto	300
IV. LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL	302
1. La conformidad con la Constitución.....	303
2. El tenor literal de la ley penal	304
3. La interpretación restrictiva.....	306

**TERCERA PARTE
LA TEORÍA DEL DELITO**

CAPÍTULO 9

LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN	311
II. LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....	312
1. Los precursores	313
2. El sistema clásico del delito: El método positivista	316
3. El sistema neoclásico: El neokantismo.....	318
4. El finalismo: Las estructuras lógico-objetivas.....	321
III. LAS TENDENCIAS MODERNAS EN LA DOGMÁTICA PENAL....	323
1. La normativización del Derecho penal	324
A. La orientación político-criminal del sistema dogmático: El sistema teleológico de ROXIN	325
B. La normativización de las categorías dogmáticas con base en la función de la pena: El funcionalismo de JAKOBS	327
C. Una teoría del delito acorde con la función comunicativa de la pena: El normativismo de FRISCH	330
D. Las propuestas analíticas	331
2. El retorno al Derecho penal liberal.....	332
A. El liberalismo racionalista.....	333
B. La escuela de Frankfurt.....	336

IV. TOMA DE POSICIÓN: UNA TEORÍA DEL DELITO FUNDADA EN LA PERSONA.....	338
1. El fundamento de la teoría del delito.....	339
A. La búsqueda del fundamento	339
B. La persona y su dignidad.....	341
a. La dignidad humana absoluta como límite.....	342
b. La dignidad humana relativa como criterio de ordenación de la imputación penal.....	343
2. La teleología de la definición dogmática del delito	344
A. La teoría de la pena.....	344
B. La norma jurídico-penal.....	345
3. La base empírica del delito	347
4. La bipartición de la teoría del delito	348

CAPÍTULO 10
LA ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN	351
II. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN.....	351
1. La acción como concepto previo al Derecho penal.....	352
A. El concepto causal de acción	352
B. El concepto final de acción.....	354
C. El concepto social de acción	355
2. La acción como concepto jurídico-penal	356
A. Los hegelianos	356
B. La realización típica	357
a. El concepto negativo de acción.....	358
b. El concepto personal de acción.....	359
C. El retorno a concepciones globales de la acción.....	360
3. Toma de posición.....	360
III. EL CONCEPTO AMPLIO DE ACCIÓN: LA UNIDAD DE SENTIDO DEL DELITO.....	363
1. El estatus de persona	363
2. El rol general de ciudadano y los roles especiales.....	365
A. El rol general: La competencia por organización	365
a. Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico	367
b. Los deberes de salvamento	367

B. Los roles especiales: Las competencias institucionales.....	369
a. La familia.....	371
b. El Estado	371
c. La confianza especial.....	373
d. La solidaridad	374
3. La evitabilidad individual	375
IV. EL CONCEPTO ESTRICTO DE ACCIÓN: EL SUSTRATO HUMANO BÁSICO DEL DELITO.....	377
V. LA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.....	379
1. La acción como comisión	379
2. Los casos de falta de acción.....	380
3. La ausencia de regulación positiva de la <i>actio libera in causa</i>	383

CAPÍTULO 11
CUESTIONES GENERALES DE LA TIPICIDAD

I. INTRODUCCIÓN	387
II. LA EVOLUCIÓN DE LA TIPICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO	388
1. La tipicidad como categoría objetiva y descriptiva.....	388
2. Del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto a la formación de un tipo subjetivo.....	388
3. Del descubrimiento de los elementos normativos del tipo a la normativización de la tipicidad	389
4. La relación entre tipicidad y antijuridicidad	391
III. LAS FUNCIONES DE LA TIPICIDAD.....	393
IV. LAS CLASES DE TIPOS PENALES.....	394
1. Los tipos penales cerrados, abiertos y las leyes penales en blanco.....	394
2. Los delitos comunes, especiales y de propia mano.....	396
3. Los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos.....	398
4. Los delitos de mera conducta y los delitos de resultado (de lesión y de peligro).....	399
5. Los delitos instantáneos, permanentes y de estado.....	400
6. Tipos penales objetivados y con elementos subjetivos especiales	402
7. Delitos de un solo acto y delitos de varios actos	403
8. Los delitos de emprendimiento, de preparación y de participación.....	404
9. Tipo penal básico, derivado y autónomo.....	405

10. Delito uniofensivo y pluriofensivo 405

V. LOS ASPECTOS DE LA TIPICIDAD: EL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO 406

**CAPÍTULO 12
EL TIPO OBJETIVO**

I. INTRODUCCIÓN 409

II. LOS ELEMENTOS OBJETIVO DEL TIPO 409

III. DE LA CONSTATACIÓN DE CAUSALIDADES A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 412

IV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 417

1. La fundamentación de la teoría de la imputación objetiva 417

 A. La función de prevención general de la norma penal 419

 B. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva 420

 C. La infracción de un rol como defraudación de la norma 422

 D. Toma de posición 423

2. La imputación objetiva en los delitos de dominio 424

 A. La imputación del comportamiento 425

 a. La creación de un riesgo penalmente prohibido 425

 b. La competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido 430

 b.1) El principio de confianza 431

 b.2) La prohibición de regreso 435

 b.3) El ámbito de competencia de la víctima 446

 c. Figuras típicas que se configuran con la imputación del comportamiento 452

 c.1) Los delitos de mera conducta 453

 c.2) Los delitos de peligro abstracto 454

 c.3) La tentativa en los delitos dolosos de resultado 459

 c.4) Delitos de emprendimiento 460

 B. La imputación del resultado 460

 a. El vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado 462

 a.1) La teoría de la evitabilidad 465

 a.2) La teoría del incremento del riesgo 467

 a.3) La teoría del fin de protección de la norma 468

 a.4) Toma de posición 469

 b. Las explicaciones alternativas del resultado 470

 b.1) La concurrencia de riesgos 470

 b.2) Los riesgos derivados 474

 c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado 481

 c.1) Los delitos de peligro concreto 481

 c.2) Los delitos de lesión 484

 c.3) Los delitos cualificados por el resultado 484

3. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber 487

 A. La imputación del comportamiento 488

 a. El obligado institucional 488

 b. La infracción del deber positivo 489

 c. Los límites de la competencia institucional 490

 B. La realización del resultado 492

**CAPÍTULO 13
EL TIPO SUBJETIVO**

I. INTRODUCCIÓN 493

II. LAS FORMAS DEL TIPO SUBJETIVO 496

 1. Origen y evolución del lado subjetivo del delito 496

 2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa 498

 A. La teoría de la voluntad 500

 B. La teoría del conocimiento 502

 3. La normativización del tipo subjetivo 503

 A. La evitabilidad individual 503

 B. La teoría de la probabilidad 505

III. EL DOLO 506

 1. La configuración del dolo 507

 A. Conocimiento e irrelevancia de la voluntad 508

 B. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el *dolus malus*) 516

 2. La imputación del conocimiento 516

 A. Generalidades 516

 B. La imputación del conocimiento por percepción y por valoración 519

 C. La imputación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho 525

 D. Ceguera e ignorancia deliberada 528

3. El momento del dolo.....	531
4. El objeto del dolo.....	532
A. La conducta defraudatoria de la norma.....	532
B. La antijuridicidad de la conducta.....	533
C. El <i>dolus generalis</i>	535
D. El caso especial de las leyes penales en blanco.....	536
5. Los elementos subjetivos especiales del tipo.....	539
6. El error de tipo.....	540
A. Concepto.....	541
B. El alcance del error de tipo.....	544
a. El error sobre los elementos del tipo.....	544
a.1) El error por defectos cognitivos.....	544
a.2) El error por defectos valorativos.....	545
b. El error sobre el carácter prohibido del hecho.....	547
c. El error sobre la circunstancia de agravación.....	547
C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad.....	548
a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo.....	549
b. La vencibilidad del error de tipo.....	550
c. La superación del error por vías informales.....	555
IV. LA CULPA O IMPRUDENCIA.....	556
1. Concepto.....	556
2. La determinación del conocimiento culposo.....	559
3. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa.....	561
4. El error de tipo en los delitos culposos.....	563
V. COMBINACIONES DE DOLO-CULPA: LA PRETERINTENCIÓN Y LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.....	565
1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada.....	565
2. Los delitos cualificados por el resultado.....	566

CAPÍTULO 14

LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN.....	571
II. LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA.....	572
III. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN (ARTÍCULO 13 DEL CP).....	574

1. La necesidad de una cláusula general de la comisión por omisión.....	575
2. El ámbito de aplicación de la comisión por omisión.....	576
3. Elementos de la comisión por omisión.....	577
A. La posición de garantía (artículo 13 inciso 1).....	577
B. La equivalencia normativa (artículo 13 inciso 2).....	583
a. La imputación objetiva.....	585
a.1) La creación de un riesgo penalmente prohibido.....	587
a.2) La realización del riesgo en el resultado.....	588
b. La imputación subjetiva.....	589
IV. LA PENA DEL OMITENTE.....	590
V. EL CASO ESPECIAL DE LOS SUPERIORES QUE NO IMPIDEN LA COMISIÓN DEL DELITO DE SUS SUBORDINADOS.....	593

CAPÍTULO 15
LA ANTIJURIDICIDAD

I. INTRODUCCIÓN.....	597
II. EL CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA ANTIJURIDICIDAD.....	598
III. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	601
1. Fundamento.....	601
2. La estructura general de las causas de justificación.....	606
A. El aspecto objetivo de las causas de justificación.....	606
B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación.....	608
3. Efectos de las causas de justificación.....	611
IV. DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.....	614
1. La legítima defensa.....	614
A. Concepto y fundamento.....	614
B. Requisitos.....	615
a. La agresión ilegítima.....	616
b. La falta de provocación suficiente.....	621
c. La defensa necesaria.....	623
C. La legítima de defensa de tercero.....	626
D. ¿Restricciones ético-sociales a la legítima defensa?.....	627
E. La legítima defensa imperfecta.....	629
2. El estado de necesidad justificante.....	630
A. Delimitación.....	630

B.	Requisitos.....	633
a.	La situación de peligro.....	633
b.	La acción de necesidad.....	636
c.	La preponderancia del bien jurídico protegido.....	637
d.	La cláusula de adecuación.....	640
C.	La provocación de la situación de necesidad.....	641
D.	El deber de soportar el peligro por deberes especiales.....	642
E.	El estado de necesidad justificante en los delitos culposos.....	642
3.	Los actos permitidos por el ordenamiento.....	643
A.	Fundamento y sistemática.....	643
B.	Supuestos de actos permitidos por la ley.....	644
a.	El ejercicio regular de un derecho.....	644
b.	El ejercicio legítimo de un cargo u oficio.....	645
c.	El cumplimiento de un deber.....	647
c.1)	Cuestiones generales.....	647
c.2)	El caso especial de la colisión de deberes.....	649
4.	Obediencia debida.....	654
A.	Fundamento.....	654
B.	Requisitos.....	656
a.	Orden obligatoria.....	656
b.	Autoridad competente.....	657
c.	En el ejercicio de sus funciones.....	657

**CAPÍTULO 16
CULPABILIDAD**

I.	INTRODUCCIÓN.....	659
II.	LA EVOLUCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.....	659
1.	La categoría de la culpabilidad.....	659
2.	La ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito.....	665
III.	EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD.....	667
1.	El concepto de persona.....	667
A.	La individualidad.....	668
B.	La socialidad.....	671
2.	La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal.....	672

IV.	EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.....	674
1.	La imputabilidad.....	675
A.	La imputabilidad restringida.....	676
B.	La semi-imputabilidad.....	678
2.	El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal.....	679
A.	Contenido.....	679
B.	La determinación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal..	681
3.	La exigibilidad de otra conducta.....	684
V.	LA AUSENCIA DE CULPABILIDAD.....	686
1.	La inimputabilidad.....	686
A.	Concepto.....	686
B.	Formas.....	686
a.	Minoría de edad.....	686
b.	Déficits de salud.....	687
b.1)	La anomalía psíquica.....	688
b.2)	La grave alteración de la conciencia.....	691
b.3)	Las alteraciones de la percepción.....	692
C.	La determinación de una causa de inimputabilidad.....	692
2.	El error de prohibición.....	694
A.	Concepto.....	694
B.	Formas de error de prohibición.....	696
a.	Error de prohibición directo.....	696
b.	Error de prohibición indirecto.....	697
c.	El error de validez.....	698
d.	El error culturalmente condicionado.....	698
C.	La vencibilidad del error.....	701
D.	El error de prohibición en los delitos culposos.....	702
3.	Situaciones de inexigibilidad.....	703
A.	Estado de necesidad exculpante.....	704
a.	Concepto y fundamento.....	704
b.	Requisitos.....	707
b.1)	El peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad.....	707
b.2)	El peligro no puede evitarse de otro modo.....	710
b.3)	El círculo de personas privilegiado.....	711

c. Efectos.....	711
d. Los deberes especiales de tolerancia.....	712
B. Miedo insuperable.....	712
C. Exceso en la legítima defensa.....	715
D. La objeción de conciencia.....	716
E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante.....	718
F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento.....	722
G. El estado de necesidad estatal.....	723

CAPÍTULO 17
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

I. INTRODUCCIÓN.....	725
II. LA AUTORÍA.....	727
1. Las teorías para determinar la autoría.....	728
A. El concepto restrictivo de autor.....	728
B. El concepto extensivo de autor.....	730
C. La teoría del dominio del hecho.....	731
D. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho.....	734
2. Propuesta de interpretación.....	736
A. La autoría en los delitos de dominio: La competencia por organización.....	737
a. La autoría directa.....	738
b. La autoría mediata.....	739
b.1) Fundamento.....	739
b.2) Clases.....	741
b.3) Límites.....	748
b.4) La tentativa en la autoría mediata.....	749
c. La coautoría.....	750
c.1) Fundamento.....	750
c.2) Elementos.....	752
c.3) Casos especiales.....	754
c.4) Límites.....	754
c.5) La tentativa en la coautoría.....	755
B. La autoría en los delitos de infracción de un deber: La competencia institucional.....	756

III. LA PARTICIPACIÓN.....	759
1. Fundamento.....	760
A. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad.....	760
B. Teoría de la pura causación.....	761
C. Teoría de la participación en el injusto.....	761
D. El injusto único de intervención.....	763
E. Posición personal.....	764
2. Los principios de la participación.....	765
A. La mancomunidad de la participación.....	765
B. La accesoriedad de la participación.....	766
C. La incomunicabilidad de los elementos de naturaleza personal.....	770
3. Formas de participación.....	771
A. La instigación (o inducción).....	772
a. Definición.....	772
b. Fundamento.....	773
c. Elementos.....	774
c.1) El elemento objetivo.....	775
c.2) El elemento subjetivo.....	777
c.3) El elemento final.....	779
d. Instigación en cadena.....	780
e. Penalidad.....	782
B. La complicidad (o cooperación).....	783
a. Definición.....	783
b. Elementos.....	784
c. Clases.....	786
d. Tentativa.....	787
e. Penalidad.....	788
4. ¿Participación en los delitos de infracción de un deber?.....	788
IV. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS ESPECIALES.....	789
1. El actuar en lugar de otro.....	792
A. La relación de representación.....	794
B. Actuar como órgano de representación o como socio representante.....	796
C. La realización del tipo penal.....	797
D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada.....	797

2. La participación en los delitos especiales.....	798
V. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS CULPO- SOS.....	803

CAPÍTULO 18

LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN	807
II. IDEACIÓN O PROPÓSITO SERIO DE COMETER UN DELITO	807
III. LOS ACTOS PREPARATORIOS	808
IV. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN.....	810
1. La tentativa: Fundamento del castigo.....	811
2. El alcance de la tentativa.....	814
3. Tentativa y delito putativo	816
4. Los elementos de la tentativa.....	819
A. La imputación objetiva: El comienzo de la ejecución sin consumación	819
B. La imputación subjetiva: La decisión de cometer el delito.....	822
5. La penalidad de la tentativa	825
6. El desistimiento.....	826
A. Fundamento.....	826
B. Las formas de manifestación del desistimiento	828
a. El desistimiento en la tentativa acabada.....	829
b. El desistimiento en la tentativa inacabada.....	830
c. El desistimiento en la tentativa fracasada	830
C. Requisitos del desistimiento	832
a. La eficacia	832
b. La voluntariedad.....	835
D. Efecto del desistimiento.....	837
V. LA REALIZACIÓN DEL HECHO: LA CONSUMACIÓN.....	838
1. El concepto formal y material de la consumación	838
2. El arrepentimiento activo	840
A. La criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño	841
B. La escasa reprochabilidad y la reparación del daño	843
C. La contribución al esclarecimiento del delito.....	843
VI. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO	844

CAPÍTULO 19
EL CONCURSO DE DELITOS

I. INTRODUCCIÓN	847
II. EL CONCURSO DE LEYES O CONCURSO APARENTE DE DELITOS	847
1. Fundamento dogmático.....	849
2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes.....	850
A. El principio de especialidad	851
B. El principio de subsidiariedad	854
C. El principio de consunción.....	857
D. ¿Principio de alternatividad?.....	858
3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes	860
A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal despla- zante.....	860
B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados.....	861
III. EL CONCURSO DE DELITOS	862
1. Concurso ideal de delitos	866
A. Concepto.....	866
B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos.....	868
a. Identidad completa.....	868
b. Identidad parcial.....	868
c. Identidad por vinculación (<i>Verklammerung</i>).....	869
C. Consecuencias jurídicas	870
a. El principio de exasperación	871
b. El principio de combinación	872
2. Concurso real de delitos	873
A. Concepto.....	873
B. Consecuencias jurídicas.....	874
3. Supuestos de unidad de delito.....	878
A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales.....	879
a. La realización típica iterativa.....	880
b. La realización típica sucesiva.....	881
c. Los delitos permanentes.....	882
d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos.....	882
B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados.....	882

a.	El delito continuado	882
a.1)	Fundamento	883
a.2)	Naturaleza jurídica	885
a.3)	Elementos del delito continuado	886
a.4)	Consecuencia jurídica	892
b.	El delito masa	892
c.	El delito colectivo	894
4.	Concurrencia posterior: Concurso real retrospectivo	895

CAPÍTULO 20

LA TEORÍA DEL DELITO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

I.	INTRODUCCIÓN	899
II.	¿RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA O PENAL?	900
III.	EL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA	902
1.	El modelo de atribución del hecho de otro	902
2.	El modelo de la responsabilidad por hecho propio	903
A.	El injusto autónomo	904
B.	El injusto común	905
3.	El modelo de atribución de la Ley N° 30424	906
A.	La imputación objetiva	909
B.	La imputación subjetiva	911
C.	La intervención delictiva	913
D.	La culpabilidad	915
IV.	EL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS	917
1.	El efecto exoneratorio: ¿Causa de exclusión de la punibilidad o falta de la creación de un riesgo prohibido?	918
2.	Atenuación de la pena	919

**CUARTA PARTE
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO**

CAPÍTULO 21

LA PENA

I.	INTRODUCCIÓN	925
II.	LA PUNIBILIDAD	927

1.	Necesidad, ubicación y fundamento	927
2.	Los presupuestos de la punibilidad	930
A.	Las condiciones objetivas de punibilidad	931
B.	Las causas de exclusión de la punibilidad	931
a.	Causas personales de exclusión de la punibilidad	932
b.	Causas materiales de exclusión de la punibilidad	932
3.	Consecuencias dogmáticas	933
A.	El error sobre la punibilidad	933
B.	La intervención delictiva	934
C.	El momento y el lugar del delito	936
4.	Las figuras emparentadas	936
A.	Los presupuestos de procedibilidad	937
B.	Las causas de levantamiento de la pena	940
C.	Causas de extinción de la acción penal	940
a.	La muerte del imputado	941
b.	La prescripción del delito	941
b.1)	Concepto y fundamento	941
b.2)	La determinación del plazo de prescripción	942
b.3)	El cómputo del plazo de prescripción	945
b.4)	El plazo extraordinario de prescripción	946
b.5)	La interrupción y la suspensión del cómputo del plazo de prescripción	947
c.	La amnistía	950
d.	El derecho de gracia	951
e.	La cosa juzgada	952
f.	El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada ..	954
III.	LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	954
1.	El marco penal abstracto	956
A.	La clase de pena	956
a.	La pena privativa de libertad	957
b.	Las penas restrictivas de libertad: La expulsión del país de extranjeros	959
c.	Las penas limitativas de derechos	960
c.1)	La prestación de servicios a la comunidad	961
c.2)	La limitación de días libres	962

c.3) La inhabilitación.....	964
d. La pena de multa.....	969
B. El marco penal mínimo y máximo.....	971
a. El principio de legalidad.....	971
b. El principio de proporcionalidad.....	972
2. La concreción legal del marco penal.....	974
A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad.....	975
a. Las agravantes genéricas cualificadas.....	978
a.1) El prevalimiento del cargo.....	979
a.2) La comisión del delito desde un centro penitenciario.....	979
a.3) Los servicios de transporte de pasajeros.....	980
a.4) La reincidencia y la habitualidad.....	980
a.5) El uso de menores.....	985
a.6) El abuso de parentesco.....	986
a.7) Crimen organizado.....	986
b. Las atenuantes genéricas privilegiadas.....	987
c. Concurrencia de circunstancias genéricas modificativas del marco penal abstracto.....	989
B. Las circunstancias específicas modificativas del marco penal abstracto.....	991
C. Concurso de delitos.....	992
3. La individualización de la pena.....	995
A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena.....	997
a. El juicio de idoneidad: El principio de culpabilidad.....	997
b. El juicio de necesidad: En especial, la alternatividad penal.....	998
b.1) La suspensión de la ejecución de la pena.....	1000
b.2) La reserva del fallo condenatorio.....	1008
b.3) La sustitución de penas.....	1012
b.4) La conversión de penas.....	1013
c. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: los criterios de individualización de la pena.....	1015
B. Los criterios de individualización judicial de la pena.....	1020
a. El sistema abierto de determinación.....	1020
b. La dirección de la valoración.....	1021
c. La prohibición de doble valoración.....	1022
d. La ordenación de las circunstancias de individualización judicial de la pena en función de las categorías del delito.....	1023

d.1) Los criterios referidos al injusto objetivo.....	1023
d.2) Los criterios referidos al injusto subjetivo.....	1027
d.3) Los criterios referidos a la culpabilidad.....	1028
C. El sistema de individualización de la pena por tercios.....	1030
D. Las reglas de bonificación procesal.....	1032
4. El caso especial de las penas a las personas jurídicas: la Ley N° 30424.....	1033
A. El marco penal abstracto.....	1033
B. El marco penal abstracto-concreto.....	1034
C. La individualización de la pena.....	1035
IV. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA.....	1036
1. La muerte del condenado.....	1036
2. La prescripción de la pena.....	1037
3. El cumplimiento de la pena.....	1037
4. La amnistía y el indulto.....	1038
5. La exención de pena.....	1039
6. El perdón del ofendido en los delitos de acción privada.....	1041

CAPÍTULO 22
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. INTRODUCCIÓN.....	1043
II. LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	1045
1. Fundamento.....	1045
2. Los principios informadores de las medidas de seguridad.....	1048
A. El principio de legalidad.....	1049
B. La postdelictualidad.....	1051
C. El principio de proporcionalidad.....	1051
III. NATURALEZA JURÍDICA.....	1053
IV. LOS PRESUPUESTOS.....	1054
1. La realización de un delito.....	1055
2. La peligrosidad criminal.....	1056
3. El caso de los imputables relativos o peligrosos.....	1058
V. CLASES.....	1059
1. La internación.....	1061
2. El tratamiento ambulatorio.....	1062
VI. EL PROCESO DE SEGURIDAD.....	1062

CAPÍTULO 23
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. INTRODUCCIÓN	1067
II. EL DECOMISO.....	1068
1. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito	1069
A. Fundamento.....	1070
a. El decomiso de objetos del delito.....	1070
b. El decomiso de instrumentos del delito	1071
c. El decomiso de efectos del delito	1072
B. Naturaleza	1074
C. Procedencia	1075
a. Los bienes relacionados con el delito	1075
b. El decomiso facultativo o parcial	1077
c. El decomiso de bienes en manos de terceros.....	1077
d. El decomiso y la reparación civil.....	1078
e. La legitimidad procesal	1079
D. Formas especiales de decomiso	1079
a. El decomiso sustitutivo.....	1079
b. El decomiso de valor equivalente.....	1080
c. El decomiso ampliado	1081
E. La extinción de dominio.....	1082
a. Ámbito de aplicación.....	1082
b. La preminencia procesal	1083
c. Fundamento.....	1084
d. Las etapas del proceso de extinción de dominio.....	1085
F. Destino final de los bienes decomisados	1089
G. La incautación cautelar.....	1090
2. El decomiso de ganancias de las personas jurídicas.....	1091
A. Fundamento.....	1092
B. Requisitos.....	1094
III. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	1095
1. Fundamento.....	1096
2. Naturaleza jurídica	1097
A. Las consecuencias accesorias como sanciones penales	1098

B. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas.....	1099
C. Toma de posición.....	1101
3. Presupuestos.....	1104
A. Presupuestos materiales	1104
a. El hecho principal.....	1104
b. Juicio de pronóstico.....	1108
c. Test de proporcionalidad.....	1109
B. Presupuestos procesales	1110
a. Incorporación al proceso penal	1110
b. Parte procesal.....	1112
4. Clases	1113
A. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo	1113
B. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años	1114
C. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.....	1115
D. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.....	1116
E. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias	1116
F. La intervención de la persona jurídica	1117
5. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias.....	1118
6. Los criterios de determinación de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas	1119
7. La imposición cautelar de consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas.....	1120
IV. MEDIDAS PREVENTIVAS PREVISTAS EN LEYES ESPECIALES...	1122

CAPÍTULO 24
LA REPARACIÓN CIVIL

I. INTRODUCCIÓN	1125
II. LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO.....	1126
1. Sistema de determinación.....	1126
2. La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal.....	1128

A. Naturaleza jurídica	1128
B. Fundamento	1130
C. Los elementos	1131
a. La acción dañosa	1131
b. El daño	1132
c. La relación de causalidad	1133
d. Los factores de atribución	1134
3. Alcance de la reparación civil	1135
A. La restitución del bien	1135
B. La indemnización por daños y perjuicios	1136
C. La anulación de transferencias	1138
4. Los sujetos de la reparación civil	1139
A. Los responsables civiles	1139
B. El actor civil	1141
5. El incumplimiento del pago de la reparación civil	1141
6. Las vías judiciales	1143
Bibliografía	1147

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Después de siete años cumplo con hacer entrega de una nueva edición del presente trabajo dedicado a la Parte General del Derecho Penal. Su primera edición estuvo dirigida a contribuir con la enseñanza del curso de Derecho Penal a los estudiantes de Derecho (por eso, el título inicial de “Lecciones”), pero la segunda edición alcanzó un nivel de mayor especialización en el tratamiento de los distintos temas. Esta tercera edición apunta a profundizar aún más el estudio de las instituciones generales del Derecho Penal, procurando un tratamiento integral y exhaustivo. Su estructura general se mantiene dividida en cuatro partes: Fundamentos, ley penal, teoría del delito y teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Además de la necesaria actualización bibliográfica y jurisprudencial realizada en cada uno de los capítulos, se ha agregado uno nuevo referido a las personas jurídicas a raíz de la aprobación de la Ley N° 30424. El capítulo que más cambios ha sufrido es el referido a la pena, debido a las múltiples modificaciones legales y a los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, al punto de convertirse en el capítulo más largo.

Esta nueva edición ha sido la que más me ha costado concluir, posiblemente por el drama común del pluriempleo al que estamos condenados los profesores universitarios en el Perú. Pero sale en un momento, en el que, en mi modesta opinión, la discusión jurídica (y, en especialmente, la jurídico-penal) ha caído en un nivel de poca rigurosidad e incluso de manipulación: Legisladores que aprueban leyes penales para la tribuna sin ningún criterio técnico, periodistas que pontifican en temas penales en función de su línea editorial, políticos que presionan a jueces o fiscales con amenazas de escándalo, opinólogos que sirven a la tendencia de turno por cinco minutos de fama, activistas que creen que el derecho penal está a disposición de sus convicciones ideológicas y algún que otro mesías que cree que con el sistema penal va a cambiar el país y resolver los problemas de todos los peruanos. Mi único

prenden claramente tres componentes esenciales de lo que constituye el Derecho penal. Por un lado, el Derecho penal es objetivamente un sistema normativo compuesto por disposiciones jurídicas (Derecho penal objetivo-formal) que establecen la imposición legítima de una pena por la realización de un hecho delictivo (Derecho penal objetivo-material). Por otro lado, su generación no es espontánea, sino que es producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado puede recurrir a la pena y cómo debe hacerlo (Derecho penal subjetivo). En los capítulos que siguen sobre los fundamentos del Derecho penal, se procederá a precisar los aspectos centrales de cada uno de estos tres componentes esenciales de su definición.

CAPÍTULO 2 EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal objetivo en sentido formal puede ser definido como el conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas constituyen delitos y cuáles son las penas aplicables a dichos delitos¹. Para poder captar adecuadamente la estructura formal del Derecho penal resulta necesario diferenciar lo que se entiende por ley penal y por norma penal. Si bien muchas veces ambos términos se emplean indistintamente para referirse a las disposiciones legales de carácter penal, lo cierto es que no son lo mismo en el plano formal. Mientras la ley penal constituye expresión del principio de legalidad que exige la tipificación previa del delito y la pena, la norma penal contiene un mensaje prescriptivo que está en estrecha relación con la función asignada al Derecho penal². Muy ilustrativa resulta al respecto la conocida afirmación de BINDING de que el delincuente no infringe la ley penal, sino que, por paradójico que suene, la cumple³. Lo que en realidad infringe es la norma penal que subyace al supuesto de hecho previsto en la ley penal.

II. LA LEY PENAL

La legalidad de la intervención estatal tiene en el Derecho penal una importancia capital. Dada la gravedad de las sanciones penales, éstas no pueden ser im-

1 Similarmente, LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 1, n.m. 6.

2 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 311.

3 BINDING: *Die Normen*, p. 4. Acerca del planteamiento de Binding sobre las normas con mayor detalle, vid. JAKOBS: *Studia Iuridica* 98 (2009), p. 389 y ss.

puestas a una persona si previamente una ley en sentido estricto no ha precisado de manera clara las condiciones de su imposición. No hay pena sin una ley previa que describa suficientemente la conducta punible y la entidad de la pena a imponer, dice la formulación del principio de legalidad desde FEUERBACH⁴. Si bien este principio es el factor determinante de la configuración del aspecto formal del Derecho penal, su estudio, como principio político-criminal que incide en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, se reservará para el capítulo que se ocupa del Derecho penal subjetivo. En este apartado, el análisis de la ley penal se centrará, más bien, en su estructura formal.

A diferencia de las leyes naturales en las que la causa y el efecto están unidas por una relación de causalidad, las leyes jurídicas vinculan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica a través de un nexo de imputación⁵. Teniendo en cuenta esta particularidad, se puede comprender sin mayor inconveniente que la determinación del supuesto de hecho y la atribución de la consecuencia jurídica no tiene lugar a través de un simple proceso de verificación de realidades empíricas, sino que constituye, más bien, el resultado de un proceso de valoración. La peculiaridad de la ley penal es que el supuesto de hecho está constituido por un delito y la consecuencia jurídica por una pena aplicable a los responsables de su realización⁶.

La dogmática jurídico-penal ofrece los insumos conceptuales para el proceso de determinación de los elementos formales de la ley penal. El supuesto de hecho es determinado por medio de la teoría del delito. Por su parte, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito hace lo propio con la determinación de la pena a imponer a los responsables. Adicionalmente se ha desarrollado también la llamada categoría de la punibilidad, la cual se mueve en el plano del nexo de imputación que existe entre el delito, como supuesto de hecho, y la pena, como consecuencia jurídica. Como puede verse, los elementos constitutivos de la estructura formal de la ley penal no son determinados por medio de una simple constatación de realidades empíricas, sino sobre la base de valoraciones que parten de una comprensión previa sobre la función que cumple el Derecho penal.

⁴ Vid., desde la perspectiva de la coacción psicológica, FEUERBACH: *Tratado*, p. 55.

⁵ Fundamental, Kelsen: *Teoría pura del derecho*, p. 50: "En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición".

⁶ Igualmente, GIMBERNAT ORDEIG: *Concepto y método*, p. 18; MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 44, aunque utilizando el término norma penal en lugar de ley penal. Para ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 2, las sanciones son las que formalmente definen los preceptos jurídico-penales.

1. El Código Penal

Siguiendo la vocación codificadora de la tradición napoleónica, nuestro sistema penal procura reunir las distintas leyes penales en un solo Código Penal. En la historia republicana de nuestro país, se han promulgado hasta el momento tres códigos penales: El Código Penal de 1863, el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, el cual sigue aún vigente⁷. Las distintas disposiciones legales contenidas en el texto punitivo actualmente vigente se agrupan en cuatro grandes partes.

En primer lugar, el Código Penal consta de un Título Preliminar (artículos I a X), en el que se establecen los principios generales que informan y orientan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En esta parte introductoria se hace mención no sólo a las funciones atribuidas a las penas y las medidas de seguridad legalmente previstas, sino también a la vigencia irrenunciable de los principios jurídico-penales como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de lesividad o el principio de proporcionalidad⁸. Pero lo especialmente valioso de este reconocimiento preliminar de los principios rectores del sistema penal es que no se hace simplemente para facilitar su conocimiento o aplicación por los tribunales, sino para hacerlos de cumplimiento imperativo⁹.

El Código Penal contiene, en segundo lugar, llamadas reglas de la Parte General, es decir, disposiciones jurídicas que regulan las cuestiones comunes a todos los delitos o a una gran parte de ellos (artículos 1 al 105)¹⁰. Estas cuestiones generales están referidas a la aplicación de la ley penal, a los criterios de atribución del delito (p.e. el error, la legítima defensa o la intervención delictiva) y a la determinación de las consecuencias jurídicas aplicables (p.e. la imposición de la pena, las consecuencias accesorias o la reparación civil). A diferencia de las disposiciones legales de la Parte Especial que tienen un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica, las de la Parte General sólo pueden aplicarse si es que se las pone en referencia con las de la Parte Especial. Se trata de proposiciones jurídicas incompletas que sirven para determinar aspectos del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una disposición legal de la Parte Especial¹¹. Por ejemplo, el castigo de la tentativa previsto en la regulación general del Código Penal (artículo

⁷ Sobre el contexto histórico y las ideas que influyeron en la gestación y vigencia de los tres códigos penales de la época republicana, vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 268 y ss.

⁸ Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 160.

⁹ Así, expresamente, BRAMONT ARIAS: *Derecho PUCP* 46 (1992), p. 16.

¹⁰ Sobre la Parte General de los códigos penales, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 15. Similarmente, NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 222.

¹¹ Vid., GIMBERNAT ORDEIG: *Concepto y método*, p. 20 y s.

16), solamente puede tener lugar en relación con un delito doloso tipificado en la Parte Especial (homicidio, lesiones, secuestro, etc.).

En tercer lugar, el texto punitivo cuenta con disposiciones legales de la Parte Especial que establecen las figuras delictivas particulares¹², es decir, las formas de actuación que están penalmente sancionadas y la entidad abstracta de la sanción que le corresponde a los responsables de su realización (artículos 106 al 439). El legislador penal sistematiza los distintos tipos penales de la Parte Especial siguiendo, salvo algunas excepciones, el criterio de la titularidad del bien jurídico protegido¹³. Así, se tipifica primero los delitos contra la persona individual como el homicidio, las lesiones, los delitos contra el honor o contra la libertad. Posteriormente se hace lo propio con los delitos contra la sociedad, tales como los delitos contra el orden económico, la seguridad pública o la tranquilidad pública. Finalmente se regulan los delitos que afectan al Estado, como es el caso de los delitos contra la Administración Pública.

El Código Penal tiene, por último, una cuarta parte referida a las infracciones penales menores (artículos 440 al 452). Se trata de las llamadas faltas, las que, junto con los delitos, conforman el sistema bipartito de infracciones penales asumido por el artículo 11 del CP. Las faltas se sancionan, precisamente por su levedad, con penas que no implican la privación de la libertad y que, por ello, pueden ser impuestas por un juez de paz letrado (artículo 440 inciso 3 del CP). Esta regla, sin embargo, se ha flexibilizado por medio de modificaciones legales posteriores que autorizan a castigar como delitos casos especialmente graves de faltas contra la persona o con una pena privativa de libertad si el autor es reincidente o habitual. En cuanto a los principios generales previstos en el Título Preliminar y las reglas generales de la Parte General del Código Penal, éstos se aplican igualmente a las faltas, en tanto éstas no cuenten con una regulación específica, tal como se desprende expresamente del artículo 440 del CP¹⁴.

2. Las leyes penales

Pese a su vocación napoleónica, el legislador penal peruano no regula todas las conductas delictivas en el Código Penal, sino que existen ciertos hechos delictivos que, por razones de especialidad o de técnica legislativa, están contenidas en leyes independientes. En estos casos, los hechos punibles no están formalmente incardinados en el Código Penal, sino que conforman una regulación especial. Esta

separación legislativa no implica, sin embargo, una desconexión de los tipos penales con los principios y reglas generales previstos en el Código Penal. Tal como lo dispone el artículo X del Título Preliminar, las normas generales del Código Penal son aplicables también a los hechos punibles previstos en leyes especiales¹⁵.

La regulación especial de hechos punibles fuera del Código Penal puede darse de dos formas. En primer lugar, puede que la tipificación de la conducta delictiva se lleve a cabo en el marco de una regulación general de determinado tema o asunto, como sucede, por ejemplo, con la Ley N° 26496 que aprueba el régimen de la propiedad y comercialización de los camélidos sudamericanos, y en donde se tipifica, como delito, la caza de estos animales oriundos de esta parte del planeta. Se trata de una normativa administrativa que se encarga de regular las condiciones de tenencia y comercialización de los camélidos sudamericanos y que, para reforzar su observancia, incluye también normas de carácter penal. A esta forma de regulación de los delitos se le conoce como Derecho penal accesorio, muy usual y extendido en otros países como Alemania¹⁶, y que más que enfocar la regulación por áreas jurídicas, recurre a un criterio de ordenación unitaria en atención a su objeto de regulación. En el Perú, por el contrario, es muy escaso el recurso a la técnica de tipificación de las leyes penales accesorias.

