

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Aquí el autor, de manera clara, expone la teoría de las consecuencias jurídicas del delito y las ubica dentro del esquema legislativo del ordenamiento penal peruano, proponiendo un esquema nuevo e interesante de explicación doctrinaria. Sigue la línea de un trabajo anterior que realizó, referido a la responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito para la Universidad de Salamanca

Miguel Rafael Pérez Arroyo

Asistente de docencia de derecho penal y procesal penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

SUMARIO¹

Introducción. 1. Teoría de las consecuencias jurídicas del delito. 2. Las consecuencias jurídicas clásicas del delito: penas y medidas de seguridad. 3. Las consecuencias jurídicas-económicas del delito: responsabilidad civil. Criterios de Derecho Material. Criterios de Derecho Procesal. Comiso. Multa. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las consecuencias jurídicas del delito son un tema cuyo estudio, hoy en día se hace impostergable; tanto en importancia como en actualidad político-criminal y penal. En el Perú, a diferencia de otros países como España por ejemplo, no se han escrito tratados acerca de las consecuencias jurídicas del delito y en los cursos universitarios de derecho penal de las principales facultades peruanas, o no se las han abarcado como debe ser o se les han abordado desde una perspectiva simplista y hasta confusa respecto de su naturaleza, importancia y alcances. Este trabajo, no es más que un intento por sistematizar nuestros conocimientos adquiridos como investigadores y ayudantes de docencia en nuestra corta vida de penalistas no constituyendo, en modo alguno un trabajo acabado al respecto sino sólo una invitación para todos quienes pretenden estudiar derecho penal en el Perú y sobretudo hacer teoría dentro de nuestra realidad jurídica-penal, la cual nos empuja cada vez más a ser empíricos del derecho.

Las consecuencias jurídicas del delito, definidas como todo aquello que se desprende de la verificación del delito como ente y de la relación de autoría que media entre éste y un sujeto el cual debe ser imputable (normativamente hablando a la vez que ser capas de discernimiento y volición), pueden ser clasificadas desde distintos órdenes. El más acogido por la doctrina nunca o casi nunca a estudiado a las consecuencias accesorias dentro de su análisis discursivo, centrándose de este modo en aquellas consecuencias que nosotros vamos a denominar clásicas: penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil. En este esquema las penas y las medidas de seguridad han sido las privilegiadas, tanto por tratarse de las consecuencias de estricto orden penal como por que la responsabilidad civil, en esencia, es sólo una consecuencia indirecta del de-

¹ Este trabajo se elaboró sobre la base de uno anterior referido a la responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito, expuesto en el VII Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Salamanca. España 1995.

lito: dependiendo su verificación de la existencia de un daño en el sentido civil.

Recientemente, y a efectos de justificar la introducción del estudio de algunas consecuencias accesorias del delito es que se ensaya una clasificación distinta a la tradicional y se fija sólo en su contenido así como en su propósito: económico. Nosotros hemos asumido este criterio pues nos parece más favorable en tanto pretendemos demostrar algunas peculiaridades de la responsabilidad civil con respecto a las otras consecuencias clásicas, es por ello que hemos dividido nuestro trabajo en tres grandes grupos: teoría de las consecuencias jurídicas del delito, consecuencias jurídicas punitivas y consecuencias jurídicas económicas del delito.

Demás está decir que todo razonamiento teórico es inútil si no es confrontado con la legislación vigente tanto o más si omitiéramos el espíritu crítico en dicho razonamiento. Es por estas razones que encontraremos, constantemente, referencias al C.P. peruano de 1991 (C.P.) el mismo que será comparado con la legislación penal española actual (CPE) y la vigente desde el 24 de mayo de 1996, según la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre de 1995 (NCPE) a la vez que el ordenamiento procedimental y procesal peruano (CPP/ C de PP) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (LECRIM).

Finalmente quiero agradecer a todas las personas que, directa o indirectamente, me han brindado su apoyo personal y académico para la realización de este pequeño trabajo; en especial a la Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, Dr. Luis Arroyo Zapatero, Dr. Nicolás García Rivas, Dr. César San Martín Castro y Dr. Víctor Prado Saldarriaga.