La segunda forma de regulación de conductas punibles fuera del Código Penal tiene lugar por medio de una regulación especial exclusivamente penal, tal como ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto Legislativo N° 813 que tipifica específicamente los delitos tributarios o el Decreto Legislativo N° 1106 que regula el delito de lavado de activos. En estos casos, el legislador decide, por las especiales particularidades de determinados delitos, regularlos de manera detallada en una ley especial, lo que explica, por otro lado, que se prevea no sólo disposiciones sustantivas, sino también de carácter procesal e incluso de ejecución penal. Usual es también que las disposiciones penales sustantivas de las leyes penales especiales no sólo tipifiquen las conductas prohibidas, sino que incluyan reglas de Parte General que confirman la regulación establecida en el Código Penal o que la modifiquen en ciertos puntos muy particulares. Así, por ejemplo, en la ley de delitos aduaneros se hace una regulación especial de la tentativa, la cual se castiga en todos estos delitos con la pena mínima legal que corresponda al delito consumado¹⁷.

Un tema discutible que conviene finalmente precisar es si por leyes especiales deben entenderse solamente aquellas de carácter penal o si se incluyen además otro tipo de leyes sancionatorias, como las de carácter administrativo. Pese a la proximidad

12 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 15; NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 222.

13 Igual criterio de ordenación de la Parte Especial se sigue en el Código penal alemán, como lo pone de manifiesto NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 229.

14 Así, TORRE MUÑOZ: *El proceso penal por faltas*, p. 267.

15 Sobre la aplicación supletoria de la Parte General a las leyes penales especiales, vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 257 y ss.

16 Vid., así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 7; KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 83.

17 Vid., GARCÍA CAVERO: *Derecho penal económico*, PE, p. 797 y s.

dad normativa del Derecho Penal con el Derecho administrativo sancionador, consideramos que leyes penales especiales son solamente aquellas que tienen carácter jurídico-penal¹⁸. Estas leyes se deben conformar en consonancia con los principios político-criminales recogidos en el Título Preliminar del Código Penal, mientras que los principios regulatorios de la actividad sancionatoria de la Administración Pública se encuentran, por el contrario, contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Si bien se admite en la normativa administrativa muchos principios de procedencia claramente penal, existen también diferencias sustanciales entre ambos órdenes jurídicos¹⁹, como lo demuestra, por ejemplo, la posibilidad de exonerar ciertos ámbitos de la regulación administrativa de la observancia del principio de culpabilidad²⁰.

III. LA NORMA JURÍDICO-PENAL

En la base de toda ley penal completa —entiéndase como tal aquella que contiene un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica—, existe una norma penal con un mensaje prescriptivo. En función de a quién se dirige la prescripción, la doctrina penal ha distinguido entre norma de conducta (dirigida a los ciudadanos) y norma de sanción (dirigida a los jueces)²¹. Las particularidades en cuanto al contenido prescriptivo de cada uno de estos tipos de norma, aconsejan que se haga una exposición diferenciada.

1. La norma de conducta

Con independencia de la cuestión sobre la legitimidad de las normas de conducta²² o sobre su naturaleza penal o extrapenal²³, la dogmática penal se ha ocupado

de discutir su configuración en función de diversas perspectivas. Por un lado, se encuentran las posturas imperativistas que la entienden como una norma de determinación dirigida a las personas para ordenarles realizar o no realizar una conducta determinada²⁴. A esta línea de interpretación de la norma penal se le oponen los que consideran que dicha norma constituye esencialmente una norma de valoración, es decir, un juicio de valor sobre una conducta determinada²⁵. Se dice, en refuerzo de esta tesis, que, tal como lo admite consensuadamente la doctrina, no es posible prohibir u mandar algo si previamente no ha sido valorado negativa o positivamente²⁶.

En la situación actual de la dogmática jurídico-penal, se admite cierta complementación entre la función de determinación y la función de valoración para definir la norma de conducta dirigida a los ciudadanos²⁷. Así, se dice que la norma penal es una norma de determinación, en la medida que está dirigida a motivar a los ciudadanos e incluso a ciertos inimputables motivables²⁸, pero también constituye una norma de valoración, en tanto la prescripción se sustenta en una valoración negativa de lo prohibido o positiva de lo mandado²⁹. En la norma penal dirigida a los ciudadanos confluyen tanto la función de determinación, como la función de valoración.

La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), ya que proscribela realización de determinadas conductas socialmente perturbadoras. Su finalidad es, por lo tanto, impedir que los destinatarios de la norma se inmiscuyan de forma especialmente grave en una esfera de organización de terceros³⁰. Por ejemplo: El tipo penal recogido en el artículo 106 del CP que sanciona el delito de homicidio, contiene una norma de prohibición implícita:

- 18 Así, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 259.
- 19 Así, la diferenciación cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, GARCÍA CAVERO: *Derecho penal económico*, PG, p. 135 y ss.
- 20 Igualmente, en el Derecho español, con parecer crítico, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 52 y s.
- 21 Así, KINDHÄUSER: *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 1; EL MISMO, *GA* 1994, p. 200 y ss.; HAFFKE: en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 129 y ss.; MIR PUIG: *LH-Gimbernat*, I, p. 1314 y s.; MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, p. 614 y ss. A la norma de conducta y a la norma de sanción se les ha asignado también las calificaciones de primaria y secundaria respectivamente (así, MIR PUIG: *Derecho penal*, PG, L 215 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 311 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA: *Sobre la estructura de la norma penal*, p. 57; MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 41), aunque otros autores invierten estas denominaciones (vid., KELSEN: *Teoría pura del derecho*, p. 76 y ss.).
- 22 Sobre esta cuestión elemental, HÖRNLE: *Straftheorien*, p. 11 y s.
- 23 Acerca de la discusión sobre la naturaleza de las normas de conducta, vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 32 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 316 y ss.

- 24 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 54. Dentro de las teorías imperativistas de la norma, MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal*, pp. 265 y ss., 289 y ss., diferencia entre las impropias y las propias, siendo la nota distintiva que las teorías imperativistas propias llevan el planteamiento hasta las últimas consecuencias.
- 25 En este sentido, MEZGER: *Gerichtssaal* 89 (1924), p. 243 y s.; RADBRUCH: *SJZ* 1947, p. 633 y s., quien destaca como forma original del Derecho la norma de valoración, de manera que el injusto es tal no porque esté prohibido, sino que está prohibido porque es un injusto.
- 26 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 335.
- 27 Vid., MIR PUIG: *LH-Cerezo Mir*, p. 73 y ss.; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 1, n.m. 42 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 237. En la doctrina penal peruana, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 40; ALCÓCER POVIS: *Introducción*, p. 15.
- 28 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 56; ÁLVAREZ GARCÍA: *Sobre la estructura de la norma penal*, p. 90.
- 29 Vid., sobre esta complementación de las funciones atribuidas a la norma, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.
- 30 Similarmente, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 323.

realización de un delito de alteración de billetes (artículo 256 del CP) puede considerarse de menor gravedad que la multa de 700 UITs por una infracción a la Ley de represión de la competencia desleal (Decreto Legislativo N° 1044). Lo anterior pone en evidencia que el criterio de la mayor gravedad resulta válido solamente desde una apreciación abstracta de los sistemas normativos, por lo que la mayor gravedad se mantendrá aun cuando, en el caso concreto, se puedan presentar delitos menores que se consideren menos graves que ciertas infracciones administrativas especialmente intensas.

CAPÍTULO 3

EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. INTRODUCCIÓN

La tarea de definir materialmente el Derecho penal requiere abordar la cuestión de cuál es la función que cumple. Si la principal consecuencia jurídica establecida en las leyes penales es la pena, resulta lógico que la función del Derecho penal esté directamente vinculada con la función atribuida a esta consecuencia jurídica¹. Una definición material del Derecho penal dependerá, por lo tanto, de la respuesta que se le dispense a la pregunta de qué es lo que legitima la imposición de un mal bajo el título de pena². Este capítulo se ocupará precisamente de tratar esta discusión. Sin embargo, lo anterior no debe soslayar que la normativa penal contempla otras consecuencias jurídicas distintas a la pena y que su aplicación debería incidir igualmente en la función atribuida al Derecho penal. En razón de ello, se abordará también la cuestión de si las otras consecuencias jurídicas previstas en las leyes penales despliegan o pueden desplegar esa misma función.

II. LA TEORÍA DE LA PENA

Con la ilustración se inicia el esfuerzo intelectual de racionalizar la imposición de la pena. Los primeros planteamientos iusnaturalistas mezclaron la lógica de la retribución por el delito cometido con la consecuencia de un efecto positivo en el futuro³. A lo largo del siglo XVII se hizo preponderante, sin embargo, la idea de que

1 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 60.

2 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 179.

3 Vid., al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ: *La pena como institución jurídica*, p. 5 y s., con referencia a la obra de Hugo Grocio.

tabilización asignada a la pena¹⁶³, no siendo necesario, por lo tanto, imponerla. En efecto, la necesidad de devolverle la vigencia a la norma infringida resulta satisfecha aquí con la propia aceptación de culpabilidad y con la realización de ciertos actos de reparación que no tienen que ser necesariamente jurídico-civiles¹⁶⁴. Lo anterior pone en evidencia que la reparación del daño solamente podrá asumir la función que le corresponde a la pena si existe una aceptación de culpabilidad por parte del autor, siquiera en el plano de la producción de un daño injustificado a la víctima¹⁶⁵.

163 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 63; SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 229: "(...) cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) de la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada"; PEÑARANDA RAMOS, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara, Ed.): p. 305.

164 Es muy importante tener claro que la reparación del daño no se identifica con la reparación civil, de manera tal que no se trata de darle un carácter penal a la reparación civil, como parece entenderlo GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil*, p. 85 y ss., y que explica su posición crítica ante la reparación del daño como tercera vía penal (comparte esta visión crítica, PRADO SILDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas*, p. 279). Aun cuando la reparación del daño consista en el pago de la reparación civil, la reparación civil sigue siendo tal, lo que no impide que se le reconozca también ciertos efectos en el plano penal. De la misma manera que en el *ne bis in idem* la sanción penal puede abarcar los efectos de protección del ámbito administrativo, la reparación civil puede alcanzar ciertos efectos beneficiosos o exoneratorios en el plano penal. Aceptar esto no implica negarle la naturaleza civil a la reparación civil.

165 Exige, en este sentido, el respeto al principio de responsabilidad penal, RODRÍGUEZ DELGADO: *LH-Bramont Arias*, p. 832.

CAPÍTULO 4 EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva subjetiva, el Derecho penal puede ser definido como la facultad de imponer penas por la realización de un delito¹. A este poder punitivo se le conoce también con la denominación latina de *ius puniendi*². Aunque resulta claro que este enfoque hace un discutible paralelismo con el derecho subjetivo del derecho privado³, lo cierto es que pone en evidencia que a alguien se le tiene que encargar la potestad de sancionar los delitos y que su ejercicio debe contar necesariamente con un fundamento y unos límites. Es por ello que la doctrina penal se plantea básicamente tres cuestiones al ocuparse del tema del *ius puniendi*⁴. En primer lugar, se discute la cuestión de si en la sociedad actual es posible justificar la existencia de una potestad punitiva. En segundo lugar, se plantea también la cuestión de quién está legitimado para ejercerla. Finalmente, dado que en una sociedad democrática la potestad de imponer sanciones penales no puede ser ejercida de cualquier manera, resulta obligado establecer cuáles son los límites que debe respetar el que la ejerce. De la respuesta a estas tres cuestiones se ocupará el presente capítulo.

1 Similarmente, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 20; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 53.

2 Así, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 16. Críticamente sobre la denominación de *ius puniendi*, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 88, recogiendo las ideas de Zaffaroni.

3 Así, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 15 y ss.

4 En el mismo sentido, MIR PUIG: *Introducción*, p. 113.

II. EL FUNDAMENTO DEL *IUS PUNIENDI*

Para determinar cuál es el fundamento del *ius puniendi* se debe responder primeramente a la cuestión de si la sociedad actual niega tal necesidad, pues consideramos que los conflictos derivados de la comisión de un delito se pueden resolver satisfactoriamente sin recurrir a una medida tan gravosa como la pena⁵. Pese a lo maravilloso que sería poder prescindir de las sanciones penales, lo cierto es que a los abolicionistas se les critica de manera generalizada la falta de factibilidad de sus propuestas de solución⁶. La pena sigue siendo “una amarga necesidad” para el mantenimiento de la convivencia social.

Aunque igualmente proclaman la eliminación del Derecho penal, distinto es el enfoque de aquellos que sostienen que su existencia no es legítima, pues no apoyan su posición en la falta de necesidad de imponer sanciones penales, sino en un cuestionamiento a la sociedad actual y sus estructuras a partir de ideas de raigambre anarquista o marxista⁷. En especial, cabe mencionar aquí a la llamada criminología crítica, la que tuvo un fuerte impulso en los años ochenta y parte de los noventa del siglo pasado⁸. Su explicación de la realidad penal parte de la idea de que el Estado necesita de los delincuentes y de su castigo como medio de dominación, por lo que la pena no sería más que un pretexto para mantener las estructuras de dominio y asegurar el control de los grupos de poder⁹. A este planteamiento se le cuestiona hacer un análisis del sistema penal desde una perspectiva sumamente ideologizada sin ofrecer alternativas de solución viables, apoyando finalmente sus conclusiones en casos triviales o de bagatela que se encuentran al margen del núcleo duro del sistema penal¹⁰.

La posición mayoritaria parte, por el contrario, de la necesidad de contar con el sistema penal para asegurar la convivencia social. Cómo se logra ello, es precisamente lo que se pretende esclarecer cuándo se discute sobre la función que

5 Aunque es posible diferenciar entre posiciones radicales que sostienen la necesidad de abolir todo el sistema penal (HULSMAN/DE CÉLIS: *Peines perdues*, p. 107; MATHIESEN: *The Politics of Abolition*, pp. 46, 68 y ss.) y posiciones restringidas que proponen reducir el sistema penal a lo mínimo (CHRISTIE: *Una sensata cantidad de delito*, p. 127 y ss.).

6 Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 21.

7 Vid., VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 129.

8 El discurso crítico fue progresivamente moderándose al interior de la misma criminología por los llamados “realistas de izquierda”, quienes optaron por pasar de una fase idealista a una realista en las reformas del sistema penal. Vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 23 y s.

9 Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 19 y s.

10 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 21.

cumple el Derecho penal y lo que permite responder a la cuestión de cuál sería el fundamento del *ius puniendi*¹¹. Podría decirse que, en esencia, las posiciones doctrinales discurren actualmente entre dos líneas de pensamiento. Por un lado está la concepción dominante que entiende que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos —como realidades valoradas positivamente— por medio de la prevención de las conductas que los lesionan¹². Frente a esta posición ha adquirido cierta notoriedad el planteamiento que considera que el Derecho penal cumple la labor, más bien, de mantener la vigencia de la norma defraudada por el delito¹³. Como puede verse, para los primeros el fundamento del *ius puniendi* está en que es una manera imprescindible de mantener incólumes los bienes jurídicos, mientras que los segundos legitiman la potestad punitiva en la protección (o restablecimiento) de las expectativas normativas defraudadas por los delitos cometidos¹⁴.

Dado que el Derecho penal llega por lo general tarde —de manera más precisa: cuando el objeto que representa el bien jurídico se encuentra lesionado—, lo razonable es centrar su función en el restablecimiento comunicativo de la norma defraudada y, por lo tanto, encontrar aquí el fundamento del *ius puniendi*. Pero con independencia de la discusión sobre la función social asignada al castigo penal, el hecho es que las dos posturas antes reseñadas, pese a sus claras diferencias de enfoque, consideran necesaria la existencia del Derecho penal para el mantenimiento de la sociedad actual. En consecuencia, puede decirse que el parecer mayoritario no sólo niega que el *ius puniendi* se encuentre huérfano de fundamento, sino que lo reconoce como un mecanismo imprescindible para el aseguramiento de la convivencia social, más allá de cómo llega a cumplir con este cometido. Bajo estas circunstancias, lo que corresponde discutir es, más bien, la persona o entidad que

11 Lo que MIR PUIG: *Introducción*, p. 114, llama fundamento funcional. Este autor se ocupa también de un fundamento político (p. 119 y ss.), relacionado con la legitimidad del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales.

12 Así ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 1, habla de una “protección subsidiaria de bienes jurídicos” como el cometido del Derecho penal. En una línea más centrada en la libertad que en bienes, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 181, señala: “lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia —en sentido amplio— que se genera en una sociedad”. En el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 9, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 30, sostienen explícitamente que la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos.

13 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2. En el Perú, GARCÍA CAVERO, en *XVII Congreso Latinoamericano*, p. 88.

14 La necesidad del Derecho penal podría sostenerse incluso con un discurso idealista de la pena (teorías absolutas), pues, como lo indica MIR PUIG, *Introducción*, p. 114: “Desde la perspectiva de las teorías absolutas, el fundamento del *ius puniendi* sería la necesidad de realizar la Justicia por medio de la pena”.

se encontraría autorizada para ejercerlo y precisar luego los límites a los que queda obligadamente sometido.

III. EL TITULAR DEL *IUS PUNIENDI*

Si bien la reacción punitiva frente al delito tiene orígenes privatísticos¹⁵, en la actual organización social es el Estado quien tiene el monopolio exclusivo de la facultad de imponer penas¹⁶, lo que lo convierte en un asunto público¹⁷. La razón de esta asignación exclusiva del *ius puniendi* al Estado se suele encontrar en la necesidad de que sea un tercero ajeno al conflicto de naturaleza penal, el que decida la manera de resolverlo. Se preservaría, de esta manera, a la respuesta punitiva del riesgo de convertirse en una reacción irracional o desproporcionada, como sucedería, antes bien, si la vendetta o la venganza privada se constituyesen en los medios de respuesta legítimos frente a los actos delictivos¹⁸. Esta argumentación, que parece tener un alto nivel de plausibilidad, no es, sin embargo, del todo correcta, pues no explicaría, por ejemplo, por qué el Estado decide también la imposición de la pena para delitos en los que el ente estatal resulta siendo el perjudicado (por ejemplo, en los delitos contra la Administración Pública). El monopolio estatal del *ius puniendi* debe encontrar, por lo tanto, una explicación distinta.

En nuestra opinión, la razón por la que el Estado se constituye en el titular exclusivo del *ius puniendi* radica en que los intereses afectados por el delito son de naturaleza pública¹⁹. En efecto, lo que motiva la respuesta punitiva por la comisión de un delito no es el perjuicio o el daño concretamente producido al agraviado (de resarcirlo se ocupa, en todo caso, la reparación civil), sino la afectación de las reglas básicas para la convivencia social o, dicho de manera más precisa, el cuestionamiento a la identidad normativa esencial de la sociedad²⁰. Desde esta perspectiva, adquiere el carácter de un interés público mantener, por medio de la imposición de la pena, la vigencia de la identidad normativa esencial de la sociedad puesta en tela

15 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 54.

16 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 113.

17 Vid., sobre cómo se llegó a la naturaleza pública de la cuestión penal, FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 38 y s. En la actualidad la opinión unánime es que el Derecho penal es parte integrante del Derecho público, el cual se caracteriza por el principio de subordinación del individuo al poder del Estado (vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 5).

18 Como lo destacan FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 332; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 181.

19 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 8, resalta el carácter público de la cuestión penal, pero no porque el Estado asuma la persecución del delincuente en representación del individuo afectado (lo que considera un rodeo innecesario), sino porque la infracción de la norma penal origina un conflicto público, esto es, una desautorización de la norma.

20 Así, expresamente FRISTER: *Derecho Penal*, PG, p. 38.

de juicio por el delito. Sancionar penalmente la comisión de un delito se convierte en una labor que le corresponde realizar al Estado.

El carácter público del delito es tal que la persecución penal ni siquiera precisa de la denuncia del afectado. De hecho, el ejercicio de la acción penal es facultad exclusiva de una institución estatal autónoma: el Ministerio Público (artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política). Solamente en el caso de delitos que lesionan intereses altamente personalísimos (como, por ejemplo, los delitos contra el honor), el afectado mantiene la facultad exclusiva de solicitar a los tribunales penales la imposición de la sanción penal correspondiente²¹, aunque la sanción siempre la tiene que imponer el Estado a través del Poder Judicial. Algunas restricciones en la persecución penal se presentan en el caso de delitos que lesionan levemente intereses personales, como sucede, por ejemplo, con las lesiones culposas leves, pues la persecución penal exige una denuncia de parte agraviada como requisito de procedibilidad de la acción penal (los llamados delitos semipúblicos)²². Pero una vez hecha la denuncia por el afectado, el hecho delictivo adquiere interés público, de manera tal que los representantes del Ministerio Público se encuentran en la obligación de perseguir al autor del delito. De todo lo anterior, se desprende con claridad que el carácter público del delito es lo que sustenta que el ejercicio del *ius puniendi* sea un monopolio estatal, lo que tiene lugar no sólo en la imposición de la sanción (siempre), sino también en la persecución (salvo algunas excepciones por el escaso interés público del delito cometido).

IV. LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

La potestad de castigar las conductas delictivas no puede ser ejercida de forma irrestricta, por lo que el Estado no está autorizado a optimizar al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer en una situación de terror penal o llevar a cabo una injerencia indebida en las libertades del ciudadano. El ejercicio de la potestad punitiva debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que forman parte esencial del sistema penal²³. A estas garantías se les conoce también como principios político-criminales²⁴, en la medida que se ocupan de definir la manera como el Estado debe usar el Derecho penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas. Aunque se les pueda calificar de límites al ejercicio del *ius*

21 Así, respecto de los llamados delitos privados, MIR PUIG: *Introducción*, p. 114.

22 Vid., igualmente, MIR PUIG: *Introducción*, p. 114.

23 SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 2187 considera que no se trata propiamente de unos límites al *ius puniendi*, sino de auténticos fines del Derecho penal.

24 Vid., sobre la relevancia político-criminal de los principios penales, YACOBUCCI: *El sentido de los principios penales*, p. 367 y ss. Vid., igualmente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Política criminal*, p. 177 y ss.; CANCHO ESPINAL: *LH-Paredes Vargas*, p. 464.

puniendi, el hecho es que, en estricto, se trata de aspectos que no limitan, sino que conforman la función atribuida al Derecho penal. Su importancia en el ejercicio de la potestad punitiva se pone en evidencia con su expresa incorporación en el Título Preliminar del Código Penal y que, en algunos casos, llega incluso a merecer su reconocimiento en la misma Constitución²⁵.

Los principios político-criminales se han ido perfilando a lo largo de los más de doscientos años de discusión sobre la manera de asegurar un uso racional del castigo penal. Su origen se remonta a la conformación del llamado Derecho penal liberal en el marco de la ilustración²⁶. La situación política entonces reinante desempeñó un rol determinante en su configuración: se trataba de un momento histórico en el que todavía estaba fresco en la memoria las arbitrariedades cometidas por los Estados absolutistas. Por esta razón, la formulación de gran parte de estos principios penales estuvo orientada primordialmente a evitar los excesos en el ejercicio del poder punitivo por parte de los gobernantes. El reconocimiento de este origen histórico no debe llevar, sin embargo, a mantener los principios jurídico-penales tal y como fueron inicialmente formulados, pues eso constituiría un serio error de contextualización.

El contexto político-social actual es completamente distinto. Si bien es posible que también en la actualidad el *ius puniendi* se pervierta y deje de proteger el orden social para favorecer intereses de determinados grupos de poder, la situación no es la misma. Estamos ante gobiernos elegidos democráticamente para gobernar un tiempo determinado, con sistemas de control mutuo entre los poderes del Estado, en algunos casos incluso con mecanismos políticos de supervisión por parte de los propios gobernados. Por ello, mantener las garantías penales con el mismo contenido que sirvió para limitar los excesos de poder, constituiría un inaceptable estancamiento del sistema jurídico. La labor de determinación de los principios jurídico-penales y su específico contenido debe de responder a la constitución de la sociedad actual, a sus particularidades y requerimientos²⁷. No hacerlo implicará alejar el discurso de la realidad social y, por lo tanto, condenar a que la definición de los principios político-criminales no sea más que un debate académico sin la menor repercusión práctica.

25 Vid., CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 30 y s.

26 Vid., BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 65.

27 Ya indicaba la necesidad de "socializar" los principios de *última ratio* y subsidiariedad entendidos como principios individual-liberales, VOLK: *JZ* 1982, p. 88. Sobre el carácter políticamente controversial de los principios político-criminales, en especial, del principio de subsidiariedad, MAÑALICH: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 29 (2018), p. 64 y ss.

La justificación actual de los principios político-criminales puede encontrarse en el marco de la función preventiva o restabilizadora atribuida al Derecho penal. En la lógica preventiva, la pena no sólo debe ser eficaz para prevenir los delitos (*Zweckrationalität*), sino que debe también orientarse al respecto de las garantías jurídico-penales (*Wertrationalität*). Para algunos, esta orientación hacia las garantías constituye una limitación externa a la función intimidatoria de la pena (teoría de la prevención general negativa), mientras que para otros la prevención de los delitos requiere de una pena justa, es decir, que se corresponda con los criterios de justicia, proporcionalidad, etc. (teoría de la prevención de integración)²⁸. Sea como fuere, para la perspectiva preventiva el Derecho penal sería una síntesis dialéctica de una finalidad utilitarista de prevención y una finalidad valorativa de garantías. Desde la perspectiva restabilizadora, por el contrario, las garantías se deben funcionalizar en atención a la prestación social asignada al Derecho penal²⁹. En este sentido, no es posible que la pena cumpla con la función que se le asigna, si en el restablecimiento de la norma no se observan los principios que aseguran que la pena desarrolle un efecto comunicativo válido en la sociedad actual³⁰. La comunicación penal no puede hacerse de cualquier manera; es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones de legitimidad política, es decir, el respeto de las garantías jurídico-penales.

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos establece que el Derecho penal solamente puede ser utilizado para proteger bienes jurídicos, por lo que la intervención punitiva no podrá encontrar justificación si lo que se busca es preservar o fortalecer valores puramente morales, objetivos políticos o reglas de simple orden social³¹. A este principio se le vincula lógicamente el principio de lesividad, según el cual la pena se impondrá únicamente a conductas que lesionen o, por lo menos, pongan en peligro el bien jurídico protegido. Sin esa lesividad de la conducta, no es posible sustentar la imposición de la sanción penal. Todo esto parece tener mucho sentido y es, por ello, que muy poco se discute. Sin embargo, el consenso conceptual se rompe por completo cuando se entra a precisar lo que debe entenderse por bien jurídico. A lo anterior se suma el hecho innegable de que,

28 Vid., la referencia a estos planteamientos en SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 249.

29 Vid., RAGUÉS I VALLÈS, en *El Funcionalismo en el Derecho Penal*, II, p. 493 y s., en relación con el principio de legalidad y su función de garantizar la objetividad del sistema penal.

30 Vid., similarmente, WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 253. Sobre la posibilidad de construir una lógica funcionalista de los valores, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21.

31 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 2 y ss.; EL MISMO, *RPDJP* 5 (2004), p. 294. En la doctrina penal nacional, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 95; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 84.

en la actualidad, la legislación penal está plagada de tipos penales que no responden al criterio de la lesividad tal y como se acaba de formular. Bajo estas circunstancias, las alternativas son esencialmente dos: o se abandona la construcción conceptual del bien jurídico y su lesividad como exigencia para la imposición de una pena, o se reformulan para ajustarlas a las necesidades punitivas de la sociedad actual.

A. Concepto de bien jurídico

La discusión doctrinal sobre el bien jurídico penalmente protegido tiene más de un siglo de antigüedad y, pese al tiempo transcurrido, los penalistas no se han puesto aún de acuerdo sobre su definición. Se trata de un concepto jurídico-penal que todos usan, pero que no todos entienden del mismo modo. Muy gráfica al respecto es la tan citada afirmación de WELZEL de que "(e)l bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto"³². No obstante, pese a la dificultad de su definición, resulta ineludible pronunciarse sobre este concepto esencial del Derecho penal, pues, de lo contrario, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos estaría en incapacidad de desempeñar alguna función de control sobre el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

La doctrina penal coincide en que el término "bien jurídico" fue utilizado por primera vez por BIRNBAUM, quien, en oposición a la tesis de FEUERBACH³³, entendió que el delito no lesionaba derechos subjetivos, sino bienes. Esta idea se muestra con claridad en el siguiente extracto del trabajo de BIRNBAUM: "Que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es el objeto de nuestro derecho, que se nos sustraiga o merme un bien que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro derecho"³⁴. Algunos autores consideran que el referido autor realizó esta afirmación siguiendo la lógica liberal de limitar la actividad punitiva del Estado³⁵. Otros, por el contrario, señalan que introdujo el concepto de bien jurídico para sustentar la incriminación de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, y en contra, por tanto, de los postulados liberales³⁶. Pero con independencia de esta discusión sobre

32 WELZEL: ZStW 58 (1939), p. 509.

33 FEUERBACH: *Tratado*, § 23: "Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)".

34 Vid., BIRNBAUM: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos*, p. 81.

35 Vid., así, SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 26 y ss.; MARX: *Zur Definition*, p. 84 y ss.

36 Así, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 5. Algunos autores como SCHÜNEMANN, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 206, consideran, sin embargo, que la apreciación de Amelung es muy exagerada. En España sigue una interpretación similar MIR PUIG: *Introducción*, p. 128.

el sentido ideológico que BIRNBAUM le dio al concepto de bien jurídico, el hecho es que a partir de ese momento el bien jurídico se convirtió en el fundamento con el cual poder sustentar la intervención penal³⁷. Sin la protección de un bien jurídico, no habrá manera de justificar la imposición de una sanción penal.

La discusión sobre cómo se conforma el bien jurídico se inicia propiamente con el enfrentamiento entre la postura formalista de BINDING y la sociológica de VON LISZT. Para el primero, el bien jurídico era creado por el Derecho al elegir los objetos que, en opinión del legislador, merecían protección penal. El bien jurídico abarca "todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta"³⁸. Su titular es la comunidad jurídica, aunque en apariencia se presente como individual, lo que explica que sea el legislador el que lo determine. Como puede verse con facilidad, el concepto de bien jurídico propugnado por BINDING no constituye, en sentido estricto, un límite a la actividad criminalizadora del legislador, pues desde esta perspectiva el bien jurídico llega a ser tal por el hecho de gozar de protección jurídica³⁹. Con esta concepción, a lo mucho, podrían excluirse comportamientos de carácter puramente moral, en la medida que constituyen valores en sí mismos y no aspectos valiosos para la "vida sana de la comunidad jurídica"⁴⁰.

Por el contrario, VON LISZT consideró que era la realidad social, y no el legislador, la que determinaba qué objetos eran merecedores de protección penal. Para el autor del Proyecto de Marburgo, el bien jurídico es el interés de la vida que el Derecho no crea, sino que se encuentra y eleva a la categoría jurídica. Dicho con sus propias palabras: "No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico"⁴¹. Este planteamiento abre sin duda la posibilidad a una mayor función crítica del

37 Aunque debe reconocerse que este aporte doctrinal debió esperar varias décadas hasta que Binding lo colocó en la discusión penal (vid., ESER: *Sobre la exaltación del bien jurídico*, p. 19; GUZMÁN DALBORA: *Estudio preliminar* a la obra de Birnbaum, p. 38). Al hacer Birnbaum su planteamiento dominaban aún los hegelianos con su teoría del delito como lesión del Derecho, por lo que éste no adquiere notoriedad de manera inmediata, como lo destaca JAKOBS: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 164. Tan es así que AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 45, llega a sostener que el estudio de Birnbaum hubiera desaparecido por completo de la ciencia del Derecho penal, si Binding no se hubiese referido a él.

38 BINDING: *Die Normen*, Vol. 1, p. 341 y s.

39 Así, SWODOBA: ZStW 122 (2010), p. 30. En esta línea, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 27, señala que, para el planteamiento de Binding, el bien jurídico no crearía la norma, sino la norma al bien jurídico.

40 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 12.

41 VON LISZT: *Tratado*, I, p. 6.

concepto de bien jurídico⁴², pero hay que indicar que VON LISZT no precisó qué debía entenderse en el plano social como “interés de la vida”, lo que hizo poco útil en la práctica la función limitadora de su concepto de bien jurídico⁴³. Es más, al reconocer al Estado como representante de la sociedad, prácticamente se le dio a toda norma penal cuando menos el interés del Estado de penalizar una determinada conducta⁴⁴. Por todo esto, puede decirse que, aun cuando VON LISZT persiguió un concepto material de delito que sirviese de frontera máxima de lo punible⁴⁵, su planteamiento no fue más que un programa sin desarrollo que, como se verá enseguida, buscó ser realizado, desde una perspectiva distinta, por los autores neokantianos.

El cambio del método científico en las ciencias del espíritu, luego del furor positivista, dio origen a una línea de pensamiento jurídico a la que se le denominó neokantiana y que tuvo una especial importancia en el ámbito específico del Derecho penal. La nueva visión del Derecho penal impulsada por el neokantismo llevó a una reformulación de la teoría del delito, en donde la filosofía de los valores pasó a ocupar un lugar primordial⁴⁶. En concreto, cabe destacar que, en relación con el concepto de bien jurídico, se dejó de buscar el referente para su determinación en la norma penal o en el terreno empírico-social, para encontrarlo, más bien, en el mundo espiritual de los valores. La dirección neokantiana coincidió con la línea de pensamiento de VON LISZT al remitirse a una realidad externa al Derecho positivo, pero en lugar de acudir al terreno social trasladó la discusión al mundo espiritual de los valores⁴⁷.

Al interior de la perspectiva neokantiana es posible distinguir dos orientaciones. Por un lado se encuentra la orientación neokantiana que equipara valor y fin, con la consiguiente caracterización del bien jurídico como el fin perseguido por el legislador penal⁴⁸. Como es fácil de notar, el concepto de bien jurídico desde esta perspectiva pierde por completo su función crítica, para asumir una función mera-

42 En este sentido, POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 164.

43 Así, SWODOBA: *ZSrw* 122 (2010), p. 32; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 13: “también los delincuentes persiguen intereses”. La misma crítica anteriormente en MIR PUIG: *Introducción*, p. 129 y s.

44 En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 67.

45 Así, la famosa frase de VON LISZT: *ZSrw* 8 (1888), p. 139 y s.: “el bien jurídico es un concepto límite de la lógica jurídica abstracta”.

46 Vid., en este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 73.

47 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 130.

48 A esta orientación se adscribe el planteamiento de HONIG: *Die Einwilligung*, p. 94, que define el bien jurídico como una fórmula sintética en la que el legislador reconoce el fin que persigue con cada una de las prescripciones penales.

mente interpretativa de las prescripciones penales, esto es, de interpretación teleológica⁴⁹. Por otro lado está la orientación neokantiana que define el bien jurídico como un valor de la cultura y el delito, por tanto, como la lesión de una norma de cultura⁵⁰. Pese a la referencia externa al Derecho utilizada por este sector del pensamiento neokantiano para determinar el bien jurídico, tampoco pudo desarrollar una función de limitación del ejercicio del *ius puniendi*, pues se presentaba sumamente complicado definir una cultura aislada del ordenamiento jurídico generado por la misma sociedad⁵¹. Pero, aún más, la indeterminación de la cultura, como fuente de los intereses positivamente valorados, hizo que este concepto pierda sustancialmente su potencial crítico frente a la actividad incriminatoria del legislador penal.

La espiritualización del concepto de bien jurídico que tuvo lugar con la metodología neokantiana⁵², especialmente con la perspectiva teleológica, favoreció el surgimiento de planteamientos irracionales durante la época del nacionalsocialismo alemán en la primera mitad del siglo XX. Si bien los penalistas de ideología nazi rechazaron, en un primer momento, el concepto de bien jurídico por ser contrario a los más altos valores del nacionalsocialismo, luego lo utilizaron para dar legitimidad a las leyes penales expedidas en ese entonces⁵³. En efecto, al definirse el bien jurídico como una “realidad positivamente valorada”, la relatividad de los valores asumida por el neokantismo fue aprovechada para incluir la fidelidad al sentimiento del pueblo alemán como un valor positivo de la cultura. De esta manera, el delito se configuró como una lesión al deber de fidelidad al pueblo alemán, erigiéndose dicho deber de fidelidad en el bien jurídico penalmente protegido⁵⁴. Está claro que con un planteamiento como éste difícilmente el bien jurídico podía desempeñar alguna función de control sobre el poder punitivo ejercido por el Estado.

Después del triste período nacionalsocialista, surgieron diversos intentos por dar un fundamento ético al concepto de bien jurídico⁵⁵, buscando con ello evitar caer nuevamente en la perversión de los valores. Así, cabe mencionar el planteamiento de MAYER, quien consideraba que la protección de los bienes jurídicos estaba mediatizada por la protección de un orden moral que se expresaba formalmente

49 En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 73 y s.

50 Vid., MAYER: *Derecho Penal*, PG, p. 71: “delito es un acontecimiento imputable (...) que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado”; WOLF: *Die Justiz* III (1927/1928), p. 111; EL MISMO, *Las categorías de la tipicidad*, p. 19 y s.

51 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 13.

52 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 28.

53 En este sentido, MIR PUIG: *Introducción*, p. 131 y s.

54 Vid., SCHAFFSTEIN, en *Grundfragen der neuen Rechtsweisenschaft*, p. 108 y ss.

55 En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 88.

a través del orden jurídico⁵⁶. En una línea de pensamiento igualmente moralizante, WELZEL entendió que la misión central del Derecho penal no residía en proteger bienes jurídicos actuales como la persona individual o su propiedad (a lo que el Derecho penal llegaba demasiado tarde), sino en asegurar la vigencia real de los valores ético-sociales de la acción⁵⁷. Con estos planteamientos se procuró dotar al bien jurídico de una base ética o moral que lo preservase de la manipulación política o del relativismo de los valores. Sin embargo, la visión moralizante del bien jurídico trajo también como consecuencia que se abriese la posibilidad de justificar la criminalización de conductas de carácter estrictamente moral⁵⁸, tal como sucedió en el Proyecto Gubernamental de Código penal alemán de 1962. Como contrarreacción a esta pretensión criminalizadora, sustentada en una concepción moralizante del bien jurídico, comenzaron a desarrollarse diversas visiones del bien jurídico de base sociológica, en las que se pasó a destacar más la contextualización social que el orden moral. En efecto, los bienes jurídicos dejaron de ser vistos como valores culturales o éticos, para ser entendidos como condiciones indispensables para el orden social.

Las concepciones del bien jurídico de base sociológica pueden agruparse en dos grandes orientaciones. En primer lugar, cabe mencionar la línea de pensamiento que deja de referir el bien jurídico a la persona y lo centra, más bien, en el sistema social. La razón de este cambio de paradigma lo explica AMELUNG con las siguientes palabras: "Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona"⁵⁹. La importancia de la significación social le llevó incluso a proponer abandonar el concepto de bien jurídico y quedarse solamente con la idea de dañosidad social⁶⁰. Sin embargo, a este planteamiento se le reprocha la misma debilidad que las propuestas anteriores, pues, si bien rescata la noción de bien jurídico del mundo abstracto de los valores y lo integra en la realidad social, no establece con claridad los criterios para determinar qué grado de dañosidad social se requiere para que intervenga el Derecho penal⁶¹. Por otra parte, la exclusiva referen-

56 Vid., MAYER: *Strafrecht*, AT, p. 52 y ss.

57 Vid., WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 4: "La misión del Derecho penal es la protección de los elementales valores ético-sociales de la acción y de la conciencia y recién a partir de ellos la protección de los bienes jurídicos individuales". La misma idea la reitera WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 231: "Detrás de las normas del Derecho penal se encuentran, como su contenido material, los valores de la acción de carácter ético-jurídico".

58 Así, el peligro que advierte HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 101, de dar fundamento a una responsabilidad ética absoluta.

59 Vid., AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 390.

60 Vid., AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 350 y ss.

61 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 270.

cia a la funcionalidad social podría llevar a proteger penalmente estrategias políticas e incluso caer en la penalización de valores morales, mediatizando las necesidades reales de los individuos⁶².

La visión sociológica del bien jurídico tuvo también otra línea de desarrollo que, a diferencia del funcionalismo de AMELUNG, no desplaza al individuo para centrarse en la sociedad, sino que entiende las condiciones sociales en atención a su necesidad para el desarrollo de los individuos. Tres son los principales autores que han desarrollado, desde sus propias perspectivas, esta línea de pensamiento. Por un lado, está el planteamiento desarrollado por CALLIES sobre la base del interaccionismo simbólico. Para este autor las sanciones penales no tienen la función de privar, sino de establecer las oportunidades de participación, esto es, de hacer posible la libertad en los sistemas sociales, de manera tal que lo que el Derecho penal protege son las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad⁶³. Desde esta perspectiva, la introducción de un planteamiento social en la teoría del bien jurídico no es solamente posible, sino altamente conveniente para la libertad del individuo⁶⁴. Por otro lado, cabe mencionar la posición desarrollada por MARX que considera bienes jurídicos a los objetos que requiere el ser humano para su libre autorrealización⁶⁵. Sin embargo, lo destacable de su planteamiento es que no concibe la existencia de los seres humanos como ermitaños, sino con una individualidad social⁶⁶. Finalmente, hay que hacer referencia a la propuesta de HASSEMER, quien coloca el concepto de bien jurídico en el contexto histórico cultural en el que se valoran los objetos afectados por las conductas criminalizadas (experiencia valorativa social)⁶⁷. Si bien esta concepción del bien jurídico rescata el aspecto social al integrar en el sistema de bienes jurídicos las condiciones de vida de la moderna socialización, es muy claro al prescribir que la protección de estas condiciones generales debe funcionalizarse partiendo de la persona individual. La condición irrenunciable de la protección penal es servir a los intereses del hombre⁶⁸.

Pese a que las propuestas doctrinales acabadas de esbozar le han devuelto, sin duda alguna, materialidad social al concepto del bien jurídico, los estudios actuales intentan encontrar puntos de referencia más específicos para concretar el aspecto

62 Así, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 126; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 269.

63 Vid., CALLIES: *Theorie der Strafe*, p. 64. Sigue esta teoría, MIR PUIG: *Introducción*, p. 140.

64 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 137.

65 Vid., MARX: *Zur Definition*, p. 62.

66 Vid., MARX: *Zur Definition*, p. 25 y ss. En una línea de pensamiento similar, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 271.

67 HASSEMER: *Theorie und Soziologie*, p. 244 y ss.

68 Vid., HASSEMER: *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 282.

social determinante de la protección penal. A nuestro modo de ver, las líneas de argumentación que se han desarrollado al respecto en los últimos años van fundamentalmente por tres caminos: una línea formal que recurre a la Constitución Política para definir los intereses merecedores de protección penal, una línea material que parte de una comprensión contractualista de la sociedad y una línea institucional que se centra en la protección de la norma como expectativa de conducta jurídicamente garantizada.

Las tesis constitucionalistas pretenden hallar en la Constitución Política el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. Autores como SAX⁶⁹ en Alemania, BRICOLA⁷⁰ en Italia y ESCRIVÁ GREGORI⁷¹ en España han desarrollado, con sus propios matices, este punto de partida. Como idea general, cabe decir que el planteamiento constitucionalista entiende que el Derecho penal solamente puede proteger valores constitucionalmente reconocidos, de manera tal que al legislador le resulta prohibido rebasar los límites establecidos por el constituyente⁷². Este planteamiento cuenta en la doctrina nacional con algunos defensores⁷³, a los que el Tribunal Constitucional ha dado cierto respaldo, al haber señalado que el Derecho penal tutela los valores proclamados en la Constitución⁷⁴. Pero cuán vinculado está el legislador penal frente al programa constitucional, es un punto que ha llevado a que dentro del planteamiento constitucionalista se diferencie entre una variante amplia y una variante estricta.

El constitucionalismo amplio vincula de manera general al bien jurídico con el modelo de Estado constitucionalmente establecido, es decir, con el Estado social y democrático de Derecho, mientras que el constitucionalismo estricto requiere que la Constitución reconozca explícita o implícitamente el interés que, en concreto, se quiere tutelar penalmente⁷⁵. Ambas variantes de las tesis constitucionalistas han sido sometidas a crítica. Al constitucionalismo amplio se le ha cuestionado recurrir igualmente a un criterio difuso, flexible e incluso ambiguo, lo que no garantiza la

69 SAX, en *Die Grundrechte*, p. 909 y ss. Propone igualmente una fundamentación constitucional del bien jurídico, RUDOLPHI: *FS für R. M. Honig*, p. 158 y ss.

70 BRICOLA, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, p. 15 y s. Siguen esta línea en la doctrina penal italiana, MUSCO: *Bene Giuridico*, p. 55 y ss.; ANGIONI: *Contenuto e funzioni*, p. 161 y ss.

71 ESCRIVÁ GREGORI, en *Papers* 13 (1980), p. 157. Siguen en España este planteamiento, ÁLVAREZ GARCÍA: *CPC* 43 (1991), p. 5 y ss.

72 Vid., con mayor detalle y ulteriores referencias, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 135 y ss.

73 Así, ABANTO VÁSQUEZ: *LH-Juan Bustos Ramírez*, p. 69.

74 STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 11.

75 Vid., la exposición al respecto de CARO CORIA: *Derecho penal del ambiente*, p. 36 y ss.

seguridad y certeza descada en la teoría del bien jurídico⁷⁶. Al constitucionalismo estricto, por su parte, se le ha objetado generar vacíos en el caso de nuevas realidades que, por razones de evolución social, no se encuentran recogidas dentro del marco expresamente previsto por la Constitución⁷⁷. Por ello, la determinación del bien jurídico protegido no puede satisfacerse únicamente con un planteamiento formal a nivel de la Constitución⁷⁸.

Un sector importante de la doctrina penal contemporánea intenta determinar un contenido material del bien jurídico a partir del sistema político socialmente asumido. En esta línea de pensamiento se mueve la concepción de bien jurídico defendida por ROXIN, quien lo define literalmente como “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”⁷⁹. De esta definición del bien jurídico, se desprende con absoluta claridad que son dos los aspectos de protección que justifican una labor de penalización: la libertad del individuo en un Estado liberal (bienes jurídicos individuales) y la capacidad funcional del sistema social basado en este principio (bienes jurídicos colectivos). Lo que no sirva a lo uno o a lo otro, no puede justificar la expedición de una conminación penal.

Se ha intentado unificar la dualidad de los bienes jurídicos protegidos con base en la idea rectora de que el Estado debe asegurar las posibilidades del libre desarrollo del individuo. El sustento filosófico de esta idea sería el contrato social que dio origen históricamente al concepto del bien jurídico como limitación del Derecho penal⁸⁰. En cuanto a los bienes jurídicos individuales, se sigue trabajando con el entendimiento liberal de derechos individuales. No obstante, resulta claro que mantenerse únicamente en esta visión decimonónica del bien jurídico constituiría un grave error de contextualización histórica, pues la elevación a los altares del derecho de propiedad ocurrida en el siglo XIX a causa de la escasez de bienes materiales en aquel entonces, no es el aspecto esencial de la sociedad actual, caracterizada, más bien, por el consumismo y la producción masiva con sobreexplotación de los recursos naturales⁸¹. En este orden de ideas, la lesividad social del delito no puede quedarse en el paradigma liberal del daño a los derechos de otro individuo,

76 En general esta crítica a las teorías constitucionalistas del bien jurídico, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 273 y s.

77 Vid., CARO CORIA: *Derecho penal del ambiente*, p. 37.

78 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 274.

79 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 9.

80 Vid., SCHÜNEMANN, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 203 y ss.; GRACIA MARTÍN: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, [consulta: 7 de junio de 2012], IJ-LXIV-965.

81 Vid., SCHÜNEMANN: *Consideraciones*, p. 23.

sino que debe tener en cuenta el buen funcionamiento de los distintos sectores de interacción social⁸². Por ello, la protección penal debe alcanzar a bienes jurídicos colectivos, pero debe resaltarse que el criterio que legitima su protección no es uno distinto, pues la protección de las condiciones del sistema social se orienta igualmente a asegurar las posibilidades del libre desarrollo del individuo⁸³.

Con independencia de la viabilidad filosófica de la idea del contrato social como criterio de legitimación de la sociedad⁸⁴, al planteamiento contractualista se le puede reprochar no haber desarrollado suficientemente cómo la protección de bienes colectivos se corresponde con la protección del libre desarrollo del individuo. Recurre con cierta facilidad a bienes jurídicos supraindividuales para fundamentar la incriminación de determinadas formas de conducta (delitos económicos, por lo general), pero no hay mucha claridad sobre cuándo ese interés colectivo favorece el libre desarrollo del individuo⁸⁵. La simple afirmación de que el sustrato de los bienes colectivos tiene la virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal⁸⁶, deja una sensación de indefinición con poca capacidad crítica frente a la labor del legislador. Por ello, un sector de la doctrina penal muestra serios reparos a la formulación de los bienes jurídicos supraindividuales, pues considera que no sólo se produce una indeterminación poco garantista del objeto de protección⁸⁷, sino que, al final, se pasa fácilmente a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de la norma penal⁸⁸. Así, la función crítica del bien jurídico se mantendría solamente en el caso de bienes jurídicos individuales, pero respecto de los bienes jurídicos colectivos no se contarían con criterios definidos para evaluar críticamente la labor de incriminación del legislador. Para evitar esta situación, algunos consideran necesario tener en cuenta principios limitadores de la punición

82 En este sentido, SCHÜNEMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 395; GRACIA MARTÍN: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, [consulta: 7 de junio de 2012], IJ-LXIV-965.

83 Vid., respecto de los bienes jurídicos que crean esferas de libertad para los individuos, HEFENDEHL: *Kollektive Rechtsgüter*, p. 59 y s.; EL MISMO, *LH-Gimbernat*, I, p. 402; SCHÜNEMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 396.

84 En lo que se centra la crítica de JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 19 y ss.

85 Así, por ejemplo, lo mostrado por AMELUNG, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 236, en relación con el delito de maltrato de los animales, cuya criminalización Roxin defiende con el argumento de que se trata de un acto de solidaridad entre criaturas de la creación, cuando poco antes había vinculado el bien jurídico al libre desarrollo de los seres humanos.

86 Así, GRACIA MARTÍN: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, [consulta: 7 de junio de 2012], IJ-LXIV-965.

87 Vid., así, HASSEMER: *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 282 y ss.; EL MISMO, *ADPCP* 1993, p. 56; SGUBBI: *El delito*, p. 103 y s.

88 Vid., sobre todo en la discusión italiana, MOCCIA, en *Politica criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 113 y ss.

como la subsidiariedad, la autoprotección, la proporcionalidad, la tolerancia y la difusión de la responsabilidad⁸⁹.

Mayor uniformidad de criterio para la determinación del bien jurídico procura la concepción institucional defendida por JAKOBS, quien entiende que el Derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos (materiales o inmateriales) valorados positivamente, sino la vigencia de la norma que establece los comportamientos compatibles con su respecto⁹⁰. El punto de partida de esta concepción es que el Derecho penal no prohíbe estados desvalorados, sino la producción evitable de tales estados. En este sentido, el fin de la prohibición penal no es garantizar la existencia de determinados bienes (individuales o colectivos), sino evitar un ataque contra los mismos, lo que puede significar afectar la existencia o la producción de bienes⁹¹. En unos casos el cumplimiento de esta finalidad se hace mediante deberes negativos que prohíben lesiones a bienes existentes; en otros mediante deberes positivos que obligan proteger un bien determinado o a contribuir a la conformación de determinado bien⁹². Vista de esta manera las cosas, al Derecho penal no le corresponde la función de mantener incólumes los derechos o intereses protegidos. De lo que se trata, más bien, es de devolver la vigencia social a la norma cuestionada por la conducta del autor, de manera tal que la defraudación de dicha norma no afecte las instituciones socialmente vigentes⁹³.

La posición institucional ha sido sometida también a crítica. Sin embargo, no es una crítica que niegue que el Derecho penal proteja la vigencia de la norma, sino que cuestiona la idea de que tal protección se reduzca solamente a ella⁹⁴. Se sostiene que el restablecimiento de la vigencia de la norma no puede ser un fin en sí mismo, sino que debe estar destinado a que, en el futuro, no se produzcan lesiones a los bienes jurídicos. Por lo tanto, son esas realidades individuales o sociales las que finalmente se protegen por medio del Derecho penal. Se dice que tal dato es tan indiscutible que el mismo JAKOBS se ha visto obligado a matizar su extremo planteamiento normativista mediante la aceptación de una base cognitiva que asegure mínimamente que los bienes jurídicos no serán lesionados⁹⁵, lo que supone finalmente

89 Vid., HEFENDEHL: *LH-Gimbernat*, I, p. 395.

90 Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; EL MISMO, *La ciencia*, p. 136; EL MISMO, *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 169; LESCH: *Intervención delictiva*, p. 27; MÜSSIG: *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 140 y ss.; PÉREZ DEL VALLE: *InDret* 4/2006, p. 10.

91 Vid., así, JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 26.

92 Vid., JAKOBS: *Ius Puniendi* 1 (2015), p. 167 y s.

93 Vid., JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 26: "Se trata, pues, de la protección de instituciones (...)".

94 En este sentido, ROXIN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 309.

95 Vid., JAKOBS: *Staatliche Strafe*, p. 29. Vid., la recensión de SILVA SÁNCHEZ: *InDret* 4/2006, p. 1 y ss., destacando ese aspecto del planteamiento de Jakobs.

admitir la finalidad preventiva del Derecho penal para orientar el comportamiento de las personas a no lesionar bienes jurídicos.

B. El principio de lesividad

Del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se desprende el llamado principio de lesividad. En virtud de este principio, la imposición de una sanción penal requiere que la conducta incriminada haya lesionado el bien jurídico protegido⁹⁶. Por el contrario, si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no estará justificado sancionarla penalmente. El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal recoge esta exigencia para legitimar la imposición de la pena, al establecer que esta última precisa necesariamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley⁹⁷. A esta formulación del principio de lesividad no hay nada que reprocharle en el plano conceptual. Lo problemático es que contrasta, en la realidad, con dos formas de tipificación muy extendidas en el Derecho penal actual: los delitos de peligro abstracto (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) y los delitos de comportamiento (*Verhaltensdelikte*). En ambos casos, el delito se castiga sin que exista una afectación concreta a un bien jurídico penalmente protegido. Corresponde determinar entonces si es que se trata de cuerpos extraños o si, pese a sus particularidades, pueden igual encontrar cobijo en el sistema jurídico-penal.

a. Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto sancionan comportamientos caracterizados por su peligrosidad general, sin que sea necesario que se haya puesto en peligro efectivo o lesionado algún objeto que represente al bien jurídico⁹⁸. La cuestión que debe resolverse es si la estructuración típica de estos delitos resulta compatible con el antes explicado principio de lesividad. Al parecer, la respuesta debería tener un tenor negativo en nuestra legislación penal que regula expresamente el principio de lesividad⁹⁹, al punto que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal del 2004 propuso agregar al artículo IV del Título Preliminar una cláusula de excepción que permitiese, en ciertos casos de especial relevancia social, la utilización de los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa¹⁰⁰.

Un sector crítico de la doctrina penal considera que los delitos de peligro abstracto no son más que una invención del legislador para solucionar simbóli-

96 Vid., así en el Derecho penal nacional, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 94.

97 Vid., ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 53.

98 Vid., similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 311.

99 En este sentido, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 54 y s.

100 Crítico, sin embargo, frente al tenor del proyecto de nueva regulación del principio de lesividad, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 96.

camente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad¹⁰¹. Se trata del planteamiento defendido por la llamada escuela de Frankfurt, para quien la técnica legislativa del peligro abstracto no tendría una justificación empírica desde el punto de vista científico¹⁰². Según este planteamiento, tal manera de incriminar conductas constituye un progresivo abandono a la protección de bienes jurídicos, en tanto no sanciona la lesión de los mismos, sino que penaliza simples comportamientos considerados como socialmente negativos (*Kampf gegen das Böse*)¹⁰³. Pero incluso la pretendida mayor idoneidad de los delitos de peligro abstracto para evitar la aparición de riesgos sociales es puesta en tela de juicio¹⁰⁴. HASSEMER afirma, por ejemplo, que los estudios empíricos muestran que en los delitos de tráfico de drogas, donde la labor de tipificación recurre preferentemente a delitos de peligro abstracto, no se ha presentado una reducción de la criminalidad real, sino que, más bien, los índices de dicha criminalidad han aumentado¹⁰⁵. El Derecho penal queda convertido así en un Derecho penal puramente simbólico que no reduce realmente la criminalidad¹⁰⁶.

La crítica frankfurtiana acierta en el plano dogmático al señalar que los delitos de peligro abstracto no se ajustan a la formulación tradicional del principio de lesividad. En lo que se equivoca, sin embargo, es en la valoración político-criminal que hace del peligro como sustento de su incriminación, pues no se trata, como pretenden sostenerlo, de un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino, más bien, de la consecuencia lógica de una sociedad de la información con mayor consciencia de los riesgos derivados de su complejidad organizativa¹⁰⁷. Si el Derecho penal pretende tener una vigencia real, debe necesariamente adaptar sus categorías dogmáticas a las nuevas características

101 Vid., HERZOG: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 70 y ss.; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; PRITTWITZ: *Strafrecht*, p. 255 y ss.

102 En este sentido, HERZOG: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 110; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; KARL, en *La insostenible situación*, p. 61 y s.; LÜDERSEN: *Prologo*, p. 8; PRITTWITZ, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 53, referido al Derecho penal del medio ambiente.

103 Cfr. HERZOG: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 130; NESTLER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V. Lüderssen (Hrsg.), p. 11.

104 Cfr., PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 442 y ss.; NESTLER, en *La insostenible situación*, p. 64; ALBRECHT, en *La insostenible situación*, p. 474.

105 HASSEMER: *NStZ* 1989, p. 558; ALBRECHT: *KritV* 1993, p. 163; PRITTWITZ: *Strafrecht*, p. 370.

106 Vid., HASSEMER: *KritV* 1993, p. 203; EL MISMO, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 19; PRITTWITZ: *Strafrecht*, p. 253 y ss.

107 Vid., JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y ss.

de la realidad social¹⁰⁸. Precisamente la exigencia de esta capacidad de adaptación del sistema penal es el denominador común de los planteamientos dogmáticos a los que se les califica de funcionalistas y que, a diferencia de lo alegado por la escuela de Frankfurt, sostienen la necesidad actual de acudir a la figura de los delitos de peligro abstracto.

Los defensores del llamado funcionalismo teleológico ponen de manifiesto que muchos tipos penales requieren cada vez menos la efectiva lesión de un bien jurídico y se estructuran más sobre la base del peligro. Los criterios de imputación comienzan a abandonar el paradigma de la lesión y asumen un concepto común con los delitos de peligro¹⁰⁹. El fundamento material de esta nueva configuración de las estructuras de tipificación estaría en la necesidad de adaptar las finalidades de las estructuras de tipificación a las particularidades de la realidad social¹¹⁰. En una sociedad política-criminales a las particularidades de la realidad social¹¹⁰. En una sociedad como la moderna, con una gran complejidad de conexiones causales, resultaría iluso pretender explicar la producción de un daño con un solo factor y más aún demostrar la relación de causalidad en detalle¹¹¹. En este sentido, la apertura de la dogmática penal a la realidad social exige que la primera se adapte a las nuevas formas de aparición de los contactos sociales y a su complejidad¹¹². Si bien en los delitos de lesión se requiere, además, que el riesgo prohibido se realice en el resultado¹¹³, lo esencial en la determinación de la imputación es la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido.

Pese a que las consideraciones antes mencionadas resultan plausibles, no puede negarse que el recurso a los delitos de peligro abstracto implica cierta ruptura con el concepto tradicional de bien jurídico y, más concretamente, con la formulación clásica del principio de lesividad¹¹⁴. No obstante, la orientación teleológica del delito considera que los delitos de peligro abstracto son necesarios, en tanto constituyen una consecuencia de la modernización del Derecho penal¹¹⁵, por lo que califica de incorrecta una opción legislativa de rechazo absoluto a los delitos de

108 Vid., SCHÜNEMANN: *CCGPJ* 1991, p. 33.

109 En este sentido, ROXIN, en *La evolución*, p. 45.

110 Como contraposición a la imputación se presenta el principio de legalidad, en el sentido de que lo que no pueda ser imputado objetivamente carece de relevancia jurídico-penal. Vid., así, ROXIN, en *La evolución*, p. 46.

111 Vid., en este sentido SCHÜNEMANN: *Consideraciones*, p. 30 y s.

112 ROXIN, en *Dogmática penal*, p. 29.

113 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 59.

114 Vid., en este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 23.

115 Vid., en este sentido y con mayores referencias, TIEDEMANN: *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. 29; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 85 y ss; SCHÜNEMANN: *Consideraciones*, p. 31 y ss.

peligro abstracto. Ahora bien, la aceptación de los delitos de peligro abstracto no significa que se admita cualquier configuración del peligro abstracto, siendo necesario que el uso de esta técnica de tipificación se haga bajo la observancia de ciertos requisitos: (a) que la conducta prohibida esté claramente descrita, (b) que sea visible su referencia a un bien jurídico y (c) que no vulnere el principio de culpabilidad¹¹⁶. Si la incriminación del peligro abstracto cumple con estas exigencias, no se afectarán las garantías constitucionales y podrá ser considerada legítima. Por el contrario, si no son tenidas en cuenta, tal incriminación devendrá en ilegítima¹¹⁷.

A pesar del esfuerzo del funcionalismo teleológico por legitimar los delitos de peligro abstracto sin romper la referencia con la afectación al objeto que encarna el bien jurídico, está claro que semejante intento no resulta convincente mientras su sustento siga afincado en la posibilidad típica o general de lesionar un bien jurídico¹¹⁸. Como lo ha puesto de manifiesto KINDHÄUSER, esta fundamentación cae en un inevitable trilema: Si el autor es sancionado también cuando valora correctamente la ausencia de relevancia lesiva de su comportamiento concreto, esto se opondría al principio de culpabilidad debido a la ausencia de una conducta desvalorada; si el autor, por el contrario, es sancionado solamente cuando parte de la relevancia lesiva de su comportamiento, perderían los delitos de peligro abstracto la razón de su existencia al lado de los delitos de lesión con punibilidad de la tentativa; y si se permite finalmente como solución la prueba en contrario de la falta de peligrosidad en el caso concreto, esto llevaría a una inversión de la carga de la prueba violatoria del principio del *in dubio pro reo*¹¹⁹. En consecuencia, el fundamento del castigo por la peligrosidad de una conducta no puede estar determinado por su capacidad futura de vulnerar el objeto que encarna el bien jurídico¹²⁰.

Para poder legitimar el castigo de los delitos de peligro abstracto, KINDHÄUSER sostiene que no se debe atender al peligro sobre el objeto que encarna el bien jurídico, sino a la afectación de las condiciones para disponer despreocupadamente del mismo¹²¹. Para que el Derecho penal cumpla cabalmente su función en la socie-

116 Cfr. ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 23b.

117 Vid., por ejemplo, la crítica de TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 75, a la excesiva medida de indeterminación de muchos tipos penales de los delitos económicos.

118 Vid., sobre estos intentos de fundamentación, KINDHÄUSER: *Gefährdung*, p. 229 y ss.; WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 287 y ss.

119 Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 272 y s. Hace referencia a la dificultad de una fundamentación desde el bien jurídico en los delitos de peligro abstracto, MÜSSIG: *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 194 y s.; WOHLERS: *Deliktstypen*, p. 291.

120 En este sentido, KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 273.

121 Vid., así, KINDHÄUSER: *Gefährdung*, p. 279 y ss. Por eso, KINDHÄUSER: *Indret*, 1/2009, p. 7 y ss., considera necesario abandonar el paradigma de la agresión por el de la inseguridad en la disposición racional de un bien.

dad actual no basta con establecer tipos penales con referencia a un "no lesionar a otro". En una sociedad de libertades esto no puede ser suficiente¹²², sino que resulta necesario prohibir también el emprendimiento de conductas dirigidas a lesionar a otro. Sin embargo, el Estado no está en posibilidad de precisar cuáles son todos esos actos prohibidos, por lo que sólo podrá indicar algunos objetivos generales y dejar su concreción en manos de la propia organización de la persona¹²³. Sucede, sin embargo, que cada persona puede llegar a tener una idea muy diferente sobre cuál es el comportamiento adecuado con base en los objetivos generales establecidos por el Estado, lo que se complica aún más por el anonimato de los contactos característico de la sociedad moderna, ya que no se conoce la manera de pensar del sujeto con el que se entra en contacto y cómo éste entiende el cumplimiento del deber negativo de no dañar a otro. En este sentido, puede resultar especialmente difícil orientarse en ciertos ámbitos de la sociedad moderna, ya que la seguridad frente al comportamiento de los demás no está garantizada siquiera cognitivamente.

Con base en lo anterior se sostiene que la existencia extendida de los delitos de peligro abstracto se debe a la necesidad del legislador penal de establecer, a pesar de las distintas representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales para todos sobre determinados comportamientos peligrosos en contextos de actuación especialmente sensibles: tráfico rodado, comercialización de alimentos, medio ambiente, etc. El Estado asume una administración centralizada de los riesgos y precisa cuándo alguien está infringiendo la expectativa social de actuar sin riesgos para otros, aunque individualmente el sujeto no lo crea así¹²⁴. Se trata, pues, de una peligrosidad establecida centralizadamente por el legislador, independiente de la valoración individual que puede darle cada ciudadano. Por ejemplo: el conducir en estado de ebriedad significa ya una infracción del rol de ciudadano de no lesionar a otro en el tráfico rodado, aunque un conductor estime que eso todavía no pone en peligro a los otros partícipes en el tráfico. La seguridad misma respecto del disfrute de los bienes jurídicos, se constituye así en un bien jurídico¹²⁵. El desvalor del delito de peligro abstracto estará constituido por la afectación a las condiciones de disposición segura de un bien jurídico¹²⁶. Esta afectación produce en sí misma una defraudación social que legitima ya la intervención del Derecho penal.

122 Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 53. Sobre la dificultad para encontrar una frontera entre lo permitido y lo prohibido, JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y s.

123 Vid., DERKSEN: *Handeln*, p. 179.

124 Vid., JAKOBS: *La ciencia*, p. 124.

125 Vid., con mayores ejemplos, JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 45 y s.; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 53 y s.

126 Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 276.

b. Los delitos de comportamiento

En la última década se ha discutido de manera especial sobre la posibilidad de admitir la creación de tipos penales que criminalicen comportamientos que van en contra de ciertas convicciones sociales, aunque no se lleguen a afectar derechos individuales de otros¹²⁷. Ejemplos de estas criminalizaciones serían la bigamia, la profanación de cadáveres, el negacionismo, el exhibicionismo, la tenencia de pornografía infantil o el maltrato animal. La reacción punitiva contra estos delitos, que se engloban bajo el concepto común de delitos de comportamiento (*Verhaltensdelikte*)¹²⁸, no tendría lugar por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino por lastimar o herir los sentimientos de la comunidad.

Dado que se trata de conductas que ni siquiera son abstractamente peligrosas para un bien jurídico, la aparición de los delitos de comportamiento no es vista con buenos ojos¹²⁹. Un sector de la doctrina penal procura, sin embargo, encontrar algún criterio con el que puedan encontrar legitimidad. Algunos acuden a la idea de convicciones culturalmente enraizadas como punto de apoyo para sustentar una criminalización excepcional¹³⁰. Otros, por el contrario, no consideran que sea la consolidación social del sentimiento lo que autoriza la creación de un delito de comportamiento, sino que el sentimiento afectado no entre en colisión con otros derechos constitucionalmente reconocidos, lo que permitiría, por ejemplo, rechazar la criminalización de comportamientos como la homosexualidad (aunque pudiese generar un sentimiento de rechazo mayoritario) y aceptar, más bien, el castigo penal de los actos de maltrato animal¹³¹. Por último, hay quienes admiten sin problema su legitimidad, en la medida que se trata de comportamientos que infringen pautas de actuación que forman parte del consenso normativo básico de la sociedad¹³².

Otro sector de la doctrina penal disiente de la idea anteriormente expuesta de que el sustento de los delitos de comportamiento sería un sentimiento y entiende

127 Vid., MIRÓ LLINARES: *RECPC* 17-23 (2015), p. 1 y ss. En la doctrina penal nacional, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 79 y ss.

128 Vid., sobre los delitos de comportamiento, HEFENDEHL: *Kollektive Rechtsgüter*, p. 52 y ss.

129 Crítico, SEELMANN, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 381; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 101 (2017), p. 85. La necesidad de limitar la reacción penal en estos casos con principios como los de proporcionalidad, subsidiariedad, dignidad humana y otros, YACOBUCCI: *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 80.

130 Así, HEFENDEHL: *Kollektive Rechtsgüter*, p. 56.

131 Vid., GIMBERNAT ORDEIG, en *Prólogo a La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 18.

132 Así, STRATENWERTH, en *Mediating Principle*, p. 161; EL MISMO, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 367.

que, también aquí, se está protegiendo un bien jurídico¹³³. Por ejemplo, el maltrato animal lesiona a los animales en cuanto congéneres en la creación con las personas, lo que es un bien jurídico digno de protección reconocido en la Constitución e incluso también en convenciones internacionales. Lo mismo sucedería con la profanación de cadáveres que, de igual forma, afecta gravemente la convivencia y los derechos de la personalidad subsistentes del fallecido. Desde estas consideraciones, los sentimientos de indignación no constituyen el bien jurídico protegido, sino solamente una justificada reacción a su lesión¹³⁴. Lo anterior pone de manifiesto que la sola existencia de una convicción no puede dar paso a una protección penal. La conducta que afecta el sentimiento o convicción solamente puede ser materia de una sanción penal en la medida que constituya la lesión de un bien jurídico, aunque el sentimiento resalte mucho más que la lesión.

En nuestra opinión, resulta correcto el planteamiento que apunta a descubrir detrás de los delitos de comportamiento el bien jurídico que, evidentemente, no se reduce al puro sentimiento. Si la incriminación se sustenta únicamente en el sentimiento, queda claro entonces que será ilegítima. Lo realmente problemático es el encaje de los delitos de comportamiento con el bien jurídico; para ser más exactos: con el concepto clásico de lesividad. Los delitos de comportamiento no criminalizan el daño a los derechos de otro, sino la falta de vigencia comunicativa de ciertas condiciones para la convivencia pacífica en una sociedad de libertades. En la sociedad actual, el ejercicio jurídicamente válido de la libertad requiere reconocer al otro también como persona y, en ese sentido, no realizar comportamientos que, por su sola realización, nieguen aspectos esenciales de su personalidad. Bajo este esquema, se puede entender, por ejemplo, el castigo penal del negacionismo que deje sin identidad histórica a una generación de personas y sus descendientes¹³⁵, del exhibicionismo que invade abiertamente el pudor de los demás¹³⁶, de la discriminación que trata a un ser humano como de distinto valor, del maltrato animal que lastima la sensibilidad de las personas que integran a los animales en su entorno vital, etc. Si bien la afectación que producen estos delitos se expresa de manera distinta a como sucede con los delitos que lesionan los derechos de otro, eso no los hace carentes de lesividad y, por ello, ilegítimos. En lo que podría existir un claro exceso es en la desproporcionalidad de la reacción punitiva por el factor sentimental afectado, lo que, en efecto, debe ser debidamente controlado.

133 Así, ROXIN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 323.

134 ROXIN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 323.

135 A la protección de la autocomprensión de la sociedad hace referencia JAKOBS: *Ius Punienti* 1 (2015), p. 176. Crítica, HÖRNLE, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 397.

136 Vid., HÖRNLE, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 393: "Derechos de defensa frente a la observación obligada de sucesos sexuales".

C. *Hacia una comprensión diferenciada del bien jurídico y la reformulación de la lesividad*

El Derecho penal actual no puede prescindir de la técnica legislativa del peligro abstracto y de la criminalización de los comportamientos contrarios a convicciones sociales elementales, si es que no quiere sacrificar su propia funcionalidad social. El problema es la ruptura que supone la admisión de estas formas de tipificación con la concepción tradicional del principio de lesividad, pues no se cumpliría con la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A nuestro modo de ver, la solución no puede ser mantener el esquema conceptual formulado históricamente bajo la comprensión liberal del bien jurídico y negarle naturaleza penal a todo lo que no se ajuste a este entendimiento de las cosas. Tampoco la vía de la excepción resulta satisfactoria, pues se termina por esta vía evadiendo el control de racionalidad contenido en la regla. Lo que se requiere, a nuestro modo de ver, es llevar a cabo una reformulación del concepto de bien jurídico para hacerlo funcional a las necesidades punitivas de la sociedad actual y, de esa manera, dimensionar apropiadamente la lesividad de las conductas penalmente relevantes.

a. *Los niveles analíticos del concepto de bien jurídico*

En las exposiciones doctrinales es usual utilizar el término "bien jurídico" para referirse a todo aquello que debe ser protegido por el Derecho penal y sustenta, por ello, la criminalización de determinados comportamientos. Si bien es posible hacer esta afirmación de manera muy general, en un análisis dogmático más riguroso resulta necesario llevar a cabo una distinción de niveles analíticos. De hecho, al bien jurídico se le asignan funciones distintas que evidentemente no parten de un mismo concepto¹³⁷. Así, se le asigna, en primer lugar, una función crítica o político criminal con la que se puede determinar si la labor de incriminación del legislador es legítima o no¹³⁸. En segundo lugar, el bien jurídico cumple la función dogmática de dar contenido material a la infracción penal, en el sentido de sustentar la antijuridicidad en la afectación de un bien jurídico¹³⁹. La tercera función es la teleológica, con la que se puede interpretar adecuadamente los elementos de los que se sirve

137 En este sentido, SANZ MORÁN: *LH-Vives Antón*, II, p. 1754 y s.

138 Vid., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho Penal*, PG, p. 124; YACOBUCCI: *El sentido de los principios penales*, p. 198; ABANTO VÁSQUEZ: *Revista Penal* 18 (2009), p. 6. Hay posiciones también escépticas frente a la función crítica asignada al concepto del bien jurídico, cuando menos en cuanto a su suficiencia para la legitimidad de las normas penales [vid., al respecto, SEHER, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 70; FRUSCH, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), p. 221].

139 Sobre la función dogmática del bien jurídico, SANZ MORÁN: *LH-Vives Antón*, II, p. 1754.

el legislador para formular el tipo penal¹⁴⁰. El error en la discusión penal ha sido asignar las tres funciones a un mismo concepto de bien jurídico, cuando lo que se ha tenido que hacer es explicar cada una de estas funciones en niveles analíticos distintos.

En un primer nivel analítico se ubica lo que puede denominarse *bien jurídico* a secas, al que le corresponde la función crítica o político-criminal. Por encima de toda la frondosa discusión doctrinal que ha suscitado el deseo de llegar a tener una exacta determinación de su contenido, el bien jurídico puede ser definido en este nivel analítico como toda condición (individual o colectiva, existente o por consolidar) que resulta esencial para la realización de las personas en sociedad¹⁴¹. La concreción de este concepto requiere, sin duda, de una comprensión antropológica que sólo puede ser alcanzada con la ayuda de la filosofía¹⁴². Pero lo que debe destacarse especialmente aquí es que tal concepto se mueve en el plano de la legitimación, por lo que el uso del Derecho penal solamente podrá estar autorizado si la forma de conducta penalmente sancionada resulta incompatible con la preservación de esas condiciones esenciales para el desarrollo de las personas. Como puede fácilmente deducirse, es en este plano en el que se mueve el llamado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Lo que cabe calificar como *bien jurídico penalmente protegido* entra en escena en un segundo nivel analítico. Se trata de lo que protege el Derecho Penal por medio de la imposición de la pena. No hay duda que tal protección recae sobre la vigencia de la norma infringida por el delito¹⁴³. El Derecho penal no apunta a preservar, cual piezas de museo¹⁴⁴, los objetos individuales o colectivos que encarnan el bien jurídico, sino a devolver la confianza en la norma defraudada. El bien jurídico penalmente protegido es, en consecuencia, la vigencia de la norma que ordena las actuaciones de manera compatible con las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad. La utilidad de este concepto de bien jurídico es dogmática, en la medida que responde a la función (comunicativa) que se le atribuye a la pena. Si la conducta realizada no produce una perturbación social que

140 Vid., sobre la función teleológica, SANZ MORÁN: *LH-Vives Antón*, II, p. 1754.

141 Similarmente, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 30. En la doctrina penal peruana, fundamental, en la conceptualización del bien jurídico en esta línea de pensamiento, NAKASAKI SERVIGÓN: *Advocatus* 1 (1990), p. 35. Destaca la necesidad de vincular el bien jurídico con el desarrollo personal, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 271.

142 Sobre la importancia de la filosofía en la labor dogmática, PAWLIK: *Das Unrecht des Bürgers*, p. 37 y s.

143 En este sentido, KINDHÄUSER: *La lógica de la construcción del delito*, pro manuscrito, p. 4.

144 Así, ya la famosa crítica de WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 140, sobre la visión estática de los bienes jurídicos. Lo destaca especialmente YACOBucci: *Actualidad Penal* 10 (2015), p. 78.

ponga en tela de juicio la vigencia de la norma penalmente garantizada, entonces no se encuentra justificada la imposición de la sanción penal. La irrelevancia penal de las meras intenciones o de las tentativas irreales o burdas encuentran explicación en este nivel analítico.

En el tercer nivel analítico se encuentra lo que puede llamarse como el *objeto que representa el bien jurídico*¹⁴⁵. Se trata del objeto o realidad material que la conducta concretamente realizada menoscaba en términos sensibles. Este concepto de bien jurídico tiene una utilidad fundamentalmente interpretativa del tipo penal en aspectos como la relación de imputación objetiva, el alcance del dolo, la sistematización de los delitos de la Parte Especial, etc. Así, con su ayuda se pueden distinguir, por ejemplo, los delitos de lesión y los delitos de peligro¹⁴⁶. En el caso de los primeros, su realización supone el deterioro o afectación de un objeto de la realidad que representa el bien jurídico. Los segundos, por el contrario, no precisan de este resultado de deterioro sensible. Sin embargo, debe quedar claro que ambas clases de delitos ponen en tela de juicio la vigencia de la norma, radicando su distinción únicamente a nivel del resultado producido.

b. *La lesividad como defraudación de la norma*

Bajo el esquema conceptual anteriormente esbozado, se puede sostener que el principio de lesividad no se mueve, como podría pensarse, a nivel del bien jurídico o del objeto que representa el bien jurídico sino, más bien, del bien jurídico penalmente protegido. En efecto, el delito no elimina el valor que se le asigna al bien jurídico¹⁴⁷, por lo que en este nivel analítico lo único que rige es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio de legitimación de la incriminación penal. La lesividad tampoco debe ser entendida como el menoscabo material del objeto que encarna el bien jurídico¹⁴⁸, pues eso es un hecho contingente de lo que no depende el carácter delictivo de la conducta. Lo que la lesividad justifica es la imposición de la pena, por lo que es en el plano del sentido comunicativo del delito en el que debe encontrar su explicación conceptual. Un comportamiento es lesivo porque defrauda la vigencia de la norma. Esta defraudación no requiere

145 En esta línea de pensamiento, distingue bien jurídico y objeto de agresión (que sería el objeto que representa el bien jurídico), OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 1, n.º. 42.

146 En este sentido, MODOLELL GONZÁLEZ: *LH-Mir Puig* (2017), p. 730.

147 Vid., MODOLELL GONZÁLEZ: *LH-Mir Puig* (2017), p. 729. Incluso un defensor de la "realidad" del bien jurídico como HEFENDEHL: *LH-Gimbernat*, I, p. 400, lo reconoce: "Por supuesto, el asesinato no elimina el bien jurídico. Un hecho no puede menoscabar la valoración del bien jurídico como valioso o bueno".

148 Coincide ABANTO VÁSQUEZ: *Revista Penal* 18 (2009), p. 22, en que la lesividad no debe estar en referencia a un daño naturalístico individual, sino al "daño social".

necesariamente que se produzca la lesión de algún objeto que represente al bien jurídico, pues, en casos socialmente sensibles, puede bastar con la sola peligrosidad de la conducta (delitos de peligro abstracto) o el solo significado comunicativo del comportamiento (delitos de comportamiento). Del mismo modo, no todo comportamiento que lesiona el objeto que representa el bien jurídico produce una defraudación de la norma, lo que sucede precisamente en los casos de insignificancia¹⁴⁹.

La reformulación propuesta tiene el inconveniente de suscitar dificultades de delimitación entre los delitos y las infracciones administrativas¹⁵⁰. Si el delito puede ser lesivo con el solo peligro que afecta la disposición segura de los bienes (peligro abstracto), no habría entonces una diferencia sustancial con el criterio de regulación propio de las infracciones administrativas que se basa también en evitar situaciones de riesgo. Para superar este problema de delimitación, es posible seguir fundamentalmente dos caminos argumentativos. Un camino es asumir una diferencia cuantitativa entre el ilícito administrativo y el ilícito penal¹⁵¹, sujetando la intervención penal al principio de subsidiariedad¹⁵². La incriminación penal solamente deberá proceder cuando la respuesta administrativa sea insuficiente para controlar la realización de conductas abstractamente peligrosas. El otro camino es entender que la diferencia es cualitativa. El Derecho penal se encarga de restablecer normativamente las expectativas normativas indispensables para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad¹⁵³, mientras que el Derecho administrativo sancionador apunta a asegurar cognitivamente el funcionamiento de aspectos que simplemente dan un orden a sectores regulados del sistema social o de cuestiones accesorias del sistema¹⁵⁴. Lo que habrá que determinar es en qué caso la sanción de la peligrosidad cumple una u otra función.

Para determinar el momento en el que la conducta peligrosa defrauda expectativas normativas de carácter esencial y justifica, por lo tanto, la incriminación penal del peligro abstracto, FEIJOO SÁNCHEZ ha recurrido a la idea de organización

149 En este sentido, CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 86.

150 Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 328.

151 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 41; CEREZO MIR: *ADPCP* 1975, p. 159: "Desde el núcleo del Derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer".

152 Vid., ROXIN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50 (2013), p. 318.

153 Vid., VILCHEZ CHINCHAYÁN, en *Estudios críticos*, p. 21; EL MISMO, *Actualidad Penal* 5 (2014), p. 105: la protección de la base para la existencia, buen funcionamiento y desarrollo de la sociedad.

154 Vid., igualmente, PÉREZ DEL VALLE: *LH-Jakobs* (Perú), p. 725.

insegura del propio ámbito de organización, entendida en un sentido objetivo y normativo¹⁵⁵. En concreto, se trata de imputar al autor una organización más insegura que las equivalentes permitidas en el sector social en el que actúa. Mientras la infracción administrativa constituye simplemente un indicio de una organización objetivamente insegura con base en la peligrosidad estadística de la conducta, el delito de peligro abstracto se muestra ya como una organización normativamente insegura del autor en relación con otras esferas de organización¹⁵⁶. Para dar mayor contenido a esta distinción debe tenerse clara la diferencia entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico¹⁵⁷. Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. En esta última forma de probabilidad se sustenta la peligrosidad de un delito de peligro abstracto.

2. La última ratio o mínima intervención del Derecho penal

Otro de los aspectos político-criminales que informa la intervención penal es el llamado principio de mínima intervención o de *última ratio*¹⁵⁸. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con mecanismos extrapenales de control menos gravosos¹⁵⁹. Las sanciones penales no son un instrumento de control más, pues debido a las gravosas consecuencias derivadas de su aplicación constituyen una respuesta especialmente problemática para los ciudadanos y la sociedad¹⁶⁰. Por ello, el Estado no sólo tiene la obligación de proteger a la

155 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p.330 y ss.

156 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 332 y s.; EL MISMO, *LH-González-Cuellar García*, p. 155. En la misma línea, VILCHEZ CHINCHAYÁN, en *Estudios críticos*, p. 23.

157 Vid., FERRER BELTRÁN: *La valoración racional de la prueba*, p. 94 y s.

158 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 38; EL MISMO, *Problemas básicos*, p. 21; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 26; MIR PUIG: *Introducción*, p. 126; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 246 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 108; SÁNCHEZ DE LA CRUZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 379. En la jurisprudencia nacional, el R.N. N° 3004-2012-Cajamarca de 13 de febrero de 2014.

159 Aquí se presenta ciertamente el primer escollo: ¿cómo se determina que los otros medios posibles de control fracasan o son insuficientes? ¿Basta la simple decisión del legislador de regular penalmente determinadas conductas? Vid., sobre esto, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 246, dando un papel importante a las investigaciones empíricas.

160 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 247.

sociedad con el Derecho penal, creando delitos e imponiendo penas, sino también del Derecho penal, no recurriendo a las penas en casos innecesarios¹⁶¹. Si bien el ámbito de aplicación del principio de *última ratio* es, en principio, la decisión del legislador penal de criminalizar o despenalizar una conducta, también puede ser tenido en cuenta por el juez para restringir teleológicamente un tipo penal aprobado por el legislador.

La mínima intervención del Derecho penal está compuesta por dos principios operativos: el principio de subsidiariedad y el principio de fragmentariedad. Ambos principios se condensan en la idea global de que sólo deben sancionarse penalmente las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes. Mientras la subsidiariedad se centra en la importancia del bien jurídico, la fragmentariedad hace lo propio con la gravedad de las conductas que lo lesionan.

A. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa. En el plano cualitativo, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido, las conductas que van en contra de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no podrán dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. Así, por poner un ejemplo, la copia en las evaluaciones universitarias, por más que se realicen frecuentemente y no basten las medidas de control y sanción universitarias, no pueden ser castigadas penalmente, pues el orden de las evaluaciones en los estudios universitarios no constituye un aspecto esencial del sistema social que justifique recurrir al Derecho penal.

Pero la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos¹⁶². Se parte de cierta mancomunidad funcional entre el sistema penal y los otros sistemas de control para solucionar las situaciones relevantes de conflicto. En ese sentido, si los mecanismos de control extrapenales son suficientes para mantener en niveles tolerables las conductas socialmente perturbadoras, entonces no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales. Esta subsidiariedad cuantitativa no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que los diversos me-

161 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m.1.

162 Destaca este sentido del principio de subsidiariedad, SÁNCHEZ DE LA CRUZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 383.

canismos de control cumplen una función homogénea¹⁶³. Lo que sucede es que, en determinados casos, los mecanismos de reacción no penales alcanzan empíricamente la función asignada al Derecho penal (de prevención o de restabilización), de manera tal que resultaría innecesario recurrir a los mecanismos de reacción penal¹⁶⁴.

B. El principio de fragmentariedad

Si bien el carácter fragmentario del Derecho penal fue formulado por BINDING en un sentido, más bien, crítico como un gran defecto del Código penal alemán¹⁶⁵, en la actualidad se presenta como una exigencia garantista de limitación de la punibilidad de las acciones. Según el llamado principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves¹⁶⁶. Cómo se determina esa gravedad, evidentemente depende del grado de perturbación social que produce y la necesidad de que sea necesariamente una pena la que devuelva la confianza en la norma infringida. Así, por ejemplo, si bien la expectativa normativa de respeto al patrimonio ajeno es un bien jurídico elemental, el simple incumplimiento del pago de una deuda no necesita ser reprimida penalmente. En el caso del patrimonio, sólo las conductas más intolerables, como la sustracción subrepticia, el apoderamiento violento, el abuso de la confianza o la disposición provocada por un engaño, se sancionan penalmente¹⁶⁷, pues únicamente en estos casos el nivel de perturbación social de la conducta amerita la intervención del Derecho penal para devolverle la confianza a la norma defraudada.

3. El principio de legalidad

El principio de legalidad establece que nadie puede ser sancionado penalmente por un acto que no esté previsto de manera previa por la ley como delito o con una pena no establecida en ella. Su reconocimiento en nuestro sistema penal es expreso, tal y como se desprende del tenor del artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En la doctrina penal se derivan cuatro garantías de este principio.

163 Así, la crítica de NIGGLI: *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss., al principio de subsidiariedad, en tanto las funciones de los mecanismos jurídicos de reacción no resultan homogéneas.

164 Por eso, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 29, señalan que la subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad.

165 BINDING: *Lehrbuch*, BT, I, p. 20 y ss.

166 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 94.

167 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 126; SÁNCHEZ DE LA CRUZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 387.

Una garantía criminal que exige la tipificación previa de la conducta sancionada como delito (*nullum crimen sine lege*); una garantía penal que impide imponer una pena que no haya sido previamente establecida en la ley para el delito cometido (*nulla poena sine lege*); una garantía jurisdiccional que exige que la pena sea impuesta en un proceso penal legalmente definido y ante un juez predeterminado por ley (*nemo damnetur nisi legale iudicium*); y finalmente una garantía de ejecución que establece que la pena impuesta debe ser ejecutada de la manera establecida previamente en la ley¹⁶⁸.

El principio de legalidad fue constituido en el Derecho penal liberal como un mecanismo para frenar el abuso que se había producido en los Estados despóticos¹⁶⁹, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas por medio de la ley impedía el uso arbitrario de la potestad punitiva por parte de los detentadores del poder¹⁷⁰. En las exposiciones de BECCARIA y FEUERBACH este principio adquirió además un fundamento racional desde la perspectiva del Derecho penal, en el sentido de un refuerzo necesario a su finalidad preventiva¹⁷¹. Con el desarrollo dogmático iniciado por VON LISZT, la previsión legal de las penas dejó de mostrarse como un instrumento para efectivizar la lucha contra la delincuencia y pasó a considerarse, más bien, un límite a la persecución y sanción de las conductas delictivas¹⁷². Esta concepción, considerada desde entonces garantista a excepción de la etapa oscura del nacionalsocialismo en Alemania, continúa aún hoy vigente en las exposiciones doctrinales¹⁷³.

En los últimos tiempos se puede apreciar, sin embargo, una tendencia político-criminal que, si bien no propone el abandono del principio de legalidad en la intervención punitiva, sostiene la necesidad de flexibilizarlo sustancialmente para dotar a los jueces de herramientas funcionales que les permitan enfrentar eficaz-

168 Vid., con mayor detalle, DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 32 y ss.; ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 40 y s.

169 Vid., DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 17 y ss. Referencias anteriores que se remontan al Derecho romano, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 6.

170 Así, explícitamente MONTESQUIEU: *Vom Geist der Gesetze*, Libro XII, Cap. 7, p. 266 y s.

171 Vid., la exposición de las ideas de Beccaria y Feuerbach en SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 252; DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 18 y ss.

172 Vid., la referencia en TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 182 y s.; NAUCKE: *JuS* 1989, p. 864; EHRET: *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, p. 18 y ss. Ciertamente se trata del von Liszt dogmático, pues el político-criminal se mostraba desde la perspectiva de la peligrosidad del autor, más bien, a favor de un abandono del principio de legalidad (vid. sobre esta visión de la llamada escuela moderna, ELVERS: *Die Bedeutungen*, p. 82 y ss.; BOOP: *Die Entwicklung*, p. 74 y ss.; EHRET: *Op. cit.*, p. 71 y ss.).

173 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 3; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 252 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 97.

mente a la delincuencia actual¹⁷⁴. Esta flexibilización y su intensidad solamente se podrá admitir si es que no se llega a desnaturalizar su fundamento. Por ello, el estudio del principio de legalidad debe empezar por determinar su fundamento, para lo cual resulta necesario tener en consideración no sólo su raigambre constitucional como un derecho del ciudadano frente al ejercicio del poder estatal, sino sobre todo la función que específicamente se le atribuye en el sistema penal. Una vez aclarados estos aspectos esenciales de la legalidad penal, se podrá entrar a precisar las distintas manifestaciones que tiene y, por lo tanto, las exigencias puntuales que su vigencia impone tanto al legislador penal, como a los tribunales judiciales.

A. *Fundamento constitucional*

El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política. En esta disposición constitucional se establece que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Con esta exigencia constitucional se garantiza un ejercicio imparcial de la potestad punitiva por parte del Estado, en tanto éste tiene que determinar, de manera general y antes de la realización del delito, las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable¹⁷⁵. Lo que se persigue es evitar que la respuesta punitiva pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos. Es una garantía que se le otorga al ciudadano en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación delimitadas¹⁷⁶.

La comprensión del principio de legalidad como una garantía individual frente a la potestad punitiva que monopoliza el Estado, ha llevado a algunos a afirmar que se trata de la derivación de un derecho fundamental referido a la dignidad humana¹⁷⁷. Sin embargo, el principio de legalidad, por sí mismo, no constituye propiamente una garantía individual, pues, como ya lo puso de relieve BERNER,

174 Críticamente, MOCCLA: *LH-Mir Puig* (2017), p. 333 y ss.

175 Vid., YACOBUCCI: *El sentido*, p. 256.

176 Así, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 358.

177 Esta fue la concepción original del principio de legalidad como un derecho subjetivo en Francia; sobre esto vid., la exposición histórica de BOOP: *Die Entwicklung*, p. 5 y ss. Lo entienden aún así, HAMANN: *Grundgesetz*, p. 45; DÜRIG, en *Grundgesetz Kommentar*, Manz/ Dürig/Herzog (Hrsg.), Art. 103, n.m. 104. Una concepción similar existe en aquellos que ven el principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad, pues sólo podrá reprochársele a alguien una conducta si previamente el injusto ha sido tipificado por la ley penal, de manera que le permita la *previsibilidad individual* de su comportamiento antijurídico; vid., en este sentido, SAX, en *Handbuch der Grundrechte*, Bettermann/Nipperdey/ Scheuner (Hrsg.), III, 2, p. 998 y ss.; RUDOLPHI: *Unrechtsbewußtsein*, p. 98 (aunque lue-

si en un gobierno despótico las leyes contienen sólo la voluntad del tirano, leyes absolutamente determinadas impedirían, más bien, una Administración de Justicia independiente de tal arbitrariedad¹⁷⁸. Por esta razón, el principio de legalidad como garantía individual frente al abuso de poder sólo puede tener sentido como parte del sistema de organización política asumido¹⁷⁹, concretamente, del sistema político constitucionalmente establecido¹⁸⁰.

Tal como ya se ha indicado precedentemente, nuestra Constitución Política reconoce el principio de legalidad en materia penal. Este mandato constitucional materializa dos aspectos de la forma de organización política concretamente asumida por nuestra sociedad. Por un lado, es expresión del sistema democrático en el ámbito específico de la determinación de las conductas punibles y las penas aplicables¹⁸¹, pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo¹⁸². Solamente mediante una ley aprobada por el Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías¹⁸³. Por el otro, la exigencia de legalidad constituye también un mecanismo para evitar el abuso del poder estatal concentrado en las mismas manos en perjuicio de los ciudadanos¹⁸⁴, en tanto distribuye la potestad punitiva entre el legislador (decisión de criminalización) y los jueces (decisión de imposición de la sanción penal).

go RUDOLPHI: *SK*, § 1, n.m. 2, considera demasiada escasa esta fundamentación); BOOP: *Op. cit.*, p. 145; LOHBERGER: *Blankettstrafrecht*, p. 88 y s.

178 Vid., BERNER: *Wirkungskreis*, p. 3.

179 En este sentido, destaca el principio de legalidad de la ilustración como puramente político, HENKEL: *Strafrichter*, p. 13 y ss. A pesar de la manipulación que Henkel hace del carácter político del principio de legalidad para justificar la actividad penalizadora del Estado nacionalsocialista, sus precisiones sobre el carácter político del principio de legalidad no tienen que ser por ello erróneas o peligrosas, sino que, por el contrario, muestran un aspecto cierto del principio de legalidad y la forma de vinculación del juez a la ley. Por el contrario, lo ve como una cuestión de justicia y no política, BERNER: *Wirkungskreis*, p. 5 y ss.

180 Vid., en este sentido, HAMANN: *Grundgesetz*, p. 46; GRÜNWALD: *ZStW* 76 (1964), pp. 14, 18; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, PG, p. 97 y ss.

181 En este sentido, basado en la legitimación democrática y en la distribución del poder, GRÜNWALD: *ZStW* 76 (1964), p. 13 y ss.; SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 9 y ss.; RANSIEK: *Gesetz*, p. 40 y ss.

182 Vid., esta idea como fundamento democrático del principio de legalidad, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 244. Igualmente, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 174.

183 SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 253.

184 Una idea que viene desde la revolución francesa, vid., en este sentido, BOOP: *Die Entwicklung*, p. 37 y ss. Actualmente ponen de manifiesto esta fundamentación jurídico-pública que recurre a la idea del Estado de Derecho, SCHREIBER: *Gesetz und Richter*, p. 230

La relación de dependencia del principio de legalidad con el sistema político asumido por nuestra Constitución Política, permite también una conclusión a contrario: teóricamente es posible concebir un sistema de organización política en el que no sea necesaria una determinación legal previa de las conductas delictivas. Si, por ejemplo, se encargase a los jueces facultades de dirección y decisión en una sociedad e incluso se les designase democráticamente, no podría presentarse objeción alguna, desde este modelo de organización, a una exclusión o relajamiento del principio de legalidad¹⁸⁵. El temor ante una arbitrariedad judicial podría combatirse con mecanismos distintos y más acordes con el sistema de organización política asumido. En este sentido, la vigencia del principio de legalidad no constituye un mandato supra-positivo de validez general¹⁸⁶, sino, más bien, un mecanismo que, en un determinado sistema político-social, evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder¹⁸⁷.

B. Función en el sistema penal

El sistema político asumido por nuestra sociedad impone, como se acaba de ver, que el ejercicio de la potestad punitiva tenga que ajustarse al principio de legalidad. Esta justificación política del principio de legalidad no excusa, sin embargo, de la necesidad de encontrar su específica funcionalidad en el sistema penal. Por esta razón, resulta necesario determinar el sentido y el alcance de la legalidad de la intervención punitiva, atendiendo a la función que específicamente se le atribuye al Derecho penal¹⁸⁸. Dos podría ser los enfoques al respecto.

y s.; SCHÜNEMANN: *Nulla poena sine lege?*, pp. 2, 9; HASSEMER: *Einführung*, p. 254; KREY: *Keine Strafe ohne Gesetz*, p. 130; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 188; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 193 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 2; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 2.

185 Vid., la escasa significación del principio de legalidad en los Estados judicialistas, HENKEL: *Strafrichter*, p. 43 y ss.; KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31.

186 En este sentido, KAUFMANN, A.: *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31, quien no afirma una vigencia absoluta del principio de legalidad, como a veces lo mal interpretan, sino como una cuestión evidente en un sistema jurídico codificado.

187 En el mismo sentido, aunque destacando que sólo enmarca la actuación de los tribunales sin vincularlos a la ley, LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 157. Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 353.

188 Vid., esta independencia interpretativa, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 34 y ss.; EL MISMO, *Lecciones*, p. 76. En este sentido plantea el problema SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 13, al indicar que el principio de legalidad encuentra, además de su raíz de Derecho público, su raíz jurídico-penal en la función de las penas: de imponer disposiciones de comportamiento socialmente deseadas, o restabilizar disposiciones de comportamiento ya realizadas. Este autor opta por una finalidad preventivo general de la amenaza penal, en el sentido de motivación a la fidelidad al Derecho. En el Perú URQUIZO OLAECHEA, en *Código*

Ya se ha visto que un sector importante de la doctrina considera que la función del Derecho penal es fundamentalmente prevenir que no se realicen conductas lesivas de bienes jurídicos. Bajo esta perspectiva, el principio de legalidad sería el mecanismo operativo para motivar a los ciudadanos a actuar de esa manera¹⁸⁹. En efecto, la determinación previa de las leyes penales permitiría al ciudadano conocer qué conductas puede realizar y cuáles no, así como con qué penas se sancionarían sus infracciones a la norma, de manera que pueda sopesar las distintas consecuencias de su accionar y decidirse racionalmente por una conducta adecuada a Derecho¹⁹⁰. Pese a su claridad lógica, a este planteamiento se le ha objetado que una mayor taxatividad de la ley penal no necesariamente incide en un mayor efecto motivatorio de la norma penal, pues puede ser que una ley indeterminada produzca en el ciudadano, más bien, la disposición a no tentar a la suerte con la realización de una conducta que no se sabe muy bien si encuadra en el tipo penal¹⁹¹.

Los que rechazan la idea de que la función de motivación sea la que legitima la existencia del Derecho penal, no tienen por ello que negar la vigencia del principio de legalidad en este ámbito jurídico específico, más aún si la legalidad viene impuesta por el sistema político asumido de distribución de poderes (o funciones). Lo que cambia, en todo caso, es su contenido específico, en razón de la distinta concepción que se acoge. Así, si se parte de la premisa de que el Derecho penal es un mecanismo social que asegura la vigencia de la norma defraudada por el delito, entonces al principio de legalidad le corresponderá la función de determinar objetivamente qué expectativas sociales están garantizadas por el Derecho Penal¹⁹², es decir, que normas serán restablecidas, en caso de defraudación, a costa del infractor¹⁹³. Esta determinación normativa se reserva al Poder legislativo, pues en nuestro sistema político sólo el legislador puede concretar con criterios objetivos la identidad normativa de la sociedad de una forma vinculante para la comunidad en general o

penal comentado, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 43 distingue un fundamento político, uno axiológico y otro jurídico-penal. Críticamente frente a una diferenciación en el principio de legalidad de raíces de Derecho público y de Derecho penal, KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 76.

189 Vid., por todos en la doctrina alemana, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 22 y s.; en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 252, nota, 302; en el Perú, URQUIZO OLAECHEA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 45 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 353.

190 En este sentido, BOOP: *Die Entwicklung*, pp. 145 y s., 156 y s.; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 11; GRIBBOHM: *LK* § 1, n.m. 1.

191 En este sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 176 y s.

192 Reconoce esta orientación actual de la legalidad, YACOBUCCI: *LH-Jakobs* (Perú), p. 648.

193 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 10.

los sectores sociales específicos¹⁹⁴. Los jueces no estarán en capacidad de desligarse de esta determinación legal previa, al momento de determinar si el procesado ha cometido un delito y la pena concreta a imponérsele.

C. Manifestaciones del principio de legalidad

La doctrina penal acepta, de forma prácticamente unánime, que el principio de legalidad tiene cuatro formas de manifestación: La reserva de ley, el mandato de certeza o determinación, la ley previa y la prohibición de analogía¹⁹⁵. Algunos autores, como SCHÜNEMANN, incluyen una quinta manifestación, a saber, la determinación de cómo la punibilidad debe tener lugar, es decir, la definición de la pena aplicable¹⁹⁶. En nuestra opinión, esta quinta manifestación no es más que un aspecto del mandato de determinación, por lo que nuestra exposición se hará en función de las cuatro manifestaciones del principio de legalidad tradicionalmente indicadas por la doctrina penal mayoritaria.

a. La reserva de ley (*lex scripta*)

La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas. En este sentido, la ley se constituye en la única fuente directa del Derecho penal. Por el contrario, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales se utilizarán únicamente como medios para conocer o interpretar el Derecho positivo¹⁹⁷, pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales¹⁹⁸. La claridad de este planteamiento comienza a oscurecerse, sin embargo, cuando hay que fijar qué dispositivos legales abarca el término "ley". No cabe duda que, en primer lugar, la reserva de ley se refiere a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el Congreso de la República conforme a los procedimientos constitucionalmente establecidos. Si se trata de cualquier ley del Con-

194 Vid., sobre la garantía de objetividad del principio de legalidad, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 9, en el sentido de una determinación previa de una conducta punible y la medida de pena sin el influjo de un delito ya cometido, pero aún por juzgar. Se trata, pues, de una determinación previa y de validez general.

195 KUHLEN, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Montiel (ed.), p. 151 y s. Posición también asumida por la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 1623-2014-Lima de 20 de octubre de 2015.

196 Vid., SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 3. En la doctrina penal española la quinta manifestación del principio de legalidad está referida a la prohibición del *bis in idem*, como lo indica VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 77 y ss.

197 Así, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 36 y s.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 27; BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 45, respecto de la costumbre.

198 Vid., así, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 18.

greso o solamente alguna cualificadas, constituye un tema discutido al menos en la legislación comparada. Por ejemplo, en España para poder crear delitos y establecer penas no basta una ley ordinaria, sino que resulta necesaria una ley cualificada. En efecto, la Constitución Española establece que los aspectos referidos a derechos fundamentales deben regularse mediante ley orgánica, exigencia que abarcaría a las leyes penales que inciden en algún derecho fundamental o libertad pública¹⁹⁹. Por el contrario, en nuestro país, la opinión generalizada es que la reserva de ley se limita a exigir una ley ordinaria, de manera que no sería necesaria una mayoría calificada para la aprobación de una ley penal.

El término "ley" se amplía incluso más allá de la ley ordinaria en nuestro sistema penal, abarcándose las leyes en sentido material, es decir, los decretos leyes y los decretos legislativos²⁰⁰. Es más, el Código Penal actualmente vigente es un decreto legislativo. En este sentido, la reserva de ley exigida en nuestro sistema penal no se queda solamente en la ley ordinaria, sino que alcanza a las normas jurídicas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo en virtud de una situación de gobierno especial o de una delegación de facultades legislativas del Congreso. En este último caso, sin embargo, hay que tener presente que la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo no puede hacerse de manera genérica, por lo que será necesario que el Congreso fije, tal como lo establece el artículo 104 de la Constitución Política, la materia y el tiempo que el Ejecutivo tiene para legislar²⁰¹. Por lo demás, la actividad legislativa desarrollada con base en la delegación de facultades está sometida siempre a un control posterior por parte del Congreso, el cual podrá dejar sin efecto aspectos de la regulación que considere que no se ajustan a la delegación, como lo hizo, por ejemplo, con el D. Leg. N° 1323 que introdujo modificaciones en las agravantes genéricas y el delito de discriminación.

La discusión resulta mayor cuando se plantea la posibilidad de extender el concepto ley penal también a los decretos de urgencia, previstos en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política. Se trata de medidas extraordinarias que el Ejecutivo puede dictar con fuerza de ley, siempre que lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. Las materias sobre las que pueden entrar a regular estas disposiciones de urgencia son, conforme a la norma constitucional, de

199 Vid., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 35; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 128; CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 238; RODRÍGUEZ MOURULLO: *LH-Mir Puig* (2017), p. 381 y ss.

200 Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 5; HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 392; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 281; GARCÍA CANTIZANO: *RPDJP* 5 (2004), p. 143.

201 En este sentido, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 393; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 55.

carácter económico y financiero. En este sentido, se presentaría la pregunta de si, por ejemplo, delitos económicos podrían ser regulados excepcionalmente mediante decretos de urgencia. El tenor de la disposición constitucional no parecería excluir inequívocamente tal posibilidad. Incluso en la doctrina nacional se ha defendido el parecer de que "no podría negarse, desde el punto de vista político y con el control de un enjuiciamiento posterior del Congreso, el derecho del Gobierno, en circunstancias de urgencia, de anticiparse a la obra legislativa y de obrar como gestor del Parlamento en receso o que no se halla en condiciones de satisfacer de inmediato la necesidad inaplazable de la tutela legal de determinados intereses"²⁰². No obstante, pese a los argumentos esgrimidos a favor de la posibilidad de regular excepcionalmente delitos a través de decretos de urgencia, consideramos que esta forma de legislar no puede extenderse a las leyes penales²⁰³. La cuestión penal no constituye un aspecto que pueda regularse de forma imprevista y con los apuros de situaciones de coyuntura. Posiblemente más adecuado sea, en estas circunstancias, recurrir al Derecho administrativo sancionador, pero no configurar un Derecho penal de paso que posiblemente no se pudiese adecuadamente los aspectos garantistas que exige el Estado de Derecho.

Como se ha indicado, la exigencia de una ley escrita excluye, en principio, la posibilidad de que la costumbre se convierta en una fuente directa del Derecho penal²⁰⁴. Sin embargo, esta afirmación se entiende relativizada a partir de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política que permite a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio de conformidad con su derecho consuetudinario²⁰⁵; funciones que además han sido extendidas, por el Acuerdo Plenario N° 01-2009, a las rondas campesinas como una forma de organización comunitaria. Conforme a lo establecido por esta doctrina jurisprudencial, se reconoce una jurisdicción especial comunal-ronderil que alcanza al ámbito jurídico-penal, si es que se reúne los siguientes elementos: un elemento humano que significa la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural, un elemento orgánico que se constituye por una organización con reconocimiento comunitario, un elemento normativo referido

202 Vid., BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 20 y s.

203 En el mismo sentido, CARO JOHN: *LH-José Hurtado Pozo*, p. 115 y s.; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 56. Del mismo parecer, en relación con lo que se conoce en la legislación española como decretos-leyes, ROIG TORRES: *LH-Vives Antón*, II, p. 1673 y ss.

204 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 142; VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 36.

205 En esta línea, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 373. Esta situación no excluye que pueda ser utilizada para la interpretación de la norma penal, como lo destacan CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 57 y ss.

a la existencia de un sistema jurídico propio de naturaleza consuetudinaria y un elemento geográfico que es el territorio en el que se asienta la respectiva ronda campesina. A estos elementos se le debe sumar un factor de congruencia, esto es, que el derecho consuetudinario del elemento normativo no vulnere derechos fundamentales.

El Acuerdo Plenario N° 01-2009 precisa, en relación con el último de los elementos, que la vulneración de los derechos fundamentales puede provenir del propio derecho consuetudinario, así como también de un abuso de las facultades de las autoridades de las rondas que no respetan el derecho consuetudinario. En el segundo caso, la ilegalidad de la actuación es manifiesta, a diferencia del primer caso en el que debe establecerse un criterio de distinción. Al precisar en qué caso el derecho consuetudinario vulneraría los derechos fundamentales, el Acuerdo Plenario señala que esta situación se presenta en caso de privaciones de libertad sin causa o motivo razonable; agresiones injustificadas o irrazonables; violencia, amenazas o humillaciones para declarar en uno u otro sentido; juzgamiento sin un mínimo de poder ejercer la defensa; aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; e imposición de penas de violencia física extremas, entre otras. De lo anterior se deduce, por lo tanto, que el derecho consuetudinario podrá ser fuente directa del Derecho penal, siempre que las penas a imponer se encuentren contempladas en el derecho consuetudinario y no se viole derechos humanos. Así las cosas, cabrá decir entonces que la reserva de ley tiene una excepción en el caso de la jurisdicción especial comunero-ronderil derivada de la costumbre comunal, conforme a los parámetros dispuestos por el artículo 149 de la Constitución Política.

Aunque con un enfoque distinto, el Tribunal Constitucional reconoce que, en efecto, existe una jurisdicción comunal conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución, la que debe ser ejercida autónomamente. Sin embargo, este ejercicio no puede ser hecho de forma tal que colisione con los derechos fundamentales de las personas. “Los derechos fundamentales son pues, en definitiva, límites indiscutiblemente objetivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal”. Por ello, el máximo intérprete de la Constitución sostiene que lo establecido en el inciso 3 del artículo 18 del Código Procesal Penal sobre la exclusión de la jurisdicción penal ordinaria para los hechos punibles previstos en el artículo 149 de la Constitución no supone una renuncia plena a las potestades punitivas del Estado cuando se trate de comunidades campesinas o nativas. Esta exclusión solamente puede operar en la medida que no se vulnere los derechos fundamentales de la persona, por lo que el Estado no podrá renunciar a la potestad punitiva, por ejemplo, en el caso de delitos que afecten derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica o moral, la libertad, entre otros (STC Exp. N° 7009-2013-PHC/TC-Madre de Dios de 3 de marzo de 2016).

b. La taxatividad de la ley (*lex certa*)

El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable²⁰⁶. A esto se le conoce como el mandato de certeza, taxatividad o determinación. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad²⁰⁷, pues la sola exigencia de la expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial. BELING graficó claramente esta posibilidad con la hipótesis de la ley que prescribía que todos los malhechores debían ser sancionados sin precisar qué hechos hacían a sus autores malhechores²⁰⁸. Para evitar el abuso judicial en un sistema democrático de distribución del poder²⁰⁹, es necesario que el legislador penal determine suficientemente la conducta punible y la pena a imponer, quedando proscritas las leyes penales absolutamente indeterminadas²¹⁰.

La proscripción de leyes indeterminadas no debe entenderse, sin embargo, como la exigencia de leyes absolutamente determinadas en el sentido de la teoría de la distribución del poder de MONTESQUIEU²¹¹, pues el legislador sólo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde esa perspectiva general²¹². En tanto el caso concreto sólo se presenta ante el juez, el legislador está en incapacidad de dar una solución jurídica específica para una situación concreta que no conoce²¹³. Por consiguiente, el mandato de determinación sólo podrá exigir

206 Vid., así, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 14; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 2; FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad*, p. 21; CARO/HUAMAN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 61. Igualmente, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC y la STC Exp. N° 00197-2010-PA/TC.

207 Vid., KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 75; LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 21 y s.; RANSIEK: *Gesetz*, pp. 7 y ss., 40 y ss.

208 BELING: *Lehre vom Verbrechen*, p. 22

209 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 65; RANSIEK: *Gesetz*, p. 44.

210 Vid., así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 23; RANSIEK: *Gesetz*, p. 7; SOLA RECHE: *LH-Mir Puig* (2017), p. 405.

211 Vid., en este sentido, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 256. Vid., la referencia al planteamiento de Montesquieu LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 22.

212 Vid., en este sentido, las razones para el fracaso de una descripción casuística por parte de legislador, STÖCKEL: *Gesetzesumgebung*, p. 48; BOOP: *Die Entwicklung*, p. 161 y ss; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 185; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 189.

213 Así, FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad*, p. 32, señala que es imposible redactar leyes que no planteen al juez problemas de interpretación. Un caso especial son las llamadas leyes que toman medidas para casos específicos (*Maßnahmegesetz*), en los que se discute sobre si el Poder Legislativo entra en cuestiones de la Administración y, por tanto, en un

la configuración de leyes relativamente determinadas, en las que se pueda compatibilizar la predeterminación legislativa general con el punto de vista judicial ante el caso concreto²¹⁴. La cuestión decisiva será precisar qué nivel de determinación relativa se exige del legislador penal²¹⁵, lo que solamente podrá ser respondido si se llega a definir la función que cumple en el sistema penal el mandato de certeza o determinación.

b.1) La función del mandato de certeza o determinación

En una comprensión preventiva del Derecho penal, el mandato de certeza constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber si la conducta que realiza constituye un delito y las consecuencias sancionatorias que traería consigo su realización (certeza)²¹⁶. Esta función de base de información para la toma de decisiones del ciudadano resulta, sin embargo, controvertida, pues la ley penal no dice qué hacer o no hacer en una situación específica y tampoco la pena que concretamente correspondería²¹⁷. Se requiere siempre de una labor de concreción que no puede hacerse a nivel legislativo²¹⁸. Adicionalmente, la motivación es un proceso interno que difícilmente resulta determinado por un mandato general. Una interpretación normativa de tal proceso ("la norma debe motivar"), tampoco resuelve el problema, pues eso supone partir de una base cognitiva que no puede ser razonablemente garantizada. Bajo estas consideraciones, la ley penal sería, a lo mucho, un elemento de juicio que, junto con otros datos adicionales y un proceso particular de valoración por parte del sujeto individual, podría ser tenido en cuenta en el proceso de toma de decisión²¹⁹. Pero queda claro que no está en capacidad de decirle al ciuda-

ámbito reservado al Poder Ejecutivo. Sobre esto vid., TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 98. Rechaza estas leyes SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 24.

214 Vid., en este sentido, BERNER: *Wirkungskreis*, p. 5 y ss., con mayores referencias; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 183; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 13 y ss. En este sentido también, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 17 y s., al admitir una cierta necesidad de vaguedad en las leyes penales. En la doctrina penal nacional, HUGO ÁLVAREZ: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 147.

215 En este sentido, GRIBBOHM: *LK* § 1, n.m. 47.

216 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 22; RUDOLPHI, en *El sistema moderno*, p. 81. A partir de ello, SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 29; VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 42, consideran que la falta de observancia del mandato de determinación afecta la función de prevención general del Derecho penal.

217 Similarmente, KARGL: *Kritik*, p. 413.

218 En este sentido, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 195; RANSIEK: *Gesetz*, p. 6, tanto para destinatarios individuales, como para "aplicadores" jurídicos.

219 RANSIEK: *Unternehmensstrafrecht*, p. 264, entiende que esto no se opone al efecto motivatorio del Derecho penal, sino que sólo muestra que el proceso de decisión en función de ventajas y desventajas es más complejo.

dano qué conductas específicamente puede o no realizar bajo amenaza de sanción penal.

Con base en lo anterior, se puede concluir que lo relevante del mandato de certeza no se puede encontrar en el proceso de motivación del ciudadano para que actué conforme a Derecho. Su incidencia tiene lugar, más bien, en la decisión del juez de calificar como delito una conducta concreta y determinar la pena a quien lo cometió. La ley penal no determina si una conducta concreta ha realizado el tipo penal y la pena concretamente a imponer, pues, como ya lo indicamos, se encuentra formulada en un plano de mayor abstracción. Por ello, la función que específicamente le corresponde desplegar al mandato de determinación en el sistema penal es la de un límite a la decisión judicial que debe tomarse en cada caso concreto, en el sentido de someterla a determinadas pautas objetivas establecidas previamente por la ley (imparcialidad)²²⁰.

La función de garantía del mandato de certeza encuentra mejor explicación en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. El juez no decide libremente si una conducta concreta ha defraudado la vigencia de la norma, sino que debe tener en consideración lo establecido por el legislador como expresión institucional de la voluntad de la sociedad. Lo que queda, sin embargo, aún por definir es el grado de determinación legislativa que resulta exigible. Una especificación máxima podría tener sentido en una visión preventiva del Derecho penal, en tanto es necesario decirle a los destinatarios de la norma qué conductas deben realizar o evitar llevar a cabo bajo qué concreta sanción²²¹. Pero tal especificación resulta una pretensión utópica ya sólo por la propia indeterminación del lenguaje utilizado en las normas jurídicas y las zonas de penumbra que toda palabra, como significante, tiene²²². Podría pensarse, en el otro extremo, que bastaría con precisar, de manera general, ciertos criterios de actuación (no matar, no perjudicar el patrimonio ajeno, auxiliar el herido, etc.), por lo que sería suficiente una especie de decálogo que cada sujeto tendría que hacer valer en cada contacto con los demás. En sociedades complejas, sin embargo, la necesidad de una mayor seguridad ante el arbitrio judicial exige que el legislador penal concrete aún más los criterios generales de actuación mediante la descripción de las formas de conducta que van en contra de estos criterios generales de actuación (por ejemplo, las formas de perjudicar el patrimonio ajeno: hurtar,

220 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 12. Similarmente TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 208, en el sentido de determinación de los fundamentos abstractos de punibilidad.

221 Vid., en este sentido, RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 12.

222 Vid., así, RANSIEK: *Gesetz*, pp. 4 y ss., 18; HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 31. Ya ENGISCH: *Einführung*, p. 108, sostenía que pocos eran los conceptos absolutamente determinados en el Derecho.

robar, estafar, dañar, apropiarse, etc.)²²³. En cuanto a la entidad de la pena que se debe imponer, lo razonable no es establecer una cuantía concreta, sino un marco abstracto dentro del cual se determine la pena en función de las particularidades del caso concreto.

De lo expuesto se puede concluir que nuestra sociedad exige, como garantía ante la arbitrariedad judicial, la determinación legal de las formas de conducta que defraudan la norma, así como el marco abstracto de la pena necesaria para restablecer su vigencia²²⁴. El que siempre sea necesario un proceso de interpretación judicial para precisar si la conducta específica constituye una actuación contraria a la norma, así como para individualizar la pena concreta, no erosiona la garantía, sino que constituye el límite natural a la determinación previa del legislador. El mandato de certeza no significa que, de la misma ley, se puedan determinar los límites de lo punible, sino que ello se pueda reconocer en la interpretación realizada por la jurisprudencia²²⁵. La protección de la garantía de seguridad jurídica no vendrá dada, por lo tanto, por la ley penal misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales²²⁶. Esta exigencia de determinación se incrementa si la forma de conducta tipificada no cuenta con un sentido unívoco de perturbación social, como sucede con los delitos de peligro. Para evitar que los sujetos puedan aducir una interpretación personal divergente sobre la peligrosidad de su accionar, el tipo penal debe precisar con mayor detalle la forma de conducta peligrosa penalmente sancionada²²⁷.

b.2) La flexibilización del mandato de certeza o determinación

La determinación legal de los elementos esenciales de la conducta penalmente relevante requiere de una flexibilización en ámbitos especialmente dinámicos. Para hacerlo se recurre a cláusulas que se remiten a leyes extrapenales complementarias, a actos de la Administración, o a conceptos que ofrecen amplios márgenes de inter-

223 Similarmente TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 262, al señalar que el Derecho penal debe precisar no sólo el deber jurídico, sino también la descripción del comportamiento desvalorado. Vid., en general sobre las llamadas proposiciones modales del deber, PHILIPPS: *Der Handlungsspielraum*, p. 51 y ss.

224 Se trata de una determinación objetiva que no depende de la, difusa y difícil de determinar, intención subjetiva del legislador. En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 21. Igualmente crítico frente a la interpretación histórico-subjetiva, RANSIEK: *Gesetz*, p. 64.

225 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, Apdo 4, n.m. 14. Críticamente, SÜSS, en *La insostenible situación*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), p. 226 y s.; SOLA RECHE: *LH-Mir Puig* (2017), p. 414.

226 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Legalidad y responsabilidad en el Derecho penal contemporáneo*, p. 30.

227 Vid., en este sentido, de manera general, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 52.

pretación judicial²²⁸. Si bien con esta apertura del tipo penal podría afectarse de alguna manera el mandato de certeza, la doctrina penal no las rechaza absolutamente, pues considera que en ámbitos cambiantes, como lo es, por ejemplo, el económico, no es posible exigir una tipificación casuística de las conductas delictivas o realizar una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas permanentemente a los cambios sociales²²⁹. Un Derecho penal con pretensiones de eficacia no puede renunciar a mecanismos de adaptación continua a las nuevas realidades. Sin embargo, esta autorización general no legitima cualquier remisión extrapenal o el uso discrecional de cláusulas generales, sino que se exige también una determinación mínima en la ley penal de los criterios de sanción para impedir la arbitrariedad judicial²³⁰. En este orden de ideas, se procederá a precisar cada uno de los mecanismos de flexibilización del mandato de certeza y hasta qué punto pueden ser utilizados legítimamente en la determinación de la conducta prohibida.

b.2.1) Las leyes penales en blanco

En primer lugar, cabe mencionar el caso de las llamadas leyes penales que se remiten a leyes extrapenales para precisar la conducta punible (leyes penales en blanco)²³¹. Dentro de estas leyes penales se suelen diferenciar las llamadas leyes penales en blanco impropias y las propias. Las primeras son aquellas que se remiten a otras leyes de igual rango (leyes especiales) para definir o precisar la conducta penalmente sancionada²³², tal como sucede, por ejemplo, con el delito de defraudación tributaria que se remite a las leyes tributarias para determinar los tributos defraudados. Por su parte, las leyes penales en blanco propias son aquellas en las que se presenta una remisión a disposiciones jurídicas de menor jerarquía para precisar la conducta prohibida²³³. Ejemplo de estas leyes penales en blanco sería el delito de

228 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 11; TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695; GRIBBOHM: *LK* § 1, n.m. 35.

229 Vid., en este sentido, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 255. En la doctrina nacional crítico, en general, con las cláusulas generales, FRANCIA ARIAS: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611 y ss.

230 Vid., así, TIEDEMANN: *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. 42 y ss.; SCHÜNEMANN: *¿Nulla poena sine lege?*, p. 32, referido en concreto a las cláusulas generales.

231 Sobre el origen e historia del término de "ley penal en blanco", vid., SANTANA VEGA: *El concepto de ley penal en blanco*, p. 15 y ss.

232 Vid., YON RUESTA: *Ius et veritas* 22, p. 232; REYNA ALFARO: *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe/redp [consulta: 9 de enero de 2002]; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 63. En la doctrina alemana, TIEDEMANN: *Einführung*, p. 56, denomina a estos supuestos leyes penales en blanco en sentido amplio.

233 Vid., YON RUESTA: *Ius et veritas* 22, p. 232; REYNA ALFARO: *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe/redp [consulta: 9 de enero de 2002]; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 63.

especulación de bienes de primera necesidad del artículo 234 primer párrafo del CP que se remite a una determinación reglamentaria de los precios oficiales de los bienes de primera necesidad.

Si de la lectura conjunta de la ley penal en blanco y la ley extrapenal de remisión se puede determinar suficientemente la conducta prohibida, no se presentará una infracción al mandato de certeza o determinación. En todo caso podría plantearse una posible infracción a la reserva de ley, aunque tal cuestionamiento no podría alegarse respecto de las leyes penales en blanco impropias, pues en dicho caso tanto la ley penal como la ley especial complementaria tienen rango de ley²³⁴. Lo único que habría aquí es que los criterios de decisión para determinar la conducta prohibida se encontrarían repartidos en diversas leyes²³⁵. Si bien TIEDEMANN advierte sobre una posible ruptura del mandato de determinación en estos casos, en tanto la exigencia de taxatividad solamente alcanzaría a la ley penal y no a la ley especial²³⁶, hay que precisar, sin embargo, que la cláusula de remisión de la ley penal en blanco hace que la parte pertinente de la ley especial pase a formar parte de la ley penal, con todos los requerimientos exigidos por el mandato de determinación.

El debate principal tiene lugar, más bien, en relación con las llamadas leyes penales en blanco propias. En la medida que se establece en estos casos una remisión a normas extrapenales de inferior jerarquía, el legislador penal estaría dejando finalmente en manos de la Administración los criterios para decidir lo que hace que una conducta sea penalmente relevante. La posición mayoritaria sostiene que tal configuración del tipo penal no implica necesariamente una violación al mandato de certeza o determinación. En este orden de ideas, se han desarrollado fundamentalmente dos líneas de argumentación a partir de las cuales se puede llegar a establecer cuándo una ley penal en blanco propia resulta compatible con la exigencia de certeza de la conducta prohibida.

El primer planteamiento, asumido por el Tribunal Constitucional Español, admite la compatibilidad de las leyes penales en blanco propias con el mandato de certeza, si es que en la ley penal se establece el núcleo esencial de la prohibición penal y se deja en manos de las leyes complementarias de rango inferior solamente los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica²³⁷. De acuerdo con esta

234 Vid., así la referencia, WARD: *Abgrenzung*, p. 8; HUERTA TOCILDO: *Revista penal* 8 (2001), p. 44.

235 Similarmente, KÜHL: *FS-Lackner*, p. 829 y s.; OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 2, n.m. 7.

236 TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 88 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695.

237 Vid., en este sentido, TIEDEMANN: *Lecciones*, p. 79 y s.; BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 149 y s.; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 5, n.m. 53; DE LA MATA BARRANCO: *Protección penal*, p. 82; MATA Y MARTÍN: *CPC* 72 (2000), p. 649 y s. En nuestro país, ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 25; EL MISMO, *RPCP* 11, p. 24; YON RUESTA:

propuesta interpretativa, la ley penal en blanco afectaría el mandato de certeza, sólo que, por tratarse de cuestiones que son incidentales, dicha afectación se consideraría aún tolerada. La indeterminación de los elementos accesorios se compensaría con ciertas exigencias adicionales de precisión, a saber: una remisión expresa en el tipo penal y una regulación extrapenal de remisión completamente definida.

El otro planteamiento, desarrollado fundamentalmente por los tribunales alemanes, sostiene que la ley penal en blanco propia determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de la normativa de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión establecidos ya en la ley penal²³⁸. En tanto la ley penal tiene pretensión de validez general, no puede ofrecer los criterios de decisión judicial mediante una descripción específica del supuesto presentado ante el juez, sino que tiene que utilizar conceptos generales que requieren de un posterior proceso de interpretación para especificarlos en el caso concreto. Este proceso puede dejarse absolutamente a un juicio racional del juez o puede que la misma ley se remita a criterios de especificación establecidos por leyes extrapenales de menor jerarquía. Este último supuesto es el que se presenta en las leyes penales en blanco propias.

A pesar de la innegable similitud entre la teoría de la esencialidad y la teoría de la concreción²³⁹, puede señalarse que más feliz resulta la formulación de la segunda, pues deja conceptualmente a salvo el mandato de determinación. Por esta razón, puede decirse que los tipos penales, cuya remisión a una norma o reglamento administrativo sirve exclusivamente para concretar el criterio de decisión ya establecido en ley penal, se muestran plenamente conformes con el mandato de certeza o determinación. Tal compatibilidad depende del hecho de que la norma administrativa no constituya un criterio de decisión, sino solamente un criterio de especificación de lo establecido en el tipo penal. Podría decirse incluso que la remisión a normas administrativas ofrece finalmente una mayor seguridad frente al arbitrio judicial,

Ius et veritas 22, p. 234; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 286; HUGO ÁLVAREZ: *Actualidad Penal* 18 (2015), p. 152 y s.; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 63 y s. Críticamente frente a la distinción de los elementos del tipo entre esenciales y accidentales por considerarla artificiosa, CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 241.

238 Vid., TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorität*, p. 34; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 11; RANSIEK: *Gesetz*, pp. 106, 111; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 832; TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*, p. 38; MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L2/30.

239 Vid. ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 25.

pues no se tratará de una decisión judicial libre, sino sujeta a parámetros administrativamente establecidos²⁴⁰.

La cuestión central será determinar cuándo algo constituye un criterio de decisión y cuando una simple especificación²⁴¹. Esta determinación solamente puede hacerse mediante un análisis de cada tipo penal de la Parte Especial, aunque de manera general se puede indicar que el criterio de decisión se caracteriza por establecer elementos no contenidos en la descripción típica. La regulación administrativa no debería contener criterios de decisión, sino solamente ser una concreción de los elementos previstos en el tipo penal. KÜHL niega, sin embargo, que toda remisión administrativa deba realizarse con fines de especificación, sino que, en muchos casos, se establece criterios de decisión que el legislador por distintas razones (sobre todo de especialidad) no puede tomar²⁴². Al respecto debe decirse que, si el legislador no ha establecido los criterios de decisión sobre el carácter defraudatorio de la forma de conducta sancionada penalmente, entonces se habrá vulnerado la garantía de objetividad procurada por el principio de legalidad. Una especialidad del ámbito de regulación no puede justificar una transferencia de las facultades legislativas en materia penal a la Administración.

Especialmente discutible se presenta el caso de las leyes penales en blanco que se remiten a leyes extrapenales dinámicas, es decir, a aquéllas que se modifican continuamente²⁴³. Se reprocha en estos casos una infracción al mandato de certeza, en tanto no se puede fijar definitivamente la conducta prohibida debido al carácter cambiante de la norma de referencia extrapenal²⁴⁴. No obstante, si se considera detenidamente los requerimientos del mandato de certeza, se podrá concluir que esta forma de ley penal en blanco no afecta en sentido estricto dicho mandato, pues se trata de una modificación de los criterios de especificación que no menoscaba para

240 Vid., así, TIEDEMANN, en *Derecho Penal Económico*, Mazuelos Coello (coord.), p. 260; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *PJ* 48, p. 300; ARROYO ZAPATERO: *Revista Penal* 1 (1998), p. 10; BALLBÉ/PADRÓS: *La prejudicialidad*, p. 136. De un parecer contrario, IÑIGO CORROZA: *La responsabilidad*, p. 215, en tanto considera que resulta más apropiado la tipificación mediante delitos de peligro que el recurso a leyes penales en blanco.

241 Vid., así, KÜHL: *FS-Lackner*, p. 833.

242 KÜHL: *FS-Lackner*, p. 836 y s.

243 Vid., la referencia a esta clasificación de las cláusulas de remisión, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 243 y s.; SCHÜNEMANN: *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 176 y ss.

244 Vid., sobre la discusión, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 243; OTTO: *ZStW* 96 (1984), p. 370; RANSIEK: *Gesetz*, p. 111; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 828 y s.; HOHMANN: *ZIS* 1/2007, p. 45; ABANTO VÁSQUEZ: *RPCP* 9, p. 18.

nada la determinación general realizada por el legislador²⁴⁵. En nuestra legislación penal constituyen ejemplos de leyes penales en blanco con remisiones dinámicas el delito tributario contable (artículo 5 del Decreto Legislativo N° 813) y el delito de contabilidad paralela (artículo 199 del CP). En estos casos no existe una infracción del mandato de certeza, pues los elementos generales de la forma de conducta sancionada (no ajustarse a las normas tributarias o comerciales referidas a la manera de llevar la contabilidad) se encuentran determinados por la ley penal²⁴⁶. Si bien cabe imaginar un abuso de los conceptos generales de la ley penal en blanco por parte de la regulación administrativa complementaria, estos peligros tendrían que ser evitados por el juez mediante una corrección de las regulaciones administrativas excesivas. Siguiendo con los ejemplos citados: si se incluyesen como obligaciones de carácter contable, cuestiones referidas sólo al tráfico comercial y no al ámbito específico de la contabilidad de un negocio, el juez podrá dejar de lado la norma administrativa de referencia y proceder a una interpretación judicial de los conceptos generales de la ley penal. La fundamentación jurídica de tal proceder se encontraría en el mandato constitucional que, en caso de conflicto de leyes, obliga al juez a preferir una ley sobre una norma de menor jerarquía.

Dentro de las cláusulas dinámicas se incluye el caso de remisión a reglas técnicas generalmente reconocidas²⁴⁷. La doctrina penal tiene una posición crítica sobre la posibilidad de que las leyes penales en blanco se remitan a reglas técnicas, pues no se cumpliría con el principio de publicidad, lo que impediría el conocimiento de la prohibición penal por parte de los ciudadanos²⁴⁸. Al respecto habría que determinar si la referencia legal a reglas técnicas constituye realmente un supuesto de ley penal en blanco o si se trata, más bien, de un elemento normativo del tipo. Al igual que en los delitos culposos o imprudentes, en los que el deber de cuidado no se encuentra muchas veces positivizado, las reglas de la técnica constituyen referentes para determinar la correcta actuación de personas en ámbitos especializados²⁴⁹. Sobre la base de estas ideas, puede decirse que la admisión de reglas técnicas en la configuración de los tipos penales no constituye una ley en blanco que

245 Vid., en este sentido, OTTO: *Jura* 1991, p. 310 en referencia al Tribunal Constitucional Alemán.

246 A la ley penal en blanco debe exigírsele la descripción abstracta de la conducta; en este sentido, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 258 y s.; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 836.

247 Vid., sobre las normas técnicas SCHÜNEMANN: *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 237 y ss.

248 Así, SANTANA VEGA: *El concepto de ley penal en blanco*, p. 46.

249 Similarmente, OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 244, señala que "las normas técnicas pueden operar, fundamentalmente, integrando un concepto jurídico indeterminado que sirve de parámetro para formular un juicio de valor y determinar los deberes de cuidado que sirven de parámetro para formular un juicio de valor y determinar los deberes de cuidado exigibles a quienes participan en actividades de riesgo, esto es, en un nivel de imputación".

se remite a aspectos desconocidos por los ciudadanos, sino, más bien, el uso de reglas especializadas para determinar la incorrección del comportamiento del autor.

Otro supuesto de remisión que resulta también discutido es el caso de las cláusulas de remisión inversa, en donde una ley extra-penal se remite a una ley penal para castigar determinada conducta²⁵⁰. Esta remisión no generaría mayores problemas si la conducta pudiese subsumirse en el tipo penal remitido²⁵¹, pues no sólo no lo desnaturaliza, sino que ofrece una mayor seguridad jurídica²⁵². Los cuestionamientos aparecen, por el contrario, cuando la conducta prevista en la ley extra-penal desborda el ámbito de regulación del tipo penal, como sucede, por ejemplo, con el artículo 23.6 del D.S. N° 018-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. Este artículo establece concretamente que: "(e)n concordancia con lo establecido en el artículo 392 del CP, incurre en delito de concusión el Ejecutor o Auxiliar coactivo que, a pesar de tener conocimiento de la interposición de la demanda de revisión judicial, exija la entrega de los bienes mientras dure la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva". Como puede verse, esta cláusula de remisión inversa extiende, por un lado, la aplicación del artículo 392 del CP a los auxiliares coactivos en clara contravención al tenor de dicho artículo y, por otro lado, da a entender que su ámbito de aplicación alcanza también al delito de concusión, lo que no es así, pues dicho artículo sólo está referido a los delitos de peculado y malversación²⁵³.

La doctrina penal peruana ha visto con sentido muy crítico las cláusulas de remisión inversa que desbordan el alcance de los tipos penales a los que se remiten, en la medida que pueden afectar el principio de legalidad y permitir el castigo de conductas que no tienen el suficiente desvalor como para ser merecedoras de sanción penal²⁵⁴. Parece lógico pensar que una conducta típica determinada fuera del Derecho penal responde más a objetivos de carácter extrapenal que a la efectiva protección del bien jurídico-penal. En esta línea, DOVAL PAIS advierte el peligro de que el órgano emisor de normas extrapenales incluya una cláusula de remisión inversa que eleve *de facto* a la categoría de delito una conducta que, por su remota relación con el objeto protegido por la ley penal o por su irrelevancia, excede el

250 Vid., OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 229.

251 En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid. así, TIEDEMANN: *Einführung*, p. 60 y s.

252 Vid., así, el juicio positivo que reciben las llamadas cláusulas de remisión inversa, BACIGALUPO ZAPATER: *Sanciones administrativas*, p. 29 y ss.; DOVAL PAIS: *Posibilidades y límites*, p. 205; OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de tipos penales*, p. 231 y s.

253 Así, ROJAS VARGAS: *Delitos contra la Administración Pública*, p. 581 y s.

254 En este sentido, YON RUESTA: *Derecho PUCP* 53 (2001), p. 977.

ámbito del injusto típico propuesto por el legislador penal²⁵⁵. Por eso, no pueden admitirse cláusulas de remisión inversa como la que contiene el artículo 23.6 del TUO de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva que desborda la configuración típica y pretende subsumir conductas que están al margen de lo establecido como punible por el legislador penal.

b.2.2) La accesoriadad administrativa de acto

La accesoriadad administrativa en el Derecho penal abarca los casos en los que los elementos del tipo penal no se determinan de manera independiente, sino en relación con normas o decisiones de la Administración²⁵⁶. Se diferencia entre accesoriadad conceptual, accesoriadad administrativa de leyes y accesoriadad administrativa de acto²⁵⁷. La primera forma de accesoriadad se refiere a los tipos penales que contienen elementos normativos con contenido definido en el ámbito jurídico-administrativo, lo cual no presenta mayores problemas respecto del mandato de determinación, en tanto se considera legítimo el uso de elementos normativos en los tipos penales (por ejemplo, los elementos típicos de contratación estatal, procedimiento administrativo, presunción de veracidad, etc.)²⁵⁸. Tampoco la accesoriadad administrativa de leyes resulta opuesta al mandato de determinación, ya que se trata de una forma de ley penal en blanco, cuya particularidad es que se remite a normas administrativas como criterios de especificación²⁵⁹, tal como sucede, por ejemplo, con el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 del CP. El punto de discusión recae concretamente sobre la llamada accesoriadad administrativa de acto, la que tiene lugar cuando los tipos penales exigen un determinado acto administrativo, o su inexistencia, para poder sancionar penalmente cierta conducta²⁶⁰. En tanto la realización del tipo penal depende de un acto de la administración, se

255 Vid., DOVAL PAIS: *Posibilidades*, p. 207 y s.

256 Vid., así, SCHALL: *NJW* 1990, p. 1265.

257 Vid., con mayores referencias, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungszweckesorientat*, p. 11 y ss.; SCHALL: *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO: *Jura* 1991, p. 309 y ss.; DE LA MATA BARRANCO: *Protección penal*, p. 74 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI: *Revista penal* 4 (1999), p. 37.

258 Vid., TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 185, en tanto resulta la única manera de permitir al juez tener en cuenta la multiforidad de la vida. Si bien OTTO: *Jura* 1991, p. 309 y s., señala que este tipo de accesoriadad no presenta objeciones constitucionales, no debe olvidarse que la función del Derecho penal no coincide con la del Derecho administrativo y, por ello, puede dar un contenido distinto a los conceptos utilizados por el tipo penal.

259 Vid., en este sentido, SCHALL: *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO: *Jura* 1991, p. 310; DE LA MATA, N./ DE LA MATA, I.: *LH-Bacigalupo* (España), p. 496.

260 En este sentido, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungszweckesorientat*, p. 34.

plantea la pregunta de si con ello no se estará otorgando a la Administración facultades decisorias sobre la relevancia penal de la conducta típica²⁶¹.

Para demostrar si en los casos de accesoriadad administrativa de acto se presenta una infracción del mandato de determinación, debemos precisar la naturaleza de esta forma de accesoriadad. Si bien hemos señalado que la accesoriadad administrativa de leyes engloba los casos de leyes penales en blanco con normas administrativas complementarias, hay que añadir que cabe hablar también de una ley penal en blanco cuando la remisión se hace a un acto administrativo regulativo que especifica un elemento del tipo penal²⁶². Por ello, hay que diferenciar dentro de los casos de accesoriadad administrativa de acto, los supuestos en los que se configura una ley penal en blanco (por ejemplo, la determinación de los productos de primera necesidad en el delito de especulación del artículo 234 primer párrafo del CP), de aquellos en los que el acto administrativo constituye sólo un elemento típico del delito respectivo (por ejemplo, el delito de extracción ilegal de bienes culturales del artículo 228 del CP, en su modalidad de no retorno del bien cultural, que requiere que el sujeto activo tenga una autorización administrativa para sacar del país un bien cultural prehispánico)²⁶³. En el primer grupo de supuestos de accesoriadad administrativa de acto (leyes penales en blanco), se cumplirá con el mandato de determinación si la ley penal establece suficientemente los criterios de decisión y deja al acto administrativo simplemente el establecimiento de criterios de especificación. En el segundo grupo, bastará con que el legislador penal haga, además de una descripción de la conducta punible, una referencia expresa a un acto de la administración en un sector específico, para entender que la determinación típica de la conducta prohibida se ha cumplido suficientemente²⁶⁴.

261 En tanto se le transfiere a la Administración facultades de decisión sobre el ilícito penal que le corresponden únicamente al legislador penal. Vid., así, RANSIEK: *Gesetz*, p. 112 y s.; SCHALL: *NfW* 1990, p. 1266; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 130.

262 En este sentido WARD: *Abgrenzung*, p. 6; LANGE: *JZ* 1957, p. 237; TIEDEMANN, voz: *Blankettstrafgesetz*, en *HWiStR*, Kreckler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 819; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*, PG, p. 129.

263 En estos casos no se castiga una conducta precisada por una ley complementaria extrapeenal, sino el simple hecho de no cumplir con lo establecido por la autoridad administrativa. Similarmente, OETKER: *Gerichtssaal*, 64 (1904), p. 160 y ss.; NEUMANN, en *Strafrechtliche Abhandlung*, p. 25 y ss.; WARD: *Abgrenzung*, p. 16; RANSIEK: *Gesetz*, p. 115; KÜHL: *FS-Lackner*, p. 835.

264 Similarmente, WILKENBAUER: *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 35; RANSIEK: *Gesetz*, p. 116 y s.

b.2.3) Las cláusulas generales: Especialmente el fraude a la ley penal

En el Derecho penal se entiende por cláusula general el concepto general, empleado en la configuración de un tipo penal, que requiere de una valoración complementaria por parte del juez para determinar la tipicidad de una conducta concreta²⁶⁵. Ejemplo de una cláusula general en nuestro Código Penal es la "indole obscena" de la conducta constitutiva del delito de exhibicionismo. En principio, las cláusulas generales resultan poco conciliables con el mandato de determinación²⁶⁶, por lo que, para evitar el arbitrio judicial, siempre sería más conveniente utilizar, más bien, conceptos determinados. Sin embargo, en determinados ámbitos especialmente cambiantes, como sucede, por ejemplo, en el terreno de la moral pública o la vida económica, el legislador necesita incorporar cláusulas generales que le den al juez una mayor capacidad de adaptar los tipos penales a los cambios de la realidad²⁶⁷. Si se exigiese, por razones de seguridad jurídica, un sistema de tipificación casuística en estos ámbitos, se le impediría al juez penal llevar a cabo una Administración de Justicia material que responda a la nueva configuración de la realidad penalmente regulada²⁶⁸. Por lo tanto, el recurso a cláusulas generales será legítimo si no existe otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas en ámbitos culturalmente variables o dinámicos²⁶⁹. Esto no significa, sin embargo, admitir tipos penales sin contenido propio, sino que hay que recurrir a conceptos valorativos con cierto núcleo de significación asegurado²⁷⁰. En consecuencia, el juez debe cumplir con un mandato de determinación interpretativa y no desfigurar la significación asegurada de la cláusula general²⁷¹.

265 Vid., con mayores detalles, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 249 y ss.; HAFT: *JuS* 1975, p. 479; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 425 y ss. Una delimitación de las cláusulas generales frente a las leyes penales en blanco y los elementos normativos, TIEDEMANN: *Tatbestandsfunktionen*, p. 95 y s., acercándolas más a los elementos normativos.

266 En este sentido, HAMMAN: *Grundgesetz*, p. 48 y ss.; LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 182 y s.; FRANCIA ARIAS: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611; VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 48; CASTILLO ALVA: *Actualidad Penal* 1 (2014), p. 155.

267 En este sentido, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 255; NAUCKE: *Über Generalklauseln*, p. 15 y s.; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 24; TIEDEMANN: *Einführung*, p. 61.

268 Vid., así, LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 183; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 13.

269 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 25.

270 En este sentido, LENCKNER: *JuS* 1968, p. 308 y ss.; TIEDEMANN: *JuS* 1989, p. 696; EL MISMO, *Poder económico*, p. 34; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 87.

271 Vid., KUHLEN, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, Montiel (ed.), p. 169 y ss.

Un caso muy controvertido de cláusula general es aquella que establece la penalización de las llamadas conductas de fraude a la ley penal (*Umgebungsverhalten*)²⁷². Se trata de tipos penales que permiten la sanción de actos que no están descritos de manera específica en la ley, pero que van igualmente contra el fin de protección de la norma penal²⁷³. La doctrina mayoritaria entiende que esta forma de tipificación atenta contra el principio de legalidad (mandato de determinación y prohibición de analogía), pues otorga al juez un poder de configuración de las conductas prohibidas únicamente con base en la *ratio legis* (fin de protección de la norma)²⁷⁴. Sin embargo, para poder negar o afirmar una infracción al principio de legalidad, es necesario hacer previamente algunas consideraciones más detenidas acerca de las formas de hacer frente al fraude a la ley penal.

Seguando el planteamiento de STÖCKEL²⁷⁵, existen, en principio, dos formas de sancionar las conductas de fraude a la ley en el Derecho penal. La primera se materializaría a través de la inclusión de un instituto jurídico-penal de fraude a la ley en la Parte General del Código Penal, con el que se castigaría las conductas que, mediante una conducta evasiva del tipo penal, infringen el sentido de la norma. A esta vía se la ha considerado inconstitucional, pues faculta al juez a realizar un proceso analógico en cualquier tipo penal de la Parte Especial²⁷⁶. La segunda forma de sanción consiste en la creación de tipos penales especiales que sancionen, en determinados ámbitos específicos, conductas de fraude a la ley. Si bien con este proceder se cumple formalmente el principio de legalidad al expedirse una ley penal que sanciona las conductas de fraude a la ley, no se excluye un proceso analógico

272 Sobre el concepto de fraude a la ley en el Derecho penal, STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, p. 14; OTTO: *ZStW* 96 (1984), p. 371; BRUNS: *GA* 1986, p. 1 y s.; TIEDEMANN: *Lecciones*, p. 81; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 320; ARROYO ZAPATERO: *Revista penal* 1 (1998), p. 11. El fraude a la ley no es una figura novedosa, pues puede encontrarse ya en el jurista romano Paulo una aproximación conceptual a esta forma de actuación (D. 1,3,29: "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit" "Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido" [D'Ors: *Digesto de Justiniano*, I (1968), 1,3,29, p. 57].

273 Vid., en este sentido, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 134 y s.

274 Vid., así, TIEDEMANN: *NJW* 1980, p. 1558; EL MISMO, *Lecciones*, p. 145; STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, pp. 98, 141; OTTO: *ZStW* 96 (1986), p. 372; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 61; KÖHLER: *Strafrecht*, AT, p. 90; RÖCKL: *Das Steuerstrafrecht*, p. 299.

275 Vid., STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, pp. 75 y ss., 115 y ss.; EL MISMO, *ZRP* 1977, p. 134 y ss.

276 En este sentido, BRUNS: *JZ* 1956, p. 182; STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 135 y s.; TIEDEMANN: *Anuario de Derecho penal*, www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero de 2002]; RÖCKL: *Steuerstrafrecht*, p. 261.

que, en el caso concreto, tiene que llevar a cabo el juez²⁷⁷. Si en el tipo penal de la Parte Especial sólo se indica que se castigan las conductas de fraude a la ley penal, entonces también se estará autorizando la utilización de la analogía para fundamentar la sanción penal²⁷⁸.

Del análisis de las posibles alternativas de criminalización de las conductas de fraude a la ley penal habría que concluir su incompatibilidad con el principio de legalidad. Por lo tanto, la única alternativa legítima sería la creación de las llamadas leyes casuísticas que, como lo señala unánimemente la doctrina, poco se ajustan a la finalidad del Derecho penal²⁷⁹. Sin embargo, el propio STÖCKEL plantea una tercera vía para sancionar las conductas de fraude a la ley penal, la cual ciertamente no es más que una forma depurada de la segunda vía antes mencionada. Ésta se llevaría a cabo por medio de leyes penales de fraude a la ley relativamente determinadas, en las que se seguiría trabajando con el concepto de fraude a la ley, pero con una especificación de lo que, para el delito en concreto, se entiende por tal²⁸⁰. Esta especificación podría realizarse de dos formas: mediante una determinación de las conductas de fraude a la ley en la propia ley penal o mediante una remisión a normas extra-penales que especifiquen tales conductas²⁸¹.

La primera forma de regulación de las conductas de fraude a la ley penal es asumida por el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 literal f del CP, en tanto no sólo se sanciona penalmente a quien utiliza una marca idéntica a una registrada en el país, sino también a quien utilice una marca "similar" a la registrada. En estos casos, no se afecta, en rigor, el mandato de determinación, pues el propio tipo penal especifica la modalidad de conducta fraudulenta sancionada penalmente²⁸². La regulación del fraude a la ley penal mediante una remisión a normas extrapenales resulta ciertamente más discutible, pues la determinación de

277 Vid., similarmente, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 136; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 117 y s.; RÖCKL: *Steuerstrafrecht*, p. 261.

278 Vid., críticamente, VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 325.

279 Sobre las leyes penales casuísticas para la lucha contra el fraude a la ley, vid., STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, p. 48; NIPPOLDT: *Die Strafbarkeit*, p. 196; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 41 y s.

280 En este sentido, TIEDEMANN, voz: *Umgehung*, *HWStR*, Krekelen/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RANSIEK: *Gesetz*, p. 109; STÖCKEL: *Gesetzesumgehung*, p. 152. Quien señala que la otra posibilidad sería hacer una revisión anual de las leyes penales con peligro de conductas de fraude a la ley para poder incluir estas conductas en el tipo penal. Crítico frente a la conciliación de esta forma de regular el fraude a la ley con el principio de legalidad, RÖCKL: *Steuerstrafrecht*, p. 280.

281 Vid., en este sentido, TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 120 y ss., con apreciaciones críticas.

282 En este sentido, OTTO: *ZStW* 96 (1984), p. 371; TIEDEMANN: *Einführung*, p. 75.

las conductas fraudulentas no se lleva a cabo en el propio tipo penal, sino en leyes complementarias. Un ejemplo de esta forma de regulación se encuentra en el delito de fraude de subvenciones del Derecho penal alemán, en el que se utiliza un procedimiento de criminalización que sigue los siguientes pasos: se abarca acciones de fraude en el ámbito jurídico-administrativo previo a la norma penal, se prohíbe administrativamente estas acciones, se declaran extra-penalmente como antijurídicas y luego de forma mediata se castigan penalmente como infracciones contra la prohibición administrativa²⁸³. Con esta forma de regulación no tiene lugar, en sentido estricto, un proceso analógico en el Derecho penal, pues finalmente las leyes administrativas establecen cuáles son las conductas de fraude a la ley prohibidas. Para ello, las leyes administrativas tendrían que determinar suficientemente las conductas infractoras y no utilizar a su vez criterios generales que lleven igualmente a una interpretación analógica²⁸⁴. Este modelo resulta cuestionable, sin embargo, por el lado de la ley penal en blanco, en tanto puede constituir una infracción al mandato de determinación dejar a la norma administrativa la determinación de las conductas penalmente sancionadas. Para evitar tal reproche, será necesario que la ley penal establezca siquiera los elementos generales de la conducta sancionada de fraude a la ley y no lleve a cabo una simple remisión a las normas administrativas. Esta determinación sólo podrá realizarse mediante el uso de cláusulas generales, de manera que se tratará de un sistema de regulación que utiliza conjuntamente una cláusula general y una cláusula de remisión. Sólo si se cumple los requisitos mínimos de determinación exigidos a ambas cláusulas, se podrá justificar el uso de esta técnica de tipificación de las conductas de fraude a la ley penal.

c. La prohibición de retroactividad (*lex praevia*)

El principio de legalidad señala también que la determinación de la conducta delictiva y la pena correspondiente debe ser previa a su realización. Como consecuencia de esta manifestación del principio de legalidad, las leyes penales no pueden aplicarse retroactivamente para castigar como delito una conducta anterior a su entrada en vigencia o para imponer una pena no prevista en dicha ley²⁸⁵. Razones

283 Vid., sobre esto, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 135; TIEDEMANN: *Poder económico*, p. 35 y s. Coincidentemente, BRUNS: *GA* 1986, p. 24.

284 Vid., en este sentido, STÖCKEL: *ZRP* 1977, p. 137; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 42; BRUNS: *GA* 1986, p. 25. Por esta razón, se muestra crítico POHL: *Steuerhinterziehung*, p. 402 y ss., ante la opinión de la doctrina que defiende la realización de una defraudación tributaria mediante fraude a la ley, interpretando el delito tributario correspondiente con una norma tributaria que prohíbe en general el abuso de las formas jurídicas para no pagar impuestos.

285 Así, la prohibición de retroactividad de las leyes penales como una garantía derivada del principio de legalidad, BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 61.

de seguridad jurídica proscriben la posibilidad de sancionar penalmente una conducta, por más reprochable que sea, si es que previamente no ha sido calificada por ley como delito²⁸⁶. Asimismo, la pena a imponer por la realización de la conducta delictiva no puede ser distinta en calidad o en cantidad a la que estaba prevista en la ley que previamente la calificaba como delictiva. Las leyes penales son, pues, irretroactivas.

La regla general de la irretroactividad de la ley penal encuentra, sin embargo, excepción cuando la ley penal posterior resulta, en el caso concreto, más favorable al reo, sea porque la conducta realizada es despenalizada o porque la pena posteriormente establecida resulta menos gravosa²⁸⁷. A esta aplicación retroactiva excepcional de la ley penal se le conoce con el nombre de retroactividad benigna. La evaluación de las leyes penales que pueden ser más favorables se extienden a las que rigen con posterioridad a la vigente al momento de la realización del delito hasta el cumplimiento total de la pena impuesta. En este orden de ideas pueden ser consideradas en el juicio de favorabilidad la ley penal intermedia que rige luego de cometido el delito hasta antes de la emisión de la sentencia²⁸⁸, la ley penal vigente al momento de la sentencia y la ley penal vigente después de la imposición de la sentencia hasta antes del cumplimiento total de la pena.

El alcance de la garantía de la prohibición de retroactividad de la ley penal resulta especialmente discutido en tres supuestos específicos. Por un lado, resulta controvertido si el término "ley penal" se tiene que limitar a las leyes penales materiales o si debe incluirse también a las leyes penales procesales y de ejecución penal. Por otro lado, se discute también si el régimen penal de la vigencia temporal de la ley penal resulta extensivamente aplicable a las leyes que forman parte del Derecho administrativo sancionador. Por último, es igualmente objeto de debate la cuestión de si la irretroactividad de la ley penal está referida únicamente a la imposición de

286 Vid., la seguridad jurídica como fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, CEREZO MIR: *Derecho Penal*, PG, p. 216; LASCURAÍN SANCHEZ: *Sobre la retroactividad penal favorable*, p. 21; OLIVER CALDERÓN: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 123 y ss.

287 Vid., DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 64; BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 65 y ss.

288 Sobre la aplicación de la ley penal intermedia como la más favorable al reo, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 63; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 2, n.m. 29; HASSEMER: *NK* § 2, n.m. 23; RUDOLPHI: *SK* § 2, n.m. 6; BLANCO LOZANO: *CPC* 71 (2000), p. 292 y s; BRAMONT-ARIAS TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318. En la legislación penal nacional especialmente llamativo ha sido el caso del delito de tráfico de influencias simuladas que dejó de ser delito por 41 días con la entrada en vigencia de la Ley N° 29703, como lo expone AURIS EVANGELISTA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 107 (2018), p. 273 y ss.

las penas o si alcanza también a las medidas de seguridad. Estos tres tópicos de discusión serán abordados detenidamente en las líneas siguientes.

c.1.) La irretroactividad de las leyes penales procesales y de ejecución

Como se ha indicado, un tema sumamente debatido es si la exigencia del carácter previo de la ley penal a la comisión del delito se limita únicamente a la ley penal sustantiva o si se extiende también a las leyes procesales penales y de ejecución penal. Mientras que la doctrina nacional se inclina mayoritariamente por exigir el carácter previo también respecto de estas leyes²⁸⁹, el Tribunal Constitucional ha defendido en sus pronunciamientos un parecer distinto en ambos supuestos. En esta discusión, sin embargo, se entremezclan cuestiones que no deben confundirse: si las leyes procesales y de ejecución penal son leyes penales, cuál es el momento a partir del cual rigen (el llamado factor de aplicación), si estas leyes tienen carácter irretroactivo y la posibilidad de aplicarlas a casos anteriores, en caso de favorecer al procesado o condenado (retroactividad benigna).

En el caso de las leyes procesales penales, el Tribunal Constitucional ha señalado que "(e)n el Derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen" (STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC de 27 de agosto de 2003). La posición del máximo intérprete de la Constitución parte acertadamente de una naturaleza propia de las leyes procesales penales, por lo que no se tendría que seguir el factor de aplicación que utilizan las leyes penales sustantivas: el momento de la comisión del delito. Sin embargo, como toda ley, deben aplicarse a los casos posteriores a su entrada en vigencia, sin perjuicio de que se puedan admitir también supuestos en los que cabe excepcionalmente una aplicación retroactiva.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal dispone que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal²⁹⁰. La ley procesal penal no tiene como factor de aplicación temporal, por lo tanto, el momento de la comisión del hecho delictivo, sino la realización de los actos procesales correspondientes. Si bien ambos momentos podrían coincidir, puede ser también que, por ejemplo, la necesidad de

289 Vid., BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción*, p. 39; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 898; BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 82 y s., desde una concepción preventivo-general de la pena.

290 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 26; SÁNCHEZ VELARDE: *Código Procesal Penal Comentado*, p. 34.

satisfacer alguna condición objetiva de procedibilidad puede hacer que el inicio de un proceso penal sea posterior al momento de la comisión del delito o simplemente que el descubrimiento de los indicios suficientes para el procesamiento penal tenga lugar con posterioridad a la realización del hecho. La ley procesal aplicable es la vigente al momento de la actuación procesal correspondiente. Esta regla de aplicación temporal no debe, sin embargo, provocar situaciones de indefensión por cambios sorpresivos que afecten la estrategia procesal, por lo que el mismo dispositivo procesal antes mencionado prescribe que seguirán rigiéndose por la ley procesal anterior los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado a correr²⁹¹.

En cuanto a la posibilidad aplicar retroactivamente la ley procesal penal en caso de resultar más favorable al procesado, el artículo VII del Título Preliminar el Código Procesal Penal da una respuesta clara al respecto. La retroactividad benigna procede si es que la regulación procesal más favorable está referida a derechos individuales²⁹². Esta excepción a la regla se centra en los derechos de carácter procesal, es decir, en la vertiente garantista del proceso penal. Como se sabe, al procesado le asiste en el proceso penal un conjunto de derechos y garantías que pueden encontrar condiciones más estrictas o más flexibles para su ejercicio. Dado que estas condiciones están reguladas por las leyes procesales, en tales casos se podrá aplicar retroactivamente una ley procesal, si es que ésta ofrece condiciones más flexibles o beneficiosas para el ejercicio de los derechos individuales del procesado en el proceso penal y siempre que no haya precluido la oportunidad procesal para hacerlo.

Respecto de las leyes de ejecución penal, la discusión parte de asignarles un carácter penal o procesal²⁹³. La doctrina penal tiende a equiparlas a las leyes penales, al exigir que sean anteriores al delito (*tempus delicti comisi*)²⁹⁴, mientras que el máximo intérprete de la Constitución sostiene que las normas de ejecución penal, por no tratarse de una leyes penales sustantivas, deben considerarse como normas procedimentales²⁹⁵, por lo que al momento de resolver la cuestión correspondiente

291 Así lo destaca SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 27.

292 Vid., SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, p. 28.

293 En este sentido, OLIVER CALDERÓN: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 192 y ss., sostiene que, dentro de la legislación de ejecución penal, cabe diferenciar disposiciones de carácter penal, procesal y administrativo.

294 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 175; BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 163; ABANTO QUEVEDO: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 109; MILLA VÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 211. Este criterio ha sido asumido expresamente por el legislador en ciertas leyes penitenciarias, concretamente en la Ley N° 30101 y la Ley N° 30332.

295 STC Exp. N° 2196-2002-HC/TC de 10 de diciembre de 2003, Fundamento Jurídico 9: "En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de deter-

se deberá aplicar la ley de ejecución penal vigente (*tempus regit actum*). Las leyes de ejecución penal tienen, sin embargo, un carácter autónomo²⁹⁶, de manera tal que, pese a someterse igualmente a un principio de legalidad, su factor de aplicación no tiene que ser el que utilizan las leyes sustantivas o las leyes procesales. Su entrada en vigencia se determina a partir del momento en el que comienza la ejecución de la pena, lo que normalmente coincide con la ejecución de una sentencia condenatoria firme, salvo los casos de ejecución provisional. Sobre la posibilidad de una aplicación retroactiva de la ley de ejecución penal, el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal la admite explícitamente en atención a lo más favorable al interno²⁹⁷.

Una discusión especial se ha presentado en relación con las leyes de ejecución penal que regulan beneficios penitenciarios. La Corte Suprema de la República se ha pronunciado al respecto, estableciendo en el Acuerdo Plenario N° 2-2015, en la misma línea de lo que sostuvo en el Acuerdo Plenario N° 8-2011, que la ley penitenciaria puede ser material o procesal en función del ámbito que regula²⁹⁸. En el caso de leyes penitenciarias materiales, regiría la vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción (sentencia firme), mientras que si se trata de leyes penitenciarias de carácter procesal se aplicaría la vigente al momento de la realización del acto procesal correspondiente. Este criterio general no sería aplica-

minados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.º 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados". Esta línea de pensamiento ha vuelto a ser reafirmada por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01417-2008-HC/TC de 28 de noviembre de 2008, Fundamento Jurídico 5 con los siguientes términos "(...) atendiendo a que las normas que regulan el acceso al beneficio de semilibertad no son normas penales materiales sino normas de derecho penitenciario, sus disposiciones deben ser consideradas como normas procedimentales, puesto que establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de acceder a beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados; por tanto, no se configura una situación de excepción amparable por el artículo 139, inciso 11, de la Constitución, por lo que serán de aplicación las normas vigentes al momento del inicio de la tramitación del beneficio penitenciario".

296 En este sentido, MILLA VÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 197 y ss.

297 Sin embargo, ABANTO VÁSQUEZ: *LH-Peña Cabrera*, I, p. 566, desliza la posibilidad de que la retroactividad de la ley de ejecución penal se limite a las leyes materiales que podrían jugar algún papel durante el tiempo de ejecución de la pena (p.e. la reducción de la pena que lleva a la excarcelación del condenado).

298 Vid., al respecto, CHUNGA HIDALGO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 86 (2016), p. 37 y ss.; ABANTO QUEVEDO: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 119.

ble, sin embargo, a las leyes que establecen un factor de aplicación distinto, como el caso de la Ley N° 30101 y la Ley N° 30332 que asumen el criterio del *tempus delicti comisi*²⁹⁹. Por su parte, el legislador penal ha puesto nuevos puntos de discusión con la reciente incorporación del artículo 57-A del Código de Ejecución Penal, en donde establece que la ley que se aplica a los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional es la vigente al momento de la condena firme, aunque en el caso del beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación se respetará el tiempo computado antes de que la condena adquiriera firmeza. El criterio general de *lege lata* sería, por lo tanto, que la ley penitenciaria aplicable es la vigente al momento de cumplir con la pena impuesta, por lo que al condenado no se le podría aplicar la ley que entre en vigencia durante el cumplimiento de la pena impuesta por sentencia condenatoria firme.

Para tomar posición en relación con la discusión sobre la aplicación temporal de las leyes que regulan beneficios penitenciarios, debe determinarse si el factor de aplicación sigue la regla general de las leyes de ejecución penal o si, por el contrario, debe ser otro³⁰⁰. De mantenerse la regla general, la ley sobre beneficios penitenciarios aplicable sería la vigente al momento en que el condenado empieza a cumplir la pena. Podría sostenerse que este factor de atribución no se corresponde con la naturaleza de los beneficios penitenciarios como un derecho que solamente se alcanza bajo la observancia de ciertas exigencias legales, por lo que el factor de aplicación debería ser, más bien, el momento en el que el condenado solicita la concesión del beneficio penitenciario correspondiente³⁰¹. Tal posición no tiene, sin embargo, asidero, pues el beneficio penitenciario no se consigue de un momento a otro, sino que debe cumplirse con ciertas condiciones desde el momento en el que se comienza con la ejecución de la pena. Por consiguiente, las leyes de ejecución penal que regulan los beneficios penitenciarios deben mantener el factor de aplicación general: el momento de inicio de la ejecución de la pena. En todo caso, si la ley penitenciaria que entra en vigencia posteriormente resulta más beneficiosa, nada impide que pueda ser aplicada retroactivamente con base en el principio de la retroactividad benigna reconocida en el artículo VIII del Título Preliminar Código de Ejecución Penal.

299 Vid., MILLA VÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 212 y s.

300 Igualmente, aunque con resultados distintos a los aquí sostenidos, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 888. Sobre la importancia de definir el factor de aplicación, ABANTO QUEVEDO: *Actualidad Penal* 26 (2016), p. 107.

301 Es importante precisar que esta solicitud tiene lugar cuando el condenado presenta el expediente penitenciario con toda la documentación necesaria al juez y no cuando solicita la formación del expediente penitenciario. Vid., al respecto, TORRES GONZÁLES: *Beneficios penitenciarios*, p. 266 y s.

c.2) *La aplicación de las reglas sobre la vigencia temporal de la ley penal a las normas del Derecho administrativo sancionador*

Si las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal son extensibles a las leyes administrativas sancionatorias, no es algo que pueda negarse de plano, dada la naturaleza sancionatoria de ambos ordenamientos jurídicos. En países como España es la misma Constitución la que regula extensivamente la retroactividad benigna para las leyes sancionatorias en general, por lo que no cabe duda de su aplicación a las normas de Derecho administrativo sancionador³⁰². Nuestra Constitución, por el contrario, se limita claramente a las leyes penales (artículo 139 inciso 11). Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece, en su artículo 230 inciso 5, que uno de los principios reguladores del procedimiento administrativo sancionador es la irretroactividad de la ley administrativa sancionatoria: "Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables".

c.3) *La irretroactividad en el caso de las medidas de seguridad*

Otro tema especialmente debatido es si el carácter previo de la ley penal es una exigencia que se queda en la imposición de la pena o si alcanza también a la aplicación de las medidas de seguridad. En la doctrina penal algunos autores sostienen el parecer de que el carácter previo de la ley penal se tiene que limitar a la pena, de manera tal que las medidas de seguridad podrán introducirse con posterioridad al hecho peligroso o endurecerse por razones de prevención especial³⁰³. Nuestra regulación positiva no sigue, sin embargo, esta línea de pensamiento, sino que se adhiere al planteamiento del sector doctrinal que extiende la *lex praevia* a las medidas de seguridad³⁰⁴. En efecto, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal señala expresamente que el principio de legalidad, incluido por tanto la exigencia de la ley previa, alcanza también a las medidas de seguridad. En este sentido, nadie puede ser sometido a una medida de seguridad que previamente no se encuentre establecida en la ley penal³⁰⁵. Esta solución legal encuentra pleno fundamento en la necesidad de una garantía de objetividad que fundamenta el principio de legalidad³⁰⁶, lo que

302 Vid., al respecto, IGLESIAS RÍO: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6 (mayo de 2005), p. 31.

303 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 53, salvo que la ley disponga otra cosa.

304 En este sentido, BELLO GORDILLO: *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 146 y s.

305 Vid., BACIGALUPO ZAPATER: *Derecho Penal*, PG, p. 178; OLIVER CALDERÓN: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 164.

306 Como lo hace JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 56. Igualmente, como protección de la confianza en la Administración de Justicia, HASSEMER: *Fundamentos*, p. 322.

posiblemente no podría alcanzarse si se parte de una función de prevención general negativa.

d. *La prohibición de analogía (lex stricta)*

El principio de legalidad tiene relevancia no sólo en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces³⁰⁷. Es así que se le impide recurrir a la analogía para sancionar una conducta o agravar la pena, como se desprende del artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política y del artículo III del Título Preliminar del Código Penal³⁰⁸. La prohibición de analogía se sustentaría en los peligros que este razonamiento interpretativo podría conllevar en relación con la libertad de los ciudadanos ante una posible tergiversación de la voluntad del legislador por parte de los jueces³⁰⁹. Bajo esta comprensión de las cosas, el tenor literal no sería un método de interpretación, sino un límite a la interpretación de la ley penal³¹⁰. Para establecer este límite habría que determinar el tenor gramatical de la ley por medio del uso ordinario del lenguaje³¹¹. Si este margen interpretativo es sobrepasado, con la finalidad de sancionar o agravar conductas acudiendo únicamente al fin de protección, entonces se caerá en una analogía prohibida por el Derecho penal³¹². La interpretación de la ley penal solamente puede llegar hasta donde lo permita su tenor literal.

Las afirmaciones acabadas de realizar siguen una lógica coherente de aplicación de la ley penal con conceptos claramente diferenciados (tenor literal, interpretación y analogía). Sin embargo, la perfección de esta construcción teórica ha comenzado a ser cuestionada por una parte de la doctrina penal. La idea principal es que resulta realmente difícil marcar fronteras precisas entre la interpretación y la analogía, pues es un dato innegable que todo proceso interpretativo se lleva a cabo mediante razonamientos analógicos³¹³. En este sentido, interpretación y analogía

307 MIR PUIG: *Introducción*, p. 145; HASSEMER: *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 150.

308 Vid., SÁNCHEZ MERCADO: *La analogía en el Derecho penal*, p. 73.

309 Vid., VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 58.

310 Vid., así, ENGISCH: *Einführung*, pp. 73, 83. La doctrina actualmente dominante, vid., por todos, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 1, n.m. 55.

311 En este sentido, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 30; SCHÜNEMANN: *Nulla poena sine lege?*, p. 20; AROCENA: *Interpretación*, p. 76 y ss.

312 Vid., así, RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 23.

313 En este sentido, SAX: *Das strafrechtliche Analogieverbot*, p. 97 y ss.; KAUFFMANN, A.: *Analogie und „Natur der Sache“*, pp. 37 y ss., 60 y ss.; HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 95, 98; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29; EL MISMO, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 164; JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 574. En contra, en el sentido de que todavía es posible diferenciar interpretación de analogía, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 1, n.m. 55.

no constituyen dos conceptos diferenciados, sino que finalmente resultan siendo lo mismo³¹⁴. Por lo tanto, no se trata de establecer los límites entre una interpretación conforme al tenor de la ley y una analogía más allá de dicho tenor, sino que debe hablarse, más bien, de una analogía permitida y de una analogía prohibida³¹⁵.

d.1) La analogía prohibida y la analogía permitida

Para poder determinar en sede penal el límite de lo permitido en los procedimientos analógicos, se recurre usualmente al criterio del tenor literal de la ley penal determinado por el lenguaje cotidiano. Sin embargo, la seguridad que puede ofrecer el lenguaje cotidiano respecto del significado de las palabras utilizadas resulta también cuestionable. JAKOBS ha indicado con acierto que el límite que ofrece el uso ordinario del lenguaje no constituye, en realidad, un criterio preciso³¹⁶, pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc.³¹⁷, así como de la misma evolución de los usos del lenguaje. Así, el lenguaje cotidiano ofrece un arsenal de significaciones que, de ninguna manera, establecen un límite externo a la labor de interpretación de la ley penal³¹⁸. Lo decisivo, por lo tanto, es la cultura interpretativa utilizada, esto es, que el límite de la interpretación no es el sentido que los conceptos jurídicos tienen, sino el que

- 314 Así, expresamente, HASSEMER: *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29. En la doctrina nacional se ha puesto de manifiesto esta vinculación por BRAMONT ARIAS: *La ley penal*, p. 111 y ss., con la llamada interpretación analógica, en la que la analogía se permitiría por la propia ley penal. Anteriormente, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Revista de Derecho Público* 1936, p. 50 y ss.
- 315 Vid., así, SCHÜNEMANN: *Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; RUDOLPHI: *SK* § 1, n.m. 22; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB*, § 1, n.m. 55. En nuestro país, hace la diferenciación SÁNCHEZ MERCADO: *La analogía en el Derecho penal*, p. 79 y ss. Escéptico frente a la posibilidad de diferenciar entre analogía permitida y analogía prohibida, HASSEMER: *Strafen im Rechtsstaat*, p. 31 y ss.
- 316 ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 37, le objeta a Jakobs que cuestionar la capacidad de determinación del lenguaje, significaría negar la posibilidad de comunicación, sin embargo, creo que la argumentación correcta es precisamente la contraria. Es decir, que lo que demuestra que el lenguaje cotidiano no constituye un criterio preciso es el hecho de que siempre entre las personas caben malinterpretaciones.
- 317 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35. Similarmente, HASSEMER: *NK* § 1, n.m. 82 y ss.; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 27 y s. De una opinión distinta, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 30, en tanto sostiene que el tenor literal de la ley debe tener efectos preventivos.
- 318 Consideran que la variedad de significaciones del lenguaje ordinario se limita mediante el contexto, SCHÜNEMANN: *Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 37. Frente a ello, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35, señala que, si bien el contexto puede reducir el arsenal de significaciones, no excluye, sin embargo, la falta de seguridad respecto del contexto relevante para la interpretación.

puede atribuírseles³¹⁹. Por esta razón, la única manera de evitar la arbitrariedad en la atribución de sentido y ofrecer, por tanto, seguridad en la interpretación penal, es formar un sistema en el que las leyes penales se encuentren vinculadas, de manera tal que el uso común de elementos (conceptos) de estructuración del sistema tenga, en principio, un significado similar³²⁰. La atribución de un significado divergente al usual en el sistema jurídico-penal sólo podría justificarse si el resultado interpretativo resulta sistemáticamente posible y su utilización en otro supuesto no rompe el orden del sistema³²¹. El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico-penales.

A partir de las ideas arriba expuestas, pueden construirse los límites que el principio de legalidad realmente establece a la interpretación de la ley penal por parte del juez. La ley, como ya se indicó, cuenta necesariamente con un nivel de generalización y deja al juez la tarea de especificar en el caso concreto los elementos del tipo penal³²². La prohibición de analogía le impide al juez realizar una mayor generalización de los elementos del tipo penal legalmente configurado, de manera que amplíe el ámbito de aplicación de la ley penal para un supuesto concreto. Si el juez penal generaliza más los conceptos utilizados por la ley penal con la finalidad de incluir un determinado hecho concreto en el ámbito de regulación de la ley penal, entonces habrá realizado una analogía prohibida por el Derecho penal³²³. La cuestión central será precisar cuándo tiene lugar esa generalización de los conceptos contenidos en el tipo penal.

Para precisar el significado de los elementos del tipo penal el juez recurre al fin de regulación. Esta determinación de sentido sólo podría llegar hasta donde lo permite el tenor literal de la ley, pero, como ya lo hemos dicho, ese tenor no se determina conforme al lenguaje cotidiano, sino conforme a la idea de un sistema conceptual de carácter jurídico-penal³²⁴. La analogía prohibida le impide al juez realizar una mayor generalización, es decir, una ampliación tal del significado de los conceptos establecidos en la ley penal, que su uso en otros supuestos interpretativos

319 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 37.

320 Así, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 38.

321 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 38, con mayores referencias.

322 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33.

323 En sentido similar, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 575, señala que "se trata de analogía si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión".

324 HASSEMER: *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 161, destaca que el lenguaje que debe utilizarse no es el de la calle, sino el de los penalistas; de lo contrario, sólo llevaría a resultados falsos o impracticables por haber recurrido a parámetros inadecuados.

rompa la unidad conceptual del sistema penal³²⁵. Aun cuando el juez penal sólo pretenda sancionar conductas igualmente reprochables, no puede llevar a cabo esta mayor generalización del significado y una ampliación del ámbito de aplicación del tipo penal³²⁶, pues con ello estaría configurando un nuevo sistema de regulación y usurpando aspectos reservados al legislador penal. Se trataría de una analogía penalmente prohibida.

Por ejemplo: El peculado por extensión del artículo 392 del CP admite como posible autor de este delito a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente. Si el juez penal considerase que también habría que castigar a los agentes de retención que deben retener el pago de dinero por orden de una autoridad competente, estaría haciendo una analogía prohibida. Si se quiere ampliar el concepto "depositario" para incluir también a los agentes de retención, se rompería la unidad conceptual con el propio delito de apropiación ilícita agravada, pues el agente de retención no entra en posesión del dinero o de un bien para hacer un uso determinado, sino que simplemente no debe entregarlo a quien le corresponde, procediendo a retenerlo en favor del Estado. La falta de retención no puede equipararse a una apropiación sin romper la unidad conceptual del sistema de represión de los actos de apropiación.

d.2) La analogía permitida in bonam partem

Conforme al propio tenor del artículo III del Título Preliminar del Código Penal, la analogía prohibida se presenta cuando es utilizada para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o la medida de seguridad que corresponda. *Contrario sensu*, la analogía que se utiliza para eximir o atenuar la pena será plenamente válida, mientras no se oponga a lo dispuesto expresamente por la ley penal. A esta analogía se le conoce como analogía in bonam partem³²⁷. En la doctrina penal no se discute la posibilidad de su uso en las leyes penales³²⁸, sino, más bien, si el juez puede acudir a ella aunque no exista

325 En este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33.

326 JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 34, 40 y s., sin embargo, acepta determinados casos en los que sí puede justificarse una generalización del entendimiento mayor al usualmente establecido, para lo cual exige como presupuestos: una continuidad del desarrollo del concepto, la existencia de una arbitrariedad valorativa, la necesidad de una regulación igualitaria y la idoneidad para resolver la cuestión de fondo. Críticamente frente a Jakobs, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 39.

327 Sobre la analogía permitida en los usos in bonam partem, SÁNCHEZ MERCADO: *La analogía en el Derecho penal*, p. 101 y ss.; HUGO ÁLVAREZ: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 103 y s.

328 Aunque es teóricamente posible un modelo, en el que la legalidad rige de modo homogéneo en todo el Derecho penal como sujeción absoluta de todos los órganos de gobierno a la ley, tal como lo pone de manifiesto MONTIEL: *Analogía favorable al reo*, p. 30.

una norma que lo autorice de manera concreta³²⁹. A nuestro entender no es necesario un precepto legal que permita expresamente el uso de la analogía in bonam partem en la interpretación de las leyes penales, pues la prohibición de analogía en el Derecho penal está formulada de una manera tal que se restringe únicamente a la que es in malam partem.

La aplicación de la analogía in bonam partem no es, sin embargo, una facultad ordinaria del juez, ya que debe ser ejercida de manera excepcional. En términos generales, puede decirse que solamente cabrá su utilización por el juez penal si es que se presenta una laguna axiológica que el legislador no ha cubierto por descuido³³⁰. Un ejemplo de tal situación sería el reconocimiento de un efecto eximente a supuestos equiparables a la fuerza irresistible prevista como causa de exclusión de la responsabilidad penal en el artículo 20 inciso 6 del CP. En efecto, los casos de actos reflejos o de estados de sonambulismo, los ataques de epilepsia o las convulsiones que produzcan la afectación de un bien jurídico deben ser tratados también como causas de exclusión de la responsabilidad penal, ya que, aun cuando no estén expresamente contemplados en el artículo 20 del CP, no hay duda que responden al mismo fundamento de la fuerza irresistible que sí se encuentra expresamente regulada. La situación se presenta distinta, por el contrario, si lo que se presenta es un desacuerdo valorativo por rechazo de una tesis de relevancia excluyente, en el que el legislador es consciente que deja fuera de la regulación legal otros casos que pudiesen tener la misma relevancia³³¹. Así, por ejemplo, la condición objetiva de la punibilidad del valor de una remuneración mínima vital del bien ajeno en el delito de hurto, no puede ampliarse analógicamente a otros delitos contra el patrimonio de similar gravedad como la apropiación ilícita.

d.3) La analogía intra legem

La analogía permitida más allá del tenor de la ley no se reduce a los supuestos de analogía in bonam partem en los términos acabados de explicar, pues puede ser también que el mismo legislador utilice en su labor de incriminación una operación analógica para determinar un elemento típico. Se trata de la llamada analogía intra legem³³², la cual se presenta cuando la misma ley penal permite la utilización de la analogía en la interpretación típica, tal como sucede en los tipos penales del delito de violación sexual con la cláusula general de "otros actos análogos" o del delito de

329 Vid., al respecto, VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, p. 59 y s.

330 En este sentido, MONTIEL: *Analogía favorable al reo*, p. 218 y ss.

331 Vid., MONTIEL: *Analogía favorable al reo*, p. 225 y ss.

332 Vid., ZAFFARONI: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 306 y s. Por su parte, FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 382, la llama analogía anticipada. En la doctrina nacional ha sido usual llamarla interpretación analógica, vid., HUGO ÁLVAREZ: *Actualidad Penal* 32 (2017), p. 104 y ss.

estafa con el elemento abierto de "otra forma fraudulenta". A partir de esta posibilidad de utilización de la analogía, algunos autores sostienen que la prohibición de analogía no alcanza, en estricto, al legislador³³³. Debe quedar claro, sin embargo, que esta permisividad de la analogía al interior del tipo penal no significa abrir el ámbito de aplicación del tipo penal a cualquier supuesto similar, sino que es el propio tipo penal el que establece explícitamente los parámetros de la apertura analógica en la interpretación de la ley³³⁴.

4. El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad establece que no hay pena sin culpabilidad. Pese a que no es reconocido explícitamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha sido claro al reconocerlo como un principio constitucional (STC Exp. N° 014-2006-AI/TC). En la legislación ordinaria, por el contrario, sí existe un reconocimiento explícito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el que prescribe que la imposición de una pena requiere la responsabilidad penal del autor³³⁵. Si bien este dispositivo legal utiliza el término "responsabilidad", no hay duda que el legislador penal de 1991 se está refiriendo a la culpabilidad, como lo ponen en evidencia además los proyectos de Código Penal de 1985 y 1986 que utilizaban el término "culpabilidad"³³⁶. El motivo por el cual operó el cambio de términos fue la intención del legislador penal de evitar que el empleo del término "culpabilidad" se asocie con las teorías retribucionistas de la pena³³⁷; más aún, si el texto final del artículo IX del Título Preliminar sacó de los fines de la pena la función retributiva contemplada en los proyectos antes mencionados. En este sentido, el uso de la palabra "responsabilidad" en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal actual no se debió a un abandono del principio de culpabilidad, sino a una forma de mostrar un distanciamiento con posturas retribucionistas de la pena.

A. La función de la culpabilidad

El reconocimiento explícito del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1991 significa primeramente que la legislación penal peruana no es compatible

333 Vid., KUHLEN, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, Montiel (ed.), p. 160 y s.

334 Similarmente, ZAFFARONI: *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 307.

335 Vid., BRAMONT ARIAS: *Derecho* 46 (1992), p. 25 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 110. Considera este artículo sólo una referencia indirecta del principio de culpabilidad, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 506.

336 Informa sobre esta situación HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1596, agregando críticamente que el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 vuelve a utilizar en el artículo VII del Título Preliminar el término "culpabilidad".

337 Así, VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 110.

con aquellos planteamientos que proponen eliminarlo del sistema penal³³⁸. Por consiguiente, no hay manera de sancionar penalmente a una persona en el Perú si no es por medio de la imputación culpable de un injusto penal. Sin embargo, en lo que no existe consenso es en la manera cómo la culpabilidad debe encontrar expresión en las reglas de imputación penal. Al respecto la regulación legal no contiene ninguna posición definida, mientras que en la doctrina penal concurren distintas perspectivas sobre la función que la culpabilidad debería específicamente cumplir en la atribución de responsabilidad penal.

En una visión retributiva de la pena, la culpabilidad del autor se constituye en el fundamento mismo de la pena, siendo lo que justifica su imposición. Su punto de partida sería el libre albedrío de la persona, es decir, la posibilidad que tiene el ser humano de actuar libremente³³⁹. Bajo este esquema conceptual, la culpabilidad jurídico-penal se sustentaría en un juicio de reproche al autor por haber hecho un mal uso de su libertad, esto es, por haber cometido el delito, pese a haber podido y debido actuar conforme a Derecho³⁴⁰. A esta manera de comprender la culpabilidad penal se le ha cuestionado fundamentalmente la imposibilidad de una prueba empírica de la libertad de actuación³⁴¹, a lo que se ha sumado, en un plano más operativo, su falta de idoneidad para servir de criterio de medición de la pena a imponer al autor³⁴².

La culpabilidad adquiere una configuración distinta en una visión preventiva del Derecho penal. Si la pena apunta a disuadir a los ciudadanos para que no cometan delitos, tal situación encierra el peligro latente de que intensifique la respuesta punitiva para alcanzar un mayor efecto disuasorio. La medida de la pena respondería únicamente a la necesidad de intimidar a los potenciales delincuentes, lo que, en términos punitivos, podría significar un incremento desproporcionado de las penas³⁴³. Por esta razón, se hace necesario encontrar ciertos límites a la posi-

338 Planteamientos que van desde aquél que parte de su inutilidad dogmática por su falta de comprobación empírico científica (así, GIMBERNAT ORDEIG: *Problemas actuales*, p. 83 y ss., quien propone sustituirlo por un criterio de necesidad de pena bajo un punto de vista político-criminal), hasta a aquél que considera que la libertad está negada científicamente por los resultados obtenidos en las neurociencias (vid., de manera descriptiva, FAISCH, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 22 y ss.).

339 WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.

340 WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, p. 139: "Culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad".

341 Así fue fundamentalmente la crítica de ENGISCH: *La teoría de la libertad de la voluntad*, p. 76. En esta línea, también, CÓRDOBA RODA: *Culpabilidad y pena*, p. 24; ROXIN: *Problemas básicos*, p. 203 y ss.

342 Vid., JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 23.

343 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 66.

bilidad de exceso de una visión preventiva de la pena. La culpabilidad encontraría precisamente en este lugar su función, es decir, dejaría de ser el fundamento de la pena, como lo veían los retribucionistas, para convertirse, más bien, en un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado³⁴⁴. El punto central de discusión residirá aquí en determinar si el límite constituido por el principio de culpabilidad frente al poder del Estado se decide desde la misma lógica preventiva o desde una perspectiva externa de carácter garantista.

Dado que no es posible encontrar un fundamento para la culpabilidad en la prevención general negativa misma, la tendencia mayoritaria ha discurrido por la línea de abrir la legitimidad de la sanción penal a otros fines. Así, ROXIN le asigna a la culpabilidad una función político-criminal que no depende de su fundamentación ontológica, sino de su virtualidad para limitar el poder de intervención estatal sobre la base de considerar al ciudadano como una persona capaz de tomar decisiones autónomas y de responder por ellas³⁴⁵. De manera teóricamente más definida, SCHÜNEMANN sostiene que la amenaza penal tiene tanto una función de prevención general negativa por medio de la conminación, como una función de prevención general positiva que se legitima por medio de la culpabilidad³⁴⁶. Como bien lo apunta SILVA SÁNCHEZ, desde la lógica de estos planteamientos la culpabilidad ya no sería propiamente un límite externo a los fines de prevención general negativa, sino, más bien, una síntesis de sus fines preventivos, utilitaristas y garantistas³⁴⁷. No se trata, por lo tanto, de evitar los excesos en el cumplimiento del fin preventivo del Derecho penal, sino del adecuado cumplimiento de dicho fin del Derecho penal.

También JAKOBS rechaza la concepción de la culpabilidad como un límite a la pena y considera que lo adecuado es su integración en la función asignada al Derecho penal: "*Sólo el fin del Derecho penal dota a la culpabilidad de contenido*"³⁴⁸. Conforme al planteamiento del Profesor Emérito de la Universidad de Bonn, la función del Derecho penal consiste en restablecer la vigencia de la norma infringida mediante la imposición de una pena, de manera tal que solamente se podrá hablar de culpabilidad del autor cuando exista esta necesidad de restablecimiento. Únicamente cuando no sea preciso solucionar el conflicto penal mediante la imposición de una pena, se entrará a discutir una situación de exculpación. De hecho, la admisión

344 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3 y ss.; MIR PUIG: *Introducción*, p. 153 y ss. Sobre las críticas a la asignación de una función de límite de la pena a la culpabilidad, DEMETRIO CRESPO: *Culpabilidad y fines de la pena*, p. 55 y ss.

345 Vid., ROXIN, en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, p. 41 y ss.

346 Vid., SCHÜNEMANN, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 96 y s.

347 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 295.

348 JAKOBS, en *Estudios*, p. 78 y ss.

de ciertos supuestos de inimputabilidad por situaciones de anormalidad psicológica, por ejemplo, ha dependido de que la medicina haya encontrado remedios para su adecuado tratamiento³⁴⁹. A esta interpretación extremadamente funcional se le ha hecho diversas objeciones, siendo la más básica aquella que le reprocha que la culpabilidad ya no estaría configurada en atención a las circunstancias del autor, sino a criterios de necesidad social. Con ello, se estaría finalmente instrumentalizando al individuo por puros intereses sociales de restabilización³⁵⁰.

En nuestra opinión, la visión funcional de la culpabilidad acierta al señalar que la culpabilidad no puede determinarse desligada de la específica función social que cumple el Derecho penal, pues la configuración de la responsabilidad del autor de un delito está influida indudablemente por el Derecho penal de la sociedad de que se trate. Sin embargo, esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la culpabilidad penal se determine completamente por la eventual configuración de la sociedad o las necesidades sociales de imputación. La regulación penal no puede desconocer ciertos aspectos ontológicos de la persona al decidir su culpabilidad por el delito. En este orden de ideas, la desestabilización de una norma solamente puede provenir de la actuación de una persona, entendida ésta como un ser racional y libre³⁵¹. En la medida que la culpabilidad jurídico-penal debe partir necesariamente de una persona que actúa libremente, no es posible imputarle penalmente un hecho sin una culpabilidad individual. El restablecimiento de la vigencia de la norma infringida se debe conseguir por medio de la imposición de una pena a la persona a la que se le ha atribuido culpablemente el hecho contrario a la norma.

B. Culpabilidad de acto

Cuando el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena requiere "la responsabilidad penal del autor", eso debe entenderse como la exigencia de una culpabilidad del autor por un hecho propio (Derecho penal de acto) y no como culpabilidad por su modo de vida (Derecho penal de autor)³⁵². Esta afirmación no significa que todo lo anterior al hecho carezca de relevancia penal, pues elementos como el dolo, la imputabilidad, o los criterios de medición

349 Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 80.

350 Vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 33. La respuesta a esta crítica, JAKOBS, en *Estudios*, p. 365 y s.

351 Sobre la libertad que se expresa en las acciones y que no es meramente supuesta, sino existente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *La libertad del Derecho penal*, p. 179 y ss.

352 Sobre la distinción entre un Derecho penal del hecho y un Derecho penal de autor, vid., ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 1, precisando que, si bien en la aplicación de medidas de seguridad puede apreciarse una incidencia determinante de un Derecho penal de autor, la exigencia de un hecho lesivo como presupuesto (medidas de seguridad postdelictuales) mantiene esta vía del Derecho penal unida a un hecho (n.m. 23).

de la pena tienen necesariamente en cuenta sucesos anteriores a la realización del hecho delictivo³⁵³. Lo que no resulta de recibo es que la imposición de la pena se sustente o incremente su cuantía en razón de aspectos de la vida o la personalidad del autor³⁵⁴. Bajo estas consideraciones, existen razones atendibles para cuestionar, por ejemplo, la compatibilidad de la agravante del delito de favorecimiento de la prostitución prevista en el artículo 179 inciso 6 del CP con un Derecho penal de acto, en la medida que sustenta la agravación de la pena en el hecho de que el autor del delito haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida³⁵⁵.

Especialmente discutible es si las figuras de la reincidencia y la habitualidad resultan compatibles con un Derecho penal de acto. En la exposición de motivos del Código penal actual se señaló expresamente que estos supuestos de agravación carecían de lógica, humanidad y sentido jurídico, resultando no sólo contrarias a un Derecho penal de acto, sino también al principio del *ne bis in idem*³⁵⁶. Se llegó incluso a decir que, desde el punto de vista de la prevención general, la reincidencia y la habitualidad no habían servido para atemorizar a los delincuentes, por lo que habría que proscribir estas formas aberrantes de castigo. Este postulado original del Código Penal, sin embargo, ha sido dejado de lado, primero de forma particular en la legislación antiterrorista y posteriormente de manera general para los distintos delitos. En efecto, las figuras de la reincidencia y la habitualidad han

353 Similarmente, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, § 12, n.m. 23. En la doctrina penal nacional, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 45 y s.

354 Vid., Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 34; YACOBUCCI: *El sentido de los principios penales*, p. 317.

355 Similarmente, PEÑA-CABRERA FREYRE: *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, p. 324.

356 Textualmente se indicó lo siguiente: "Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio *ne bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233°, inciso 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social".

recobrado vigencia en la actualidad con su incorporación como circunstancias de agravación en los artículos 46-B y 46-C del CP por medio de la Ley N° 28726 de mayo de 2006³⁵⁷. Pese a que un sector de la doctrina penal se mantiene crítico, en general, frente al resurgimiento de esta figura³⁵⁸, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad en la sentencia STC Exp. N° 014-2006-PI/TC³⁵⁹.

En lo que respecta a su compatibilidad con el principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional considera que la reincidencia no cuestiona un Derecho penal de acto, pues la culpabilidad no puede ser evaluada aisladamente, "sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpaado". Por su parte, la Corte Suprema de la República sostiene que la reincidencia se fundamenta en razones de prevención especial, ajenas, por tanto, a la culpabilidad por el hecho, la cual debe servir de límite a los fines de prevención especial que sustentan la reincidencia³⁶⁰. Sin embargo, esta argumentación no explica si la manera como se encuentra regulada la reincidencia en nuestro país resulta compatible con el principio de culpabilidad. En especial, no entra a determinar si tal compatibilidad alcanza a una reincidencia genérica que no exige ningún tipo de similitud entre los delitos cometidos y, sobre todo, si puede justificar un incremento de la pena por encima del límite superior del marco penal abstracto.

En nuestra opinión, la reincidencia puede ser considerada una circunstancia que incremente el desvalor cuantitativo del delito cometido, en la medida que produzca una intensificación de la defraudación de la norma por similares actuaciones en el pasado. Tal consideración no pone en tela de juicio la vigencia del principio de culpabilidad, pero exige que su incidencia se mueva en el marco penal abstracto³⁶¹. Por el contrario, si la reincidencia se regula como una agravante cualificada, entonces el legislador estaría desbordando la pena que le corresponde al autor por

357 Disposiciones que han sido posteriormente modificadas para intensificar su contenido, mediante la Ley N° 29407 de septiembre de 2009, la Ley N° 29570 de agosto de 2010 y el Decreto Legislativo N° 1181 de julio de 2015 y la Ley N° 30838 de agosto de 2018.

358 Vid., CHÁVEZ HERNÁNDEZ: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 99 y ss. En la doctrina penal argentina, igualmente crítico PALERMO, en *Reincidencia y concursos de delitos*, Maldonado (coord.), p. 147 y ss. (espec. p. 160).

359 Vid., con mayor detalle, el análisis de crítico de ORÉ SOSA: *Temas de derecho penal*, p. 181 y ss.

360 Así el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, punto 12.

361 En ese sentido, GARCÍA: *Reincidencia y punibilidad*, p. 188, considera que es, en la individualización de la pena, en la que se debe valorar la reincidencia. En la doctrina penal nacional, igualmente, MEINI MÉNDEZ: *Lecciones*, PG, p. 111; ALCÓCER POVIS: *La reincidencia*, p. 155 y s.

su culpabilidad en el hecho³⁶². Pero además tampoco podría considerarse compatible con la culpabilidad una reincidencia genérica, pues el mensaje defraudatorio de la conducta del autor solamente se intensifica si es que el delito anterior guarda cierta relación de sentido con el delito posterior³⁶³. La actual configuración legal de la reincidencia, sin embargo, no se mantiene a salvo de estas objeciones, pues se recoge de manera genérica como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal³⁶⁴.

C. Las manifestaciones del principio de culpabilidad

La observancia del principio de culpabilidad en la imposición de una pena repercute en la constitución de las reglas de imputación penal. Esta repercusión tiene una expresión impropia que alcanza a la configuración de la categoría del injusto penal y otra propia que tiene que ver con el reconocimiento de una categoría referida específicamente a la culpabilidad. Se trata de lo que, en las exposiciones doctrinales, se conoce como las dos manifestaciones del principio de culpabilidad³⁶⁵. En el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad obliga a que se tenga que hacer una imputación subjetiva, esto es, que el hecho se atribuya subjetivamente a su autor a título de dolo o culpa, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. En la categoría de la culpabilidad, se exige, por su parte, que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar comunicativamente la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas.

a. La imputación subjetiva

La necesidad de una imputación subjetiva para la configuración del injusto penal tiene su razón de ser en la exigencia de la culpabilidad del autor para poder imponer una pena³⁶⁶. Sin llevar a cabo una subjetivización de la imputación penal, no es posible que se pueda sostener que el hecho delictivo le pertenezca al autor, es decir, que se trate de un hecho propio. Esta subjetivización se expresa, en principio,

362 Similarmente, ORÉ SOSA: *Temas de derecho penal*, p. 195 y s.; ALCÓCER POVIS: *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, p. 108. De otro parecer, VILLA STEIN, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, TORRES CARO (comp.), p. 753.

363 Vid., ALCÓCER POVIS: *La reincidencia*, p. 189.

364 Vid., ORÉ SOSA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (septiembre de 2013), p. 25; ALCÓCER POVIS: *La reincidencia*, p. 300 y s.

365 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 153.

366 Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, en *Teoría del delito*. Pariona/Pérez Alonso (coord.), p. 209. En la doctrina penal nacional, CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 79 y ss.

bajo la forma del dolo, pero también puede satisfacerse, en determinados casos especialmente graves, con la culpa. Por lo tanto, un hecho lesivo solamente podrá ser penalmente relevante, si puede ser imputado subjetivamente al autor, es decir, si el hecho ha sido realizado de manera dolosa o, excepcionalmente, culposa. Lo que, por el contrario, queda claramente descartado en la determinación de la responsabilidad penal es que se le pueda atribuir a alguien un delito por la sola realización objetiva del hecho. La responsabilidad objetiva está proscribida en el Derecho penal.

Por otra parte, queda claro que imputar penalmente un hecho a quien lo ha causado sin la posibilidad de prever su realización, no tiene ninguna utilidad desde el punto de vista de la función atribuida al Derecho penal. Para los que le asignan a la pena la función de prevención, no tiene sentido la imposición de una pena a la realización fortuita de una lesión del bien jurídico, pues esta lesión no habría podido evitarse con una amenaza de pena dirigida al autor³⁶⁷. A éste no se le podría reprochar no haberse motivado suficientemente para actuar conforme a Derecho. Para los que atribuyen a la pena una función restabilizadora tampoco resulta lógico castigar las actuaciones inevitables, pues éstas no expresan, en términos comunicativos, un sentido social perturbador³⁶⁸, en la medida que el autor no plantea un mundo distinto al reconocido por el Derecho. Siendo ello así, no resulta necesario que se restablezca normativamente con la pena algo que no se ha desestabilizado socialmente.

La exigencia de dolo o culpa se encuentra expresamente contemplada en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del CP. En este dispositivo penal se proscribida expresamente cualquier forma de responsabilidad objetiva³⁶⁹. La jurisprudencia nacional ha reafirmado reiteradamente el sentido de este precepto en diversas ejecutorias supresas³⁷⁰. Al proscribirse toda forma de responsabilidad

367 Así, MIR PUIG: *Introducción*, p. 153.

368 Vid., JAKOBS, en *Los desafíos*, Yacobucci (dir.), p. 120 y s.

369 Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VII, p. 184 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 111.

370 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Código penal comentado*, p. 37. Puede citarse aquí la sentencia del Exp. R.N. N° 607-98-Lima, en donde se dice literalmente lo siguiente: "El Código penal vigente, en el numeral sétimo de su Título preliminar, ha proscribido toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que para imponer una sanción se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa)". Igualmente, la Ejecutoria Suprema del Exp. N° 4031-98 de 17 de noviembre de 1998 (citada por PRADO SALDARRIAGA: *Derecho penal*, p. 93 y s.). La misma línea de pensamiento ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 014-2006-AI/TC: "(...) de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa".

objetiva, se excluye también cualquier forma de *versare in re illicita*, lo que significa hacer a una persona responsable por todas las consecuencias derivadas de un actuar ilegal. La responsabilidad penal alcanzará al autor solamente hasta lo que puede imputársele subjetivamente como dolo o, excepcionalmente, como culpa. Una expresión clara de esta prohibición se aprecia en las lesiones con resultado fortuito previstas en el artículo 123 del CP que limita la sanción penal a las lesiones que el autor quiso inferir.

b. El sujeto responsable

La culpabilidad penal requiere además de un sujeto responsable al que se le reproche una falta de fidelidad al Derecho por la realización del injusto penal. Esta exigencia se explica razonablemente desde la función atribuida al Derecho penal por la doctrina dominante. Así, para los que sostienen que la función de la pena es prevenir la lesión de bienes jurídicos mediante la motivación de los ciudadanos o del delincuente, resulta lógico que esta labor de motivación solamente pueda exigirse respecto de sujetos que reúnan la capacidad mínima de determinarse con base en mensajes prescriptivos³⁷¹. Por el contrario, para los que sostienen que la pena cumple una función restabilizadora, solamente la actuación de un sujeto culpable podrá tener sentido social y, por tanto, requerir de un restablecimiento contrafáctico. En el caso de sujetos considerados socialmente irresponsables, su actuación no produce un efecto comunicativo perturbador, sino que se le tratará, desde el punto de vista penal, como un hecho proveniente de la naturaleza³⁷². Como puede verse, sea por razones de motivación, sea por motivos de comunicación social, la atribución de responsabilidad penal debe recaer necesariamente sobre un sujeto responsable capaz de recibir una imputación penal.

5. El principio de proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad de las penas exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de las penas concretas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado en la globalidad de sus aspectos³⁷³. En la doctrina penal se discute si se trata de un principio independiente

371 Así, ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3: "El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho", a lo que agrega también la necesidad preventiva de sanción penal.

372 Vid., JAKOBS: *Sociedad, norma y persona*, p. 60 y s.

373 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 260; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 280; VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 56. La Corte Suprema de la República entiende que el principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la

o si no es más que una derivación o una consecuencia de otros principios como el principio de culpabilidad, el principio de mínima intervención o el principio de humanidad de las penas³⁷⁴. Sin negar la natural vinculación que existe entre los distintos principios que informan el ejercicio del *ius puniendi*, lo cierto es que el principio de proporcionalidad tiene un fundamento propio que está referido a la maximización de la libertad, en el sentido de que la limitación que produce la imposición de una pena sólo puede encontrar sustento si se hace en una medida proporcional a lo que se protege³⁷⁵. La potestad punitiva no puede ser ejercida a través de sanciones desproporcionadas.

A. La regulación legal

Más allá del reconocimiento general del principio de proporcionalidad en la Constitución³⁷⁶, la doctrina penal nacional entiende, de manera predominante, que el principio de proporcionalidad de las penas se encuentra específicamente regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal³⁷⁷, en donde se establece que "(l)a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". La misma exposición de motivos del Código Penal asume esta interpretación, al hacer la precisión de que "el artículo VIII exige la proporcionalidad de la pena con la responsabilidad por el hecho". Del mismo parecer es la Corte Suprema de la República que acordó, por mayoría, reconocer que el principio de proporcionalidad de las penas se halla contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal (Acuerdo Plenario N° 1-2000-Chiclayo). Bajo este entendimiento de las cosas, lo central será determinar qué aspectos del hecho penalmente relevante deben ser

potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal (Acuerdo Plenario N° 1-2000 Chiclayo). El Tribunal Constitucional ha dispuesto también que este principio impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer (STC Exp. N° 010-2002-AI/TC de 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 197).

374 Vid., con mayores referencias bibliográficas, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 64; AGUADO CORREA: *Principio de proporcionalidad penal*, p. 278.

375 En este mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 73.

376 Vid., ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho Penal*, PG, p. 48 y s.; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 31 y ss.; HUARCAYA RAMOS: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 69.

377 Vid., BRAMONT ARIAS: *Derecho* 46 (1992), p. 26; PEÑA CABRERA: *Tratado*, p. 97; VILLAVICENCIO TERREROS: *Código penal comentado*, p. 37 y s.; ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 49; Entienden, por el contrario, que sólo se reconoce el principio derivado de la prohibición de exceso, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 294; URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, TORRES CARO (comp.), p. 713.

considerados dentro del llamado límite de la "responsabilidad por el hecho" al que hace referencia el mencionado dispositivo legal.

Si se parte de una comprensión bipartita del delito que diferencia funcionalmente el injusto y la culpabilidad, no cabrá más que equiparar la "responsabilidad por el hecho" con la categoría de la culpabilidad, pues, tal como se indicó al abordar el principio de culpabilidad, el término responsabilidad es utilizado por el Código Penal de 1991 en el sentido de culpabilidad del autor. Desde esta perspectiva, el límite de la pena exigido en el artículo VIII del Título Preliminar se reduciría al juicio de culpabilidad, mientras que el juicio sobre la antijuridicidad del hecho no tendría por qué repercutir en la entidad de la pena³⁷⁸. No hay duda que asumir esta alternativa interpretativa llevaría a admitir situaciones reñidas con la idea básica de la proporcionalidad, puesto que se atendería únicamente al límite ofrecido por la culpabilidad del autor, pero no a los criterios que están referidos a la gravedad del hecho contrario a la norma penal.

El sentido interpretativo del referido artículo VIII cambia completamente si la culpabilidad y el injusto se entienden, más bien, como una unidad funcional, teniendo su exposición diferenciada en la teoría del delito únicamente fines didácticos. Desde este punto de vista, la responsabilidad por el hecho vendría a ser definida como un límite derivado de un juicio sobre la globalidad del delito³⁷⁹, ya que un injusto solamente puede ser tal si se trata de un injusto culpable. De esta manera, la gravedad objetiva del hecho informaría igualmente la proporcionalidad de la pena, por lo que podría afirmarse que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal reconoce, como criterio informador de la cuantía de las penas, el hecho delictivo contemplado en todos sus aspectos dogmáticamente relevantes. La Corte Suprema de la República parece mostrarse a favor de esta interpretación, pues entiende que la determinación de la pena no se agota en el principio de culpabilidad, sino que la misma debe tener en consideración la proporcionalidad con el injusto cometido³⁸⁰.

378 Con base en la bipartición de la teoría del delito, MIR PUIG: *Introducción*, pp. 158, 164, señala incluso que el principio de proporcionalidad atiende exclusivamente al injusto del hecho, mientras que el principio de culpabilidad opera sólo en el ámbito de la categoría de la culpabilidad.

379 GARCÍA CAVERO en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 214 y s. DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 212 y ss., extiende igualmente el juicio de proporcionalidad al injusto y la culpabilidad. En el mismo sentido en la doctrina penal nacional, ALCÓCER POVIS: *Introducción al Derecho penal*, PG, p. 51.

380 Vid., así, la Sentencia R.N. N° 3588-99-La Libertad de 29 de octubre de 1999 (CHOCANOL VALLADOLID: *Jurisprudencia penal*, p. 66 y s.). En la doctrina penal se sigue también este planteamiento como lo pone de manifiesto DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 133 y ss.

Debe hacerse la precisión de que el artículo VIII del Título Preliminar no establece, en estricto, una observancia absoluta de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho penalmente relevante, sino que la contempla, en todo caso, como un límite máximo (la llamada prohibición de exceso)³⁸¹. Este límite sólo hacia arriba no debe entenderse, sin embargo, como una absoluta arbitrariedad hacia abajo, sino como un margen dejado al legislador y evidentemente al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal que no están directamente contenidos en el injusto penal, como por ejemplo los actos posteriores de reparación. En este sentido, si se establece penas mínimas a delitos graves sin ninguna razón jurídico-penal atendible, se estará igualmente vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas, aun cuando no se haya sobrepasado el límite de la responsabilidad por el hecho³⁸². Sin la premisa de la proporcionalidad, no resulta posible reconocer la prohibición de exceso.

A raíz de la incorporación que nuevamente se hizo en nuestro sistema penal de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, el tenor originario del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal fue modificado. Esta modificación legislativa se hizo con la finalidad de exceptuar de la observancia del principio de proporcionalidad a las agravantes del delito antes referidas³⁸³. Al respecto cabe decir que esta distinta aplicación de la ley penal se estaría sustentando en una diferencia de las personas (primarias, reincidentes o habituales), lo que podría poner en tela de juicio la compatibilidad de esta excepción con el principio de igualdad ante la ley. Por lo anterior, consideramos que las figuras de la reincidencia y la habitualidad no deberían quedar al margen del principio de proporcionalidad, sino que dicho principio debería encontrar su propia lógica en estos supuestos de agravación de la pena. En consecuencia, carece de sentido que se exceptúe de la proporcionalidad a la agravación de la pena por razones de reincidencia o habitualidad.

El Tribunal Constitucional sostiene que la reincidencia y la habitualidad no infringen el principio de proporcionalidad en su variante de prohibición de exceso (STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007)³⁸⁴. Con ello estaríamos de acuerdo si es que estas agravantes estuviesen recogidas como criterios de individualización de la pena dentro del marco penal abstracto previsto para el delito co-

381 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 294; URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, TORRES CARO (comp.), p. 713; GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 215.

382 Igualmente, NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 16 y s.

383 Vid., ORÉ SOSA: *Temas*, p. 196.

384 Vid., ORÉ SOSA: *Temas*, p. 196 y s.

metido³⁸⁵. Pero lo cierto es que así no se encuentran reguladas en el Código Penal. En un primer momento, se les asignó, de manera poco coherente, el carácter de criterios de determinación de la pena, así como también de agravantes cualificadas. En la actualidad sólo están recogidas como agravantes cualificadas que traen consigo un incremento del límite máximo del marco penal abstracto. Dado que la pena del reincidente o habitual llegaría a superar el límite establecido por el marco penal abstracto, ambos escenarios regulativos resultan incompatibles con el principio de proporcionalidad.

B. El principio de proporcionalidad y la función del Derecho penal

Dado que el principio de proporcionalidad de las penas tiene un carácter jurídico-penal, se debe encontrar su propia racionalidad en la función que se le asigna al sistema penal. El punto de partida es que el reconocimiento del principio de proporcionalidad en la intervención penal no está necesariamente vinculado a la asunción de una postura retribucionista de la pena³⁸⁶. Por ello, la doctrina penal dominante, que atribuye a la pena una función de prevención general o especial, no desconoce que la proporcionalidad de la pena sea un principio rector de la actividad punitiva del Estado, sino que, por el contrario, la considera una garantía indispensable para evitar el uso abusivo del poder punitivo³⁸⁷. En consecuencia, la necesidad de una pena proporcional al delito no depende de una determinada concepción de la pena, pero resulta claro que su concreta configuración dependerá de la teoría de la pena de la que se parta³⁸⁸.

Las concepciones de la pena que centran su legitimidad únicamente en el efecto disuasorio de la amenaza punitiva, han sido dejadas de lado en la actualidad, pues, al poner la mirada exclusivamente en tal finalidad de prevención general negativa, terminan cayendo, como es lógico, en una situación de terror penal³⁸⁹. La entidad de la pena no se puede determinar únicamente en función de la mayor o menor probabilidad de realización de un delito por el efecto disuasorio alcanzado, sino que, para ello, se deben tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades de prevención. Uno de esos aspectos es, sin duda, la pro-

385 Del mismo parecer, URTECHO NAVARRO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15 (septiembre de 2010), p. 72.

386 Vid., en este sentido, ROXIN: *Problemas básicos*, p. 13; VILLA STEIN: *Derecho Penal*, PG, p. 144; DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 196. De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal*, PG, p. 54.

387 En este sentido, NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 14.

388 Vid., NEUMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 348 y s.

389 Vid., así, ROXIN: *Problemas básicos*, p. 18.

porcionalidad de la pena con el hecho cometido³⁹⁰. En este esquema conceptual, la proporcionalidad es entendida fundamentalmente como un límite hacia arriba a la prevención por medio de la amenaza punitiva que no impide, sin embargo, una pena por debajo de lo proporcionalmente establecido por razones de prevención especial³⁹¹.

Existen también intentos por mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de la prevención, en tanto se afirma que una prevención efectiva de los delitos sólo puede hacerse en tanto las penas impuestas sean proporcionales al hecho³⁹². Estos puntos de partida, sin embargo, no están libres de cuestionamientos, pues permiten la entrada de aspectos irracionales o emocionales en la determinación de lo que resulta proporcional según las convicciones sociales³⁹³. Por esta razón, no cabe sino entender que la corrección de la finalidad preventiva por medio del principio de proporcionalidad implica el reconocimiento de un orden de valores opuesto a la lógica de la prevención³⁹⁴. La dificultad reside en la forma de determinar este orden garantístico ajeno al fin preventivo de la pena. Puede, por un lado, que se entienda que la garantía penal de la proporcionalidad se configura históricamente, lo que lleva consigo el peligro de que su reconocimiento dependa de las mayores o menores necesidades de prevenir la realización de determinadas conductas delictivas. Por otra parte, puede que el orden limitativo de la prevención se encuentre en la propia persona humana, lo que, sin renunciar a la historicidad de la realidad, implica tener límites más estables frente a las tendencias sociales del momento³⁹⁵. Desde posturas preventivas, a esta última interpretación de la proporcionalidad de las penas cabe reconocerle mayor plausibilidad.

Pero las posibilidades de justificación del principio de la proporcionalidad de las penas no se limitan a los puntos de vista preventivos, sino que también encuentra perfecta cabida en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. Como reiteradamente se ha dicho, la pena tiene, en esta interpretación del sistema penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta

390 Vid. SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 259.

391 En el mismo sentido, ROXIN: *Problemas básicos*, p. 30; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 259: "En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo".

392 Vid. MIR PUIG: *Introducción*, p. 158 y s.; EL MISMO, *Derecho Penal*, L 4/75; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, PG, Cap. 2, n.m. 24; SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ: *Conocimiento*, p. 108 y s.; PEÑA CABRERA: *Tratado*, PG, p. 102.

393 Vid., así la crítica de SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 240.

394 Vid., en este sentido, HASSEMER: *Fundamentos*, p. 381 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 249; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 284.

395 En esta línea discurre el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 240, quien recurre concretamente a la Constitución Política como programa político-jurídico.

defraudada. Para cumplir con esta función de restabilización normativa, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que transmitió el mensaje de que la expectativa normativa de conducta no regía³⁹⁶. Y precisamente en esta relación comunicativa aparece la necesidad de una proporcionalidad de la pena con el hecho. La cantidad de pena necesaria para restablecer la expectativa defraudada se encuentra determinada por la gravedad de la defraudación. En consecuencia, sólo una pena que responda a la gravedad del delito podrá restablecer la vigencia de la norma defraudada³⁹⁷. Lo anterior no impide, sin embargo, que se pueda reducir la entidad de la pena en atención a otras razones sociales que inciden en la cantidad de castigo necesaria para restablecer la vigencia de la norma defraudada.

La propuesta que integra la proporcionalidad en la función restabilizadora de la pena no sólo es coherente con sus propios puntos de partida, sino que resulta también compatible con lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en tanto este dispositivo legal establece el límite de la responsabilidad por el hecho solamente hacia arriba. Lo que, en cualquier caso, no puede admitirse es que la norma defraudada se restablezca con una respuesta que no guarde ninguna relación comunicativa con el delito que motivó la defraudación. Para restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito, la pena debe ser cualitativamente una comunicación relevante para el sistema penal, pero también debe ajustarse cuantitativamente a la entidad del hecho que puso socialmente en tela de juicio la vigencia de la norma.

C. Las manifestaciones del principio de proporcionalidad de las penas

En relación con el alcance del principio de proporcionalidad, en la doctrina penal se encuentran en disputa una concepción amplia y otra restringida³⁹⁸. La primera entiende que la proporcionalidad abarca un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, tal y como se ha desarrollado ampliamente en la doctrina y jurisprudencia constitucionales. La segunda considera, por el contrario, que la proporcionalidad de las penas solamente engloba un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por nuestra parte, consideramos que la proporcionalidad debe ser asumida en su concepción amplia³⁹⁹. Sin embargo, se debe

396 Sobre la adecuación al acto como esencia del concepto de pena, MEZGER: *Tratado*, II, p. 398.

397 Anteriormente, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 216 y s.

398 Vid., con mayor detalle, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 138 y ss.

399 Igualmente, MIR PUIG: *LH-Vives Antón*, II, p. 1362 y s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 162 y s.; NEUMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 350 y ss. En la

hacer la atingencia de que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto no debe seguir el parámetro extensivo establecido en el Derecho administrativo de una ponderación global de costes y beneficios, sino que debe necesariamente circunscribirse a las magnitudes de la pena y del delito⁴⁰⁰. La sanción penal tiene una lógica esencialmente retrospectiva que no resulta compatible con la relación medio-fin que informa a la potestad administrativo-sancionadora⁴⁰¹.

Desde hace mucho, la doctrina penal reconoce que el principio de proporcionalidad de las penas cuenta con una doble manifestación. En primer lugar, la observancia de la proporcionalidad de las penas debe tener lugar en la creación o aprobación de las leyes penales⁴⁰². Se trata de la llamada proporcionalidad abstracta que se mueve a nivel de la labor del legislador penal. En segundo lugar, la proporcionalidad debe ser tenida en cuenta también en el nivel de la actividad judicial, más concretamente, al momento de que el juez determina la pena a imponer a los responsables por el delito cometido⁴⁰³. A esta proporcionalidad se le conoce como proporcionalidad concreta.

a. La proporcionalidad abstracta

La proporcionalidad abstracta se encarga de determinar si la reacción penal resulta proporcional en atención a los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de protección procurado⁴⁰⁴. Esto requiere, en primer lugar, establecer si la respuesta penal es idónea para mantener normativamente la vigencia la norma defraudada por el hecho socialmente perturbador⁴⁰⁵. En segundo lugar, el legislador

doctrina penal nacional, CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 37 y ss.; BENAVIDES FALEN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 99; VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 59 y ss.; HUAMÁN CASTELLARES, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 44 y ss.

400 Sobre esta discusión doctrinal, NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 3 y ss. A favor de llevar al Derecho penal el criterio administrativo de los costes y beneficios, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 167 y s.; BENAVIDES FALEN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 104.

401 Vid., NAVARRO FRÍAS: *InDret* 2/2010, p. 12.

402 Vid., DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 128. En la doctrina nacional, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 302; BENAVIDES FALEN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 98; VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 56 y s.

403 Vid., MIR PUIG: *Introducción*, p. 163; JAÉN VALLEJO: *Justicia penal contemporánea*, p. 40; DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 128. En la doctrina nacional, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 318; BENAVIDES FALEN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 99; VILLEGAS PAIVA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 57.

404 Vid., GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 218.

405 Sobre la idoneidad o adecuación de la previsión legal para preservar los bienes jurídicos penales, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 148 y ss.

debe hacer un juicio de necesidad mediante el llamado principio de subsidiariedad, según el cual no es admisible la intervención punitiva cuando el mismo efecto se puede lograr con medidas menos graves⁴⁰⁶. Con base en esta idea regulativa, algunos autores defienden, desde una perspectiva de *lege ferenda*, la despenalización de ciertos delitos de bagatelas⁴⁰⁷. Admitida la necesidad de castigar penalmente cierta clase de conducta socialmente perturbadora, deberá precisarse luego el tipo de pena y la cantidad abstracta de la misma que resulten proporcionales al hecho previsto en la ley penal⁴⁰⁸.

En la determinación abstracta de la pena, la relación de proporcionalidad no se establece entre un hecho concreto y una pena concreta. En las conminaciones penales, el hecho penalmente relevante está determinado solamente como una forma de ataque a un interés jurídico penalmente protegido, por lo que la proporcionalidad de la pena con el hecho solamente podrá establecerse en función de tal interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque tipificada⁴⁰⁹. Del primer aspecto resulta la consecuencia de castigar con penas más graves las lesiones a los intereses más importantes, como la vida o la integridad física⁴¹⁰. Muchos más aspectos a tener en cuenta en el juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar sólo los más importantes: la lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de uno solo de ellos, la comisión dolosa más que la culposa⁴¹¹. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales⁴¹².

406 Vid., en este sentido, JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN: *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 9; FREUND: *Strafrecht*, AT, § 1, n.m. 19; PRITZWITZ, en *La insostenible situación*, p. 439; LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 166 y s.; DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 153 y ss.; YACOBUCCI: *El sentido*, p. 338 y ss.; BRAMONT ARIAS: *Derecho* 46 (1992), p. 26 y s.; PEÑA CABRERA: *Tratado*, PG, p. 98; CARO/HUAMÁN: *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 43; BENAVIDES FALEN: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 77 (2015), p. 103.

407 Vid., así NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 105

408 Vid., NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 105.

409 Vid., SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ: *Conocimiento*, p. 109; HUARCAYA RAMOS: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 73.

410 En el mismo sentido, FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 402; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 303; DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 208 y s. A este respecto escribe PEÑA CABRERA: *Tratado*, PG, p. 101: "Obviamente la idea de pena justa debe ser proporcional al valor del bien jurídico deteriorado o amenazado".

411 Vid., HASSEMER: *Fundamentos*, p. 279 y ss.; DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 211; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 305 y s.

412 Así, con referencia específica a tipos penales específicos, URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, TORRES CARO (comp.), p. 716 y s.

La abstracción de la ley penal hace necesario también que la pena establecida para el delito se formule de manera general con base en un marco penal. Para determinar el límite mínimo de ese marco penal algunos autores sostienen que el legislador debe recurrir a la regla de que la ventaja obtenida por el delito no deba ser mayor a la desventaja de la pena⁴¹³. Esto significa que el marco penal mínimo tendría que reportar para el autor una desventaja mayor de lo que puede obtener por la comisión del delito. Este parecer resulta, sin embargo, cuestionable. En primer lugar, abandona el terreno de la proporcionalidad y se coloca, más bien, en el nivel de la prevención general; y, por otra parte, juega con un dato que resulta imposible de determinar en la etapa legislativa: la ventaja que obtendría el autor con la realización del hecho. Por esta razón, el establecimiento del marco penal mínimo por parte del legislador es el resultado de un proceso de valoración en el que se pregunta por la pena que se impondría a la menor lesión sancionable del bien jurídico protegido⁴¹⁴. El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil o el decomiso de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En cuanto a la determinación del límite máximo de la pena, se defienden distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la víctima en caso de no existir una sanción estatal⁴¹⁵. Otros se apoyan en la idea de que la pena no debe afectar la dignidad humana y, por tanto, no debe conducir a la desocialización del reo⁴¹⁶. Como puede verse, se trata de una postura utilitarista y otra principista. No obstante, parece ser que ambos planteamientos abandonan igualmente el terreno de la proporcionalidad de la pena con el hecho y entran en cuestiones generales del Derecho penal. Se trata, en cualquier caso, de límites externos a la determinación del marco penal máximo de una pena, pues ninguna pena puede afectar la dignidad humana o desocializar

413 Vid., FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 399 y s.; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 312; CONTRERAS GONZÁLEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (febrero de 2010), p. 61 y s.

414 Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por DREHER: *FS für Bruns*, p. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vid., ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 37 y s.), resulta discutible, pues coloca la determinación general del legislador en el nivel de la determinación específica del juez. El legislador al promulgar una ley penal sólo puede hacer un juicio de pronóstico sobre el mantenimiento de la misma gravedad del hecho en el futuro y eso se refleja en los límites máximo y mínimo establecidos. No hay otra forma de hacer esta determinación sin afectar la seguridad jurídica, más que la modificación de la propia ley penal.

415 Vid., FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 401. Críticamente, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 313.

416 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 313 y s.; CONTRERAS GONZÁLEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8 (febrero de 2010), p. 62.

al sujeto⁴¹⁷. En este sentido, el tope de cualquier pena será la pena más grave aún permitida en un Estado de Derecho. No obstante, para fijar el límite máximo de pena para determinado delito, el legislador debe, por el contrario, valorar nuevamente aquí qué pena impondría al hecho concreto más grave que lesione el bien jurídico protegido y que, de ser el caso, no entre aún en el ámbito de regulación de una figura agravada. Si bien puede objetarse que el legislador no está en capacidad de apreciar todas las posibles realizaciones del respectivo delito, este conocimiento no impide un juicio general. Un juicio de valor no puede convertirse en una comprobación empírica.

b. La proporcionalidad concreta

Como se sabe, los tipos penales no describen un hecho particular, ni establecen una pena específica para el caso concreto, sino que esa labor la dejan propiamente en manos del juez penal⁴¹⁸. Si bien el juzgador debe moverse dentro del marco fijado por la ley penal, se le atribuye márgenes de libertad para decidir la relevancia penal de la conducta específicamente juzgada y, en virtud de ello, establecer la concreta sanción penal que cabe imponer al responsable del hecho delictivo⁴¹⁹. No obstante, esta labor no puede llevarse a cabo de manera absolutamente discrecional, sino que debe tener en cuenta ciertos parámetros fijados por el legislador ("discrecionalidad jurídicamente vinculada")⁴²⁰. De central importancia es aquí el principio de proporcionalidad, por cuya virtud el juez se encuentra obligado a determinar una pena concreta que sea idónea para cumplir su función, necesaria por no existir una alternativa penal menos gravosa y proporcional a la concreta lesividad del delito cometido.

La proporcionalidad concreta de la pena se determina en función de referentes específicos que el juez debe observar para determinar la pena concreta⁴²¹. En nuestro Código Penal, estos referentes están regulados en su artículo 46⁴²². En su

417 Vid., ZIFFER: *Lineamientos*, p. 40.

418 Vid., con mayores precisiones, ZIFFER: *Lineamientos*, p. 25 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 183 y ss.

419 Vid., DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 222. Así lo pone también de manifiesto la sentencia de la Segunda Sala Penal Especializada del Cono Norte, Exp. 99-396 de 16 de agosto de 1999 (*Serie de jurisprudencia* 3, Academia de la magistratura, Lima, 2000, p. 119).

420 Vid., DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 229. En la doctrina nacional, HUARCAYA RAMOS: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 75.

421 Vid., así la referencia de PAGLIARO: *Principi di diritto penale*, PG, p. 492; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 404 y s.; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 325.

422 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 325 y s. En el mismo sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ: *Conocimiento*, p. 109.

versión original, las circunstancias previstas para orientar la individualización de la pena estaban formuladas en términos neutrales, correspondiéndole al juez decidir si su incidencia en el caso concreto era agravatoria o atenuatoria. En la actualidad, el legislador ha decidido definir el sentido específico, por lo que en la ley misma se determina si se trata de una circunstancia de agravación o atenuación de la pena concreta. En función de la mayor o menor concurrencia de uno u otro tipo de circunstancias, el juez podrá establecer la pena en un determinado tramo del marco penal abstracto (los llamados tercios).

Un supuesto problemático se presenta cuando el juez no puede ajustar la pena a la proporcionalidad concreta porque la conminación penal abstracta se lo impide. Esto sucede usualmente porque el legislador realiza incrementos punitivos por demandas sociales de castigo que están referidos a supuestos concretos especialmente graves, pero que inciden en todo el tipo penal. Así, por ejemplo, breves privaciones de la libertad de movimiento (el novio que no deja salir de una habitación a la novia en el marco de una discusión de pareja), podrían ser castigadas con penas de entre 20 a 30 años de pena privativa de libertad. En el caso de la violación sexual de menores de edad, la regulación anterior sancionaba con penas de entre 25 a 30 años a los que mantenían relaciones sexuales consentidas con menores de edad mayores de 14 años. Lo paradójico era que si uno engañaba al menor la pena máxima era de 5 años conforme al tipo penal de seducción o si le pagaba dinero por mantener relaciones sexuales la pena podía llegar hasta 6 años por el delito de usuario-cliente. Esta situación absurda desde el punto de vista de la proporcionalidad de la pena llevó a que la misma Corte Suprema expidiera, en su momento, el Acuerdo Plenario N° 07-2007 para autorizar la imposición de una pena por debajo del mínimo legal del delito de violación sexual de menores de edad mayores de 14 años precisamente a partir de la observancia del principio de proporcionalidad⁴²³.

D. Los parámetros de la proporcionalidad

La necesidad racional de una relación de correspondencia valorativa entre la pena y el delito cometido no basta para conseguir que el principio de proporcionalidad tenga una vigencia efectiva. Para alcanzar este objetivo resulta indispensable determinar cuáles son los parámetros adecuados para establecer dicha relación de proporcionalidad⁴²⁴. Como lo hemos señalado, la proporcionalidad se mantiene entre el hecho delictivo y la pena a imponer, por lo que habrá que precisar cómo se establece la mayor o menor gravedad de cada uno de ellos. A continuación, se precisarán con mayor detalle los criterios que se deben utilizar para hacer esta va-

423 Vid., con mayor detalle, CHINCHAY CASTILLO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 80 (2016), p. 31 y ss.

424 En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 260.

loración, pudiendo hacer desde ya la indicación general de que estos criterios no tienen una naturaleza ontológica⁴²⁵, sino que dependen de la valoración que les da la sociedad en la que se debe determinar la relación de proporcionalidad entre el delito y la pena⁴²⁶.

a. *La gravedad del hecho delictivo*

La percepción naturalista de las cosas llevó, en un primer momento, a que la proporcionalidad de la pena con el hecho delictivo se entendiera como una igualdad matemática entre el daño producido por el delito y el daño infligido como castigo al autor⁴²⁷. El Código de Hammurabi constituye quizá la expresión histórica más clara de esta comprensión de la proporcionalidad. Con el paso del tiempo y el desarrollo del pensamiento valorativo, esta regla matemática de equivalencia comenzó a cuestionarse en función de una mayor determinación de la relación entre el autor y su hecho⁴²⁸. La previsibilidad del resultado, la intención e, incluso, las condiciones sociales en las que se encontraba el sujeto, empezaron a ser tenidos en cuenta para precisar la gravedad del hecho. La propia entidad del daño causado dejó de determinarse con base en criterios de equivalencia empírica y pasó a depender de una valoración social⁴²⁹. Esta determinación valorativa de la gravedad del hecho es la que resulta, a todas luces, la correcta.

El hecho delictivo debe ser apreciado en todos sus aspectos socialmente relevantes para determinar su gravedad tanto abstracta, como concreta. Pero debe precisarse que esta valoración debe configurarse objetivamente⁴³⁰ y no estar, por lo tanto, afectada por situaciones coyunturales de miedo o ansiedad de la población. Si el delito mantiene su gravedad (socialmente determinada) y la pena se aumenta únicamente con la finalidad política de mostrar que se está haciendo algo para aplacar una situación de creciente actividad criminal, entonces se estará transgrediendo de manera intolerable el principio de proporcionalidad⁴³¹. Lo mismo ocurrirá si el juez impone la pena en su extremo máximo con el objetivo de mostrar una especial

425 Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998), p. 159.

426 Sobre la relatividad de la proporcionalidad, DE LA MATA BARRANCO: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 124; NEUMANN: *LH-Mir Puig* (2017), p. 343 y s.

427 Vid., CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 281.

428 A esta perspectiva, FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 399, denomina subjetivista, en oposición a la que se centra en el daño producido por el delito.

429 Vid., en este sentido, MIR PUIG: *Introducción*, p. 159 y s.; PEÑA CABRERA: *Tratado*, PG, p. 100; BRAMONT ARIAS: *Derecho PUCP* 46 (1992), p. 27.

430 Vid. CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 282.

431 Vid. la crítica de GARCÍA CAVERO: *RPCP* 10, p. 228, a este modo de operar ante la situación de inseguridad ciudadana.

drasticidad frente a un tipo de conducta que se está extendiendo en la sociedad. Bajo ningún contexto, la relatividad del juicio de proporcionalidad puede ser entendida como un juicio que se encuentre a merced de factores emocionales del ambiente.

b. *La gravedad de la pena*

La pena constituye una aflicción sobre el condenado por medio de la privación o limitación de un derecho. Su gravedad, por lo tanto, depende del grado de aflicción que provoca. La determinación de la gravedad de la pena no presenta mayores problemas en el caso de diferencias cuantitativas entre una misma clase de pena (por ejemplo, una privación de libertad de cinco años es más afflictiva que una privación de libertad de tres años). El punto de discusión se ubica, más bien, en el caso de la distinta gravedad de las clases de pena. Al respecto debe señalarse que la determinación de qué pena es más grave no puede hacerse con base en referentes empíricos, pues tal determinación tiene claros condicionamientos culturales⁴³². Por ejemplo, en determinadas sociedades, como las orientales, resulta más grave la deshonra que la muerte misma, mientras que, en nuestra sociedad, influenciada por la cultura occidental, la pena de muerte resulta el mecanismo de reacción penal más grave. Sobre la base de la valoración social que se hace al derecho del condenado privado o limitado, se podrá determinar una ordenación de las clases de penas por su gravedad.

No cualquier privación de un derecho puede ser considerada una pena. En la sociedad moderna existe una tendencia que, bajo el llamado principio de humanidad de las penas, intenta excluir del espectro de reacciones penales del Estado penas especialmente denigrantes o desintegradoras como sería el caso de la pena de muerte, las torturas o los trabajos forzados⁴³³. Es así que la privación de la libertad (derecho reconocido en la actualidad a todos los ciudadanos), se ha constituido en la forma de reacción penal que mejor se ajusta a los delitos más graves, aunque debe reconocerse también que existe un sector doctrinal abolicionista que se opone incluso a esta forma de reacción penal. Pero con independencia de esta orientación crítica al sistema penal, el hecho es que en nuestro sistema penal la pena privativa de libertad se reserva a los hechos más graves, por lo que habrá que recurrir a otras clases de pena (multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres) para hechos delictivos de menor gravedad. Una revisión de las leyes penales pone en evidencia, sin embargo, la poca observancia de este aspecto

432 Vid. SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 260; MIR PUIG: *Introducción*, p. 158; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 398.

433 Vid., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 261.

de la proporcionalidad de la pena, pues incluso en delitos de escasa gravedad se contempla una pena privativa de libertad, aunque sea de poca entidad.

E. La proporcionalidad en las medidas de seguridad

El artículo VIII del Título Preliminar del CP exige, en cuanto a la imposición de las medidas de seguridad, la existencia de intereses públicos predominantes. Esta regulación diferenciada respecto de las penas no debe llevar, sin embargo, a la falsa conclusión de que en las medidas de seguridad no rige el principio de proporcionalidad. Tanto la doctrina⁴³⁴, como la propia legislación penal vigente (artículo 73 del CP), limitan la imposición de las medidas de seguridad en atención a la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y la del que probablemente cometiera si no fuese tratado, por lo que la autorización de su imposición no puede superar igualmente el criterio de la gravedad del hecho. La proporcionalidad se configura en este contexto fundamentalmente como un límite formal a la intervención estatal en defensa del interés común.

La regulación especial para las medidas de seguridad debe ser interpretada como la exigencia de que el recurso a una medida de seguridad, tanto en su formulación legal, como en su imposición por el juez, obedezca a un interés social lo suficientemente relevante como para limitar a una persona (inimputable o semi-imputable) ciertos derechos fundamentales como la libertad ambulatoria. Hay que precisar, sin embargo, que esta argumentación no debe encuadrarse dentro de una visión utilitarista que legitima dañar a una persona para beneficiar a la mayoría, sino que, dentro del propio interés público predominante, debe encontrarse la mejora del sujeto inimputable. La medida de seguridad se impone a una persona en incapacidad de mejorar por sí sola, siendo la peligrosidad de futuros delitos lo que ofrece la autorización para tal intervención del Estado⁴³⁵.

F. Un caso especial de proporcionalidad: El principio de *ne bis in idem*

El hecho de que, por lo general, la conducta delictiva se subsuma en varios tipos penales o además en una infracción administrativa, plantea ineludiblemente el problema de la doble sanción por el mismo hecho⁴³⁶. Aquí nos vamos a ocupar exclusivamente del caso, relativamente frecuente, en el que la realización del delito

434 Vid., NAUCKE: *Derecho Penal*, p. 123; MIR PUIG: *Introducción*, p. 158; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 260, nota 332; EL MISMO, *El nuevo Código penal*, p. 44 y s.; YACOBUCCI: *El sistema*, p. 352.

435 Anteriormente, GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), I, p. 222 y s.

436 Vid., así, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 9.

infringe no sólo una norma penal, sino también una norma administrativa que contempla la imposición de una sanción administrativa como consecuencia jurídica. El caso en el que concurren varios tipos penales para ser aplicados a un mismo hecho, será visto, por el contrario, en el capítulo que se ocupa del concurso de leyes penales. El punto de partida para resolver el problema de concurrencia planteado es la proscripción de la doble sanción, lo que se ha traducido en el llamado principio del *ne bis in idem*⁴³⁷. La doctrina penal distingue al respecto una vertiente material y otra procesal⁴³⁸.

Lo que la vertiente sustantiva del *ne bis in idem* procura es evitar una *sobre-reacción* del ordenamiento jurídico, es decir, que en el mismo orden punitivo, o en distintos, se establezcan dos sanciones que sumadas sean desproporcionadas a la infracción cometida⁴³⁹. Para evitar la excesiva reacción que podría producirse por la acumulación de una sanción penal y una administrativa, se han establecido criterios regulativos expresamente recogidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal y en el artículo 230 inciso 10 de la Ley N° 27444 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG). Siguiendo a la celebre sentencia del Tribunal Constitucional Español (STS de 30 de enero de 1981)⁴⁴⁰, nuestra legislación positiva establece que se presenta una situación de *bis in idem* cuando concurre una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento⁴⁴¹. Sin embargo, la determinación de cada una de estas identidades no se encuentra libre de discusión.

437 Vid., en este sentido, BENLLOCH PETIT: *PJ*, 51, p. 307. Para mayor información sobre las generalidades de este principio, SCHROEDER: *JuS* 1997, p. 227 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ: *LH a Juan del Rosal*, p. 885 y ss.

438 Así lo ha hecho la STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC de 16 de abril de 2003. No obstante esta distinción, BOIX REIG: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131, señala que ambas formas de manifestación del principio tienen el mismo fundamento.

439 La doctrina penal sostiene mayoritariamente que el fundamento por el cual se considera indebido esta duplicidad de sanciones, es el principio de legalidad y de proporcionalidad. Vid., sobre esto, BOIX REIG: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 128 y s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE: *LH-Cobo del Rosal*, p. 165 y ss. A partir de esta idea, el TC ha derivado, como la doctrina, el principio *ne bis in idem* de los referidos principios. Sobre este, con mayores referencia, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, [consulta: 11 de abril de 2006], p. 3.

440 Vid., sobre esta sentencia con mayores referencias, GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 53 y ss.

441 Vid., igualmente, SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho procesal penal*, I, p. 62. Esta triple exigencia normativa ha sido reiteradamente respaldada por los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano sobre el tema Vid., así, los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ROBLES BRICEÑO: *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*, p. 297 y ss.

En cuanto a la identidad de sujetos, se discute especialmente la posibilidad de imponer una sanción penal a las personas naturales que actúan como órgano o representante de una persona jurídica y aplicar una multa administrativa a la persona jurídica representada. En principio, no debería haber mayor inconveniente para poder hacer esto⁴⁴². Sin embargo, debe tenerse en consideración que la imposición de las sanciones se fundamentarían en el mismo hecho, por lo que debería tenerse el cuidado de evitar que, en cada proceso sancionatorio, se pueda llegar a establecer una base fáctica contradictoria⁴⁴³. Lo razonable sería, por tanto, que el proceso penal contra las personas individuales se resuelva en primer término, siendo posible que posteriormente se imponga una sanción administrativa a la persona jurídica sobre la base de los hechos determinados en sede judicial. El estándar probatorio exigido en el proceso penal justifica que sea este proceso el que defina la base fáctica con la que también se decida la imposición de la sanción administrativa.

La identidad de hecho se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones concurrentes. Debe de tratarse del mismo hecho. Para el cumplimiento de este requisito no entran a tallar las valoraciones sobre el hecho, sino su entendimiento como un acontecimiento real acaecido en un determinado momento y lugar⁴⁴⁴. La inclusión de elementos accidentales no relevantes, no permite afirmar que se trate de un hecho distinto y que se pierda, por tanto, la identidad de hecho⁴⁴⁵. Podría decirse, sin embargo, que un mismo hecho puede dar lugar a sanciones distintas que se sustentan en criterios de desvalor distintos (por ejemplo, en el concurso ideal de delitos), pero la justificación de este proceder no se encuentra en el plano del hecho, sino en el plano de las valoraciones, lo que debe ser considerado, por lo tanto, en el aspecto referido a la llamada identidad de fundamento.

El Tribunal Constitucional ha remarcado la importancia decisiva de la identidad de fundamento⁴⁴⁶. La determinación de esta identidad no está, sin embargo, libre de problemas⁴⁴⁷, pues no resulta sencilla de establecer para determinadas formas de comprensión de la función del Derecho penal. Para los que sostienen que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo previenen la lesión de bienes jurídicos, no habría, al parecer, mayor inconveniente, pues la identidad de fundamento se daría en la protección de un mismo bien jurídico⁴⁴⁸. No obstante,

442 Vid., así, NIETO MARTÍN: *Pro manuscripto*, p. 19.

443 Vid., igualmente, NIETO MARTÍN: *Pro manuscripto*, p. 19.

444 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía del ne bis in idem*, p. 65.

445 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ: *La garantía del ne bis in idem*, p. 68.

446 Vid., con mayores referencias, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos [consulta: 11 de abril de 2006], p. 4.

447 Vid., GARCÍA ALBERÓ: *Non bis in idem*, p. 63 y s.; BENLLOCH PETIT: *PJ* 51, p. 342.

448 Así, BENLLOCH PETIT: *PJ* 51, p. 344 y s.

esta interpretación llevaría a una excesiva ampliación de la identidad de fundamento, en la que prácticamente siempre estaría excluida la posibilidad de imponer conjuntamente una sanción penal y una administrativa. Por eso, no debe sorprender que la propia jurisprudencia constitucional intente atemperar la radicalidad de esta consecuencia, creando excepciones como la llamada "relación de especial sujeción" en el llamado Derecho administrativo disciplinario⁴⁴⁹, lo que ha sido, además, ratificado por la sentencia vinculante R.N. N° 2090-2005. Este proceder suscita, sin embargo, la pregunta de si realmente existe una identidad de fundamento entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. A nuestro modo de ver, lo más razonable es seguir el planteamiento que sostiene que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos, por lo tanto, el *ne bis in idem* no debe requerir, en estricto, una identidad de fundamento entre los órdenes sancionatorios concurrentes, sino, en todo caso, una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la normativamente más grave) alcance empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. En este sentido, la llamada identidad de fundamento debe reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, de manera que una sola sanción satisfaga la función del Derecho administrativo sancionador y la función del Derecho penal.

La opinión dominante entiende que, en caso de sanción tanto penal como administrativa, debe prevalecer la sanción penal⁴⁵⁰, en la medida que ésta implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda responsabilidad penal). Otro sector opina que la sanción más grave debe determinarse en cada caso mediante la comparación del *quantum* de perjuicio de cada una de las posibles sanciones, lo que podría llevar, en varios casos, a desplazar la sanción penal por la alta cuantía de la multa administrativa. En nuestra opinión, lo conveniente es una solución general a favor de la sanción penal, no sólo por la simplificación que produce, sino por la propia lógica del principio de *ultima ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico⁴⁵¹. La sanción penal cubriría empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, si un mismo hecho constituye un delito y, a la vez, una infracción administrativa, habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la más grave desde el punto de vista normativo. Por lo

449 Vid., con mayor detalle, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos [consulta: 11 de abril de 2006], p. 15 y s. Con posición favorable, ROJAS MONTOYA: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 99 (2017), p. 85 y ss.

450 Vid. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE: *LH-Cobo del Rosal*, p. 167.

451 Así, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE: *LH-Cobo del Rosal*, p. 167, hablan de un plus de antijuridicidad.

demás, esta solución cuenta actualmente con una disposición absolutamente clara al respecto, como lo es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el que se dispone que “*El derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo*”.

Los escritos especializados reconocen que el principio del *ne bis in idem* tiene además una vertiente de carácter procesal, en virtud de la cual se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto⁴⁵². La regla general, predominantemente reconocida por la doctrina y la legislación penales, es que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo⁴⁵³. Para el inicio del proceso penal bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes, sin que sea necesaria una prejudicialidad administrativa. Pero lo que no está lo suficientemente aclarado es qué sucede con el procedimiento administrativo sancionador ya iniciado o por iniciarse si se abre un proceso penal por el mismo hecho contra la misma persona. La respuesta más lógica será aquella que señala que el procedimiento administrativo no debe iniciarse o, si ya se inició, deberá suspenderse, de manera tal que se evite infringir lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LPAG que prohíbe que el acto administrativo contravenga resoluciones judiciales firmes. Solamente si en sede penal no se impone una sanción penal con base en los criterios jurídico-penales de determinación de responsabilidad, la Administración estará facultada para iniciar un expediente administrativo sancionatorio y evaluar a partir de los hechos determinados judicialmente si procede, conforme a los criterios administrativos, la imposición de una sanción administrativa⁴⁵⁴.

6. El principio de resocialización

El ejercicio de la potestad punitiva se encuentra condicionado también por el principio de resocialización, en la medida que la pena debe apuntar a reinsertar al condenado en la sociedad o a evitar su desocialización. Se discute si su radio de acción se limita a la ejecución de la pena, o si debe tener incidencia también en su previsión legal e imposición judicial⁴⁵⁵. Si bien el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, ese reconocimiento no implica negar que el principio de resocialización circunscriba su aplicación a la ejecución de la pena. También al momento de prever o de imponerse una sanción

452 Vid., SCHROEDER: *JuS* 1997, p. 227 y ss.; BENILLOCH PETIT: *PJ* 51, p. 305.

453 Vid., así, BOIX REIG: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

454 Vid., en el mismo sentido, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos. [consulta: 11 de abril de 2006], p. 19.

455 Vid., DE LA CUESTA ARZAMENDI: *LH-Mir Puig* (2017), p. 306.

penal se debe tener en consideración el impacto que puede producir en la resocialización del autor. En consonancia con esta extensión del ámbito de aplicación, la resocialización no puede restringir su entendimiento al sentido terapéutico, sino que debe alcanzar a la reinserción social mediante la humanización del castigo y la oferta de la asistencia social⁴⁵⁶.

Pese a que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal le asigna a la resocialización el estatus de una función de la pena, debe quedar claro que no se trata de su función legitimante⁴⁵⁷. Incluso cabe cuestionar que la pena tenga que alcanzar siempre la resocialización del condenado, pues, como ya lo ha demostrado la experiencia de las tendencias resocializadoras, hasta ahora no se han podido encontrar mecanismos que aseguren ineludiblemente la reinserción del preso en la sociedad⁴⁵⁸. Por ello, la resocialización del delincuente debe ser entendida, más bien, como una garantía que se expresa, por un lado, como un límite y, por el otro, como una alternativa de mejora que se le ofrece al condenado⁴⁵⁹. Es un límite porque impide la admisión de penas que nieguen absolutamente la posibilidad de resocialización del condenado (por ejemplo, la pena de muerte), así como formas de ejecución que impidan su rehabilitación y reinserción en la sociedad. Y es una alternativa porque se le debe dar al condenado la posibilidad de evitar la desocialización que provoca la imposición de ciertas penas y establecer condiciones de ejecución que permitan su readaptación, cuando así lo desee.

Uno de los mayores problemas que inciden en la operatividad de la garantía de la resocialización es su carácter vago e indeterminado, lo que ha hecho especialmente difícil un análisis detenido de su contenido⁴⁶⁰. No se sabe si se trata de una resocialización máxima que aspira a conformar un esquema de valores en el condenado o solamente una resocialización mínima que lo único que busca es que el delincuente consiga adaptar su comportamiento externo a los estándares de actuación legalmente impuestos⁴⁶¹. La tendencia actual es a una comprensión mínima por

456 Vid., DE LA CUESTA ARZAMENDI: *LH-Mir Puig* (2017), p. 304 y s.

457 Igualmente crítico GARAYCOTT ORELLANA: *La función resocializadora*, p. 76 y s., por entender que la resocialización solamente es predicable a nivel de ejecución de la privativa de libertad.

458 Así, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 28; HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 99.

459 Vid., MIR PUIG: *Eguzquillore extra 2* (1989), p. 41; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 262.

460 Así, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, p. 95; MIR PUIG: *Eguzquillore extra 2* (1989), p. 36 y s.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *ADPCP XXXII* (1979), p. 648 y s.; DE LA CUESTA ARZAMENDI: *LH-Mir Puig* (2017), p. 300.

461 Vid., sobre estos programas de la resocialización, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *ADPCP XXXII* (1979), p. 664 y ss.

entender que se ajusta mejor a los postulados propios de un Estado de Derecho⁴⁶². Se dice que la resocialización no puede legitimar una incidencia en la personalidad del ser humano, obligándolo a pensar y actuar de una manera determinada⁴⁶³. Por ello, algunos autores destacan que se ha dejado de usar el término "resocialización", reemplazándolo por el de "rehabilitación" que no alude a una modificación de la personalidad del condenado⁴⁶⁴.

En el plano de la ejecución de la pena, el ideal resocializador encuentra expresión fundamentalmente en dos aspectos. Por un lado, se alude al llamado tratamiento penitenciario que ha de implementarse en las cárceles. No se trata simplemente de privar de la libertad a una persona, sino que esa privación se haga de una manera tal que sirva para reeducar, rehabilitar y reincorporar al interno a la sociedad. Por otro lado, se hace mención a los beneficios penitenciarios que pueden ser concedidos al condenado en atención a su nivel de compromiso con el éxito del tratamiento penitenciario. La impresión general que reina en el ambiente académico es que estas expresiones de la idea de la resocialización no han conseguido efectivamente rehabilitar a los condenados, pero que, sin embargo, se siguen manteniendo porque no se cuenta aún con otros mecanismos más prometedores.

En relación con el tratamiento penitenciario, se le ha cuestionado que realmente pueda cumplir la finalidad resocializadora. Las condiciones de vida en las prisiones produce la llamada prisionalización (subcultura carcelaria) que reduce las posibilidades de un tratamiento penitenciario eficaz⁴⁶⁵. Los valores que imperan en las cárceles y a los que se tiene que adaptar el condenado para sobrevivir, hacen inviable que se consiga el fin resocializador del tratamiento penitenciario. Por otro lado, los criterios utilizados para separar a los presos (procesados-condenados, primarios-reincidentes, criminalidad común-criminalidad organizada) parecen estar más orientados a la vigilancia que a la resocialización, produciendo una estigmatización que poco favorece al objetivo resocializador⁴⁶⁶. Finalmente, la infraestructura y el personal con los que cuentan las cárceles en nuestro país no permiten guardar el menor optimismo sobre las posibilidades de reinserción del preso en la sociedad. El tiempo en prisión no es percibido como un proceso de resocialización del condenado, sino como un resguardo temporal de la sociedad frente al accionar del delincuente.

462 Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI: *LH-Mir Puig* (2017), p. 300.

463 En este sentido, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, p. 105; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 31; HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA: *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.º. 99; ESPINOZA BONIFAZ: *Ius Puniendi* 2 (2017), p. 126 y s.

464 Vid., TORRES GONZÁLES: *Beneficios penitenciarios*, p. 286

465 Vid., MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, p. 104.

466 En este sentido, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, p. 106.

En cuanto a los llamados beneficios penitenciarios, más que discutir su idoneidad para resocializar, el debate se ha centrado en su naturaleza jurídica. El Tribunal Constitucional ha señalado que estos beneficios no tienen el carácter de un derecho fundamental, sino que constituyen la plasmación de una garantía individual, cuya materialización la puede ponderar el Estado considerando otros intereses en juego⁴⁶⁷. El Poder Judicial, en un primer momento, se mantuvo alineado con el parecer del Tribunal Constitucional al emitir la Res. Adm. N° 297-2011-P-PJ que establece criterios para la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. En esta circular se precisa que, como la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional es la de un estímulo o incentivo y no la de un derecho, el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 49 y 54, respectivamente, del Código de Ejecución Penal no asegura su otorgamiento⁴⁶⁸. La concesión de uno de estos beneficios constituye una actividad discrecional del juez —aunque jurídicamente vinculada—, quien solamente puede otorgarlos si se cumplen los presupuestos materiales puntualizados en el fundamento jurídico tercero (artículos 50, segundo párrafo, y 55, última frase del primer párrafo, del Código de Ejecución Penal), siempre que permitan razonablemente una prognosis positiva de readaptación social del interno. Con la expedición del Acuerdo Plenario N° 2-2015, la Corte Suprema ha relativizado su opinión inicial, pues, aunque no llega a sostener que se trate de un derecho fundamental, afirma que los beneficios penitenciarios constituyen un derecho subjetivo del interno, cuyo ejercicio se encuentra condicionado a una serie de requisitos legalmente impuestos.

A nivel de la doctrina penal nacional, existen opiniones divididas, pues mientras un sector califica a los beneficios penitenciarios de incentivos o estímulos⁴⁶⁹,

467 STC Exp. N° 2700-2006-PHC/TC (caso Víctor Alfredo Polay Campos): "En estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que, aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso debe obedecer a motivos objetivos y razonables, por lo que la resolución judicial que se pronuncia al respecto debe cumplir con la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales". Esta línea de argumentación se ha confirmado en la STC Exp. N° 03186-2008-HC, fundamento jurídico 2.

468 Vid., con mayor detalle, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 57 y s.

469 Vid., SMALL ARANA: *La situación carcelaria en el Perú*, p. 68; BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A.: *Actualidad Jurídica* 93 (2001), p. 74; MEINI MÉNDEZ: *Actualidad Jurídica* 123 (2004), p. 18; PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 20 (2001), p. 285 y s.; EL MISMO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 59.

otro sector los reconoce como derechos expectaticios o subjetivos del interno⁴⁷⁰. A nuestro entender, no hay duda que la resocialización es una garantía, en la medida que le impone al Estado la obligación de dotar a la ejecución de las penas de las condiciones favorables para la rehabilitación o reinserción del reo a la sociedad. Pero también resulta claro que la naturaleza garantista de la resocialización no se opone en lo absoluto a que se le pueda otorgar al condenado el derecho de gozar de los beneficios penitenciarios legalmente reconocidos. De hecho, lo normal es que la garantía sea un mecanismo para asegurar la vigencia de un derecho. Lo particular aquí es que el derecho del interno a los beneficios penitenciarios depende del cumplimiento de un conjunto de requisitos y condiciones preestablecidos por ley con la finalidad de asegurar el cumplimiento del fin resocializador, lo que no excluye que se pueda discutir la legitimidad o razonabilidad de esas exigencias legales⁴⁷¹. Al juez le corresponde determinar si se cumplen en el caso concreto con los presupuestos legales para conceder un beneficio penitenciario, utilizando para ello la información suministrada por la autoridad penitenciaria. No se trata, por lo tanto, de una decisión discrecional del juez, sino de una decisión que debe tomarse con base en los parámetros legalmente definidos⁴⁷².

7. El principio de humanidad

Se ha dicho que el principio de humanidad es el fundamento de la política criminal⁴⁷³. Si bien tal aseveración resulta absolutamente correcta, por ser el Derecho penal una cuestión de seres humanos, lo que se conoce como principio de humanidad en relación con el ejercicio del *ius puniendi* debe tener un ámbito de aplicación más acotado, pues, de lo contrario, se produciría superposiciones con otros principios político-criminales como el principio de culpabilidad, proporcionalidad o resocialización⁴⁷⁴. En este orden de ideas, lo que el principio de

470 Vid., CARO CORIA: *Actualidad Jurídica* 123 (2004), p. 46; TORRES GONZÁLES: *Beneficios penitenciarios*, p. 35 y ss.

471 Así, por ejemplo, en relación con la restricción de beneficios para determinados delitos desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, vid., MILLA VÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal comentada*, Huamán Castellares (dir.), p. 183 y ss.

472 Discusión distinta es si, a nivel constitucional, una decisión que deniega, sin la debida motivación, el otorgamiento de un beneficio penitenciario viola la libertad individual y autoriza, por lo tanto, la interposición de un hábeas corpus, lo que ha sido negado por el Tribunal Constitucional. Vid., al respecto, PÉREZ LÓPEZ: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (2011), p. 62 y s.

473 En este sentido, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 40.

474 Así se pone en evidencia en la exposición de SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 261. Pese al entroncamiento con otros principios, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 346 y s., precisa que el principio de humanidad tiene autonomía propia.

humanidad específicamente exige es la eliminación o reformulación de penas contrarias a la dignidad humana⁴⁷⁵. En consecuencia, de lo que se trata concretamente con este principio es de conseguir lo que se conoce como la humanidad de las penas.

A nivel de la doctrina penal, existe coincidencia en entender que el fundamento del principio de humanidad de las penas es la dignidad humana⁴⁷⁶. El delincuente, pese a su accionar delictivo, sigue siendo una persona dotada de dignidad y, por lo tanto, la pena a imponérsele no puede desconocer ese valor imperdible del ser humano. Por más razones de seguridad y de orden que pudiesen amparar la necesidad de una reacción punitiva más severa o draconiana⁴⁷⁷, el límite de la humanidad no puede ser superado por el Estado. El respaldo normativo de dicho fundamento es, sin lugar a dudas, el artículo 1 de la Constitución Política que instituye el respeto de la dignidad de la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por lo tanto, al hacer uso el Estado de la potestad punitiva, debe tener en cuenta que las penas son impuestas siempre a seres humanos y, por lo tanto, de ninguna manera pueden violentar su dignidad humana.

Con la invocación del principio de humanidad de las penas se ha defendido la exclusión de penas como la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas corporales, la castración o las penas estigmatizantes⁴⁷⁸. La razón de este rechazo es que suprimen absolutamente el ejercicio de un derecho fundamental⁴⁷⁹. En el Perú estas clases de penas se encuentran excluidas del catálogo de posibles sanciones penales. Si bien la pena de muerte es contemplada en la Constitución para determinados delitos graves, lo cierto es que no está desarrollada en la legislación ordinaria. Por otro lado, el que el Código Penal señale que una clase de pena privativa de libertad es la cadena perpetua, no debe hacernos olvidar que, por exigencias del Tribunal Constitucional, esta pena debe ser revisada siempre a los 35 años⁴⁸⁰. Pese a las restricciones indicadas que, sin duda, están motivadas por el principio de humanidad de las penas, no hay razón para mantenerlas como penas posibles. La pena de

475 En este sentido, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 4/60; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 261.

476 Vid., CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 338 y s.

477 Lo que KAUFMANN, H.: *Principios para la reforma de la ejecución penal*, p. 17 y ss., pone convincentemente en tela de juicio.

478 Vid., JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, I, p. 40.

479 Similarmente, CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 349.

480 Vid., VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal*, PG, p. 108. En la doctrina penal se cuestiona incluso que la privación de libertad pueda durar más de quince años por su grave incidencia en la personalidad de condenado. Vid., GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, en *Reincidencia y concurso de delitos*, Maldonado (coord.), p. 59.

muerte no debe admitir legalmente ninguna excepción y la cadena perpetua debe terminar por convertirse en una pena privativa de libertad temporal.

El principio de humanidad de las penas despliega sus efectos regulatorios no sólo en relación con la pena conminada o impuesta, sino también con su forma de ejecución⁴⁸¹. La pena concretamente atribuida a un condenado puede ser conceptualmente compatible con su dignidad, pero su ejecución puede hacerla, en los hechos, inhumana. Así, la privación de la libertad como consecuencia de una pena privativa de libertad no puede hacerse en establecimientos penitenciarios bajo condiciones que denigran a cualquier persona. Es cierto que existen limitaciones presupuestarias que impiden contar con centros carcelarios óptimos, pero lo que no se puede admitir es que no se cubran las necesidades más básicas o, lo que es peor, se implementen condiciones que degraden a los condenados (cuartos de castigo, peleas provocadas, maltrato físico, abusos sexuales, aislamiento de la familia, etc.). Lo mismo puede decirse de otras clases de pena, como la prestación de servicios de la comunidad, las que no se pueden ejecutar de una manera que estigmatice al condenado.

V. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La vigencia de los principios político-criminales hasta ahora expuestos alcanza un carácter restrictivo ante determinadas formas de criminalidad especialmente graves. Estas restricciones se han buscado explicar en los últimos años a través del llamado Derecho penal del enemigo. La idea de este Derecho penal diferenciado entra en la doctrina penal contemporánea de la mano de los trabajos dogmáticos del Prof. Günther JAKOBS, primero de manera referencial en su contribución de 1985 sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico y luego de manera abierta en su conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de 1999 en Berlín. A partir de entonces JAKOBS se ha encargado de desarrollar los presupuestos filosóficos para explicar dogmáticamente el Derecho penal del enemigo⁴⁸², llegando a concluir esta labor de forma rigurosa en el trabajo titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* aparecido en lengua castellana en el 2003⁴⁸³. A partir del planteamiento esbozado por JAKOBS se inició una fuerte discusión doc-

481 Igualmente, MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 4/61; CASTILLO ALVA: *Principios*, p. 365.

482 Muy importante es, a nuestro parecer, su trabajo: *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, publicado en lengua castellana en *El Funcionalismo en Derecho penal*, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Bogotá, 2003, p. 71 y ss.

483 JAKOBS, en JAKOBS/CANCIO: *Derecho penal del enemigo*, p. 21 y ss. Una versión alemana se publicó el mismo año en *Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure - An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung-*, 2003, p. 41 y ss.

trinal que no se ha quedado en el plano exclusivamente dogmático, sino que ha entrado incluso en el ideológico.

Bajo la denominación "Derecho penal del enemigo" se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas de un modo eficaz⁴⁸⁴. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de la pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos⁴⁸⁵, el Derecho penal del enemigo no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que se exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos. Los enemigos se encuentran, de alguna forma, excluidos de la sociedad⁴⁸⁶ y, por lo tanto, el sistema jurídico no tiene que reconocerlos como ciudadanos, es decir, como personas. Podría decirse, en síntesis, que el Derecho penal del enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos individuos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos). El efecto comunicativo de la pena requiere, en estos casos, un aseguramiento cognitivo que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal⁴⁸⁷.

Las afirmaciones precedentes requieren, sin embargo, de una precisión muy importante. Si bien el Derecho penal del enemigo destaca fundamentalmente una función cognitiva de aseguramiento, lo cierto es que no se trata al delincuente como un mero objeto peligroso y ni tan siquiera como a alguien al que se le ha declarado la guerra en el sentido propio del término⁴⁸⁸. La reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto. En este sentido, puede decirse que la lucha contra el enemigo no se mueve solamente en el plano cognitivo, sino que tiene ciertos mínimos normativos que permiten afirmar que el enemigo no se encuentra del todo despersonalizado. De hecho, JAKOBS habla de una *despersonalización parcial* del enemigo⁴⁸⁹.

484 Vid., CANCIO MELLÁ: *RPCP* 13, p. 155.

485 JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, p. 139: "El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos".

486 Vid., sobre la autoexclusión JAKOBS, en *El funcionalismo en Derecho penal*, LH al Prof. Günther Jakobs, p. 85 y ss.

487 Vid., JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 137 y s.; EL MISMO, en JAKOBS/CANCIO: *Derecho penal del enemigo*, p. 40 y s.; GRACIA MARTÍN: *Prolegómenos*, p. 123.

488 Vid., así, PASTOR, en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, LH al Prof. Dr. Günther Jakobs, p. 780.

489 Vid., JAKOBS, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cancio/Feijoo (ed.), p. 44 y ss.

A partir de las ideas generales que se acaban de esbozar sobre el Derecho penal del enemigo, la doctrina penal ha intentado establecer cuáles son sus características esenciales. JAKOBS, por ejemplo, menciona tres rasgos fundamentales⁴⁹⁰: el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de las penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal (incluirla también garantías de orden sustantivo y penitenciario⁴⁹¹). A estas características CANCIO MELIÁ agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por JAKOBS) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales⁴⁹².

Si se analiza la legislación penal peruana actualmente vigente se podrá constatar sin mayor dificultad que, en la regulación de determinados delitos, se ha asumido de manera clara las características constitutivas de lo que hoy se califica en el discurso dogmático como "Derecho penal del enemigo". Esta constatación se aprecia fácilmente en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada (especialmente, el tráfico ilícito de drogas, el secuestro y el lavado de activos), los abusos sexuales de menores de edad, los casos de violencia familiar y los delitos de corrupción. En consecuencia, no se puede desconocer que, en la actual legislación penal, existen figuras delictivas que reúnen los rasgos característicos de lo que, en la discusión doctrinal, se llama Derecho penal del enemigo⁴⁹³. Cosa distinta es que se repudie el término de enemigo para caracterizar a este ámbito real y existente del Derecho penal, posiblemente por el sentido político especialmente negativo que podría conllevar.

La cuestión que debe discutirse no es, por tanto, si existe un Derecho penal del enemigo, sino, más bien, si en un Estado de Derecho la configuración de un Derecho penal de estas características es legítima. El Tribunal Constitucional se ha mostrado absolutamente en contra de esta posibilidad al señalar expresamente que *"la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo, es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho*

490 Vid., JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 138.

491 Así, el endurecimiento del Derecho penitenciario en la legislación penal del enemigo es destacado por GRACIA MARTÍN: *RECPC* 07-02 (2005), recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 02: 11.

492 Vid., CANCIO MELIÁ: *RPCP* 13, p. 156.

493 Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, en *Derecho penal del enemigo*, Tomo I, p. 925 y ss. Del mismo parecer, CHÁVEZ HERNÁNDEZ: *Actualidad Penal* 13 (2015), p. 93 y s.

*en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos, sino más bien enemigos*⁴⁹⁴. Estas consideraciones del Tribunal Constitucional pueden entenderse de dos maneras: o como que no es posible de ninguna manera establecer una vigencia distinta de las garantías penales en función de los delincuentes, o como que no es necesario hablar de Derecho penal del enemigo para poder justificar legítimamente la limitación de ciertas garantías penales. La primera interpretación no parece ajustarse a la forma de proceder del Tribunal Constitucional en temas como la detención preliminar, la proporcionalidad de las penas o la reincidencia, por lo que sólo cabrá entender su afirmación en el segundo sentido de los posibles.

En nuestra opinión, no existen problemas de legitimidad para sustentar un régimen penal de excepción que contenga penas severas, adelante las barreras de protección penal, utilice elementos típicos abiertos o restrinja ciertas garantías jurídico-penales. Sin embargo, hay que resaltar especialmente que con esta afirmación no se quiere legitimar cualquier forma de Derecho penal, pues una legislación penal restrictiva de garantías sólo será de recibo excepcionalmente si estas restricciones se encuentran justificadas en razones objetivas de excepción y respeten el contenido esencial de los derechos constitucionales⁴⁹⁵. Lo que, en todo caso, debe quedar claro es que no se puede negar de plano la configuración de un Derecho penal especialmente severo y restrictivo de ciertas garantías, por lo que la legislación penal no puede ser considerada ilegítima por el solo hecho de intensificar los estándares ordinarios de represión penal. Pero lo que hoy presenta serias dudas es que todas estas restricciones de garantías e intensificación de los criterios de interpretación se puedan explicar por medio de la construcción dogmática del Derecho penal del enemigo.

494 STC N° 0003-2005-PI/TC de 9 de agosto de 2006. En la doctrina nacional, igualmente, crítica REYES TELLO: *Gaceta Penal & Procesal Penal* 75 (2015), p. 354 y s. Por el contrario, JIMÉNEZ CORONEL: *Actualidad Penal* 25 (2016), p. 99, sostiene su juridicidad.

495 Vid., igualmente, MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, p. 75; GRACIA MARTÍN: *RECPC* 07-02 (2005), recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 02: 29.