1. TEORÍA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

I. La problemática y cuestionamiento respecto de las consecuencias jurídicas del delito poseen hoy, al decir de Hans Heinrich Jescheck, el mismo rango científico que desde siempre ha tenido la teoría del delito.² Esta importancia deriva de la discusión propia de la que resulta la conjunción del delito (como concepto penal), del delincuente (como sujeto realizador de la norma penal –infractor del mandato o de la prohibición–) y de la sanción de la cual dicho sujeto se hace acreedor. En esta lógica, el qué se haga con dicho delincuente (tratamiento del delincuente), la manera de alcanzar resultados positivos (respecto de las conductas que al derecho le interesa punir o desaparecer), el modo cómo debe controlarse dichas conductas antisociales en base a un razonamiento preventivo y hasta canalizar los efectos patrimoniales de dichas conductas que, por efectos de un avance en la concepción ético-social, merecen un reproche y por tanto una sanción del grupo humano a la cual pertenecen dichos delincuentes. En pocas palabras, la manera cómo la sociedad va a convivir con los sujetos que conociendo y pudiendo comprender el alcance ilícito de su comportamiento, en relación con la norma penal (tanto en su alcance típico-objetivo como subjetivo); materializan los actos que en abstracto dicha norma manda obedecer o prohíbe.

Las consecuencias jurídicas del delito se centran pues, en un análisis previo acerca del control social y la lógica inmanente que le atañe (protección del ordenamiento social y los intereses que le incumben).

Como sabemos el control social definido como «los diversos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la compo-

La responsabilidad civil es pues una consecuencia jurídica del daño civil y no del delito, como concepto jurídico

nen», se estructura en dos niveles: el informal o mecanismos naturales de control social (Hulsman) y el formal (no punitivo y punitivo).³ El control social formal punitivo (sistema penal) se estructura necesariamente en base a una corroboración previa acerca del fracaso en el control y la protección de la sociedad (de sus intereses así como del modelo social dominante) con los mecanismos informales o difusos. De ello, un sistema penal se estructura a partir de una lógica tripartita (generalmente aceptada) **prevención, represión y reparación del hecho punible**. Sin embargo previo a este esquema estructurador del sistema penal se encuentra situada lo que conocemos como Política Criminal (política de fines tendientes a eliminar o disminuir la criminalidad) la que a su vez determina una Política Penal (Política de medios racionalmente estructurados a fin de combatir el delito; son reglas jurídicas). Luego, entonces, vamos a tener que los dos grandes instrumentos (medios) de Política Penal, los cuales se materializarán en la tutela del interés social en base a los fundamentos de Política Criminal definidos por el Estado; serán básicamente dos: **las penas y las medidas de seguridad (consecuencias jurídicas principales y directas del delito)** y una tercera –principal e indirecta– que es la responsabilidad civil, la misma que sólo se verificará en tanto exista un daño. La responsabilidad civil es pues una consecuencia jurídica del daño civil y no del delito, como concepto jurídico.

Así, encontramos que de dicha lógica tripartita informativa del sistema penal en base a reglas de Política Penal (determinados por Políticas Criminales de los Estados) sólo uno de los tres extremos es estrictamente punitivos: la represiva; las otras dos pueden moverse a lo largo de toda la política social del Estado y dentro de estas dos el aspecto reparatorio-compensador es menos punitivo.⁴ En este sentido si dentro de un sistema penal encontramos normas reparatorias de los daños ocasionados con el delito, en puridad, no dependerán directamente de la comisión de dicho delito sino de la naturaleza del daño causado, el cual deberá ser civilmente relevante; y que por razones de tutela global y efectiva (**criterio victimológico**) debe ser también abordado por el Derecho Penal, tanto sustantivo como procesal.⁵

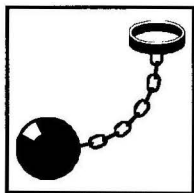
II. De este modo es que resulta sustentable un esquema de las consecuencias jurídicas del delito que nosotros vamos a llamar *tradicional*; toda vez que van a estar constituidos por aquellas consecuencias que manifiestamente le atañen a la persona natural como sujeto de derecho (sujeto de imputación normativa) y no a las personas jurídicas. En este esquema dichas personas jurídicas al no tener capacidad volitiva ni conciencia en la realización de los

2 JESCHECK, H.H. Tratado de derecho penal. Parte general, Tomo II. Granada: Comares, 1993. 4ª ed. Pág. 1045.

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima: Ediciones Jurídicas, 1995. p. 31.

4 En este sentido las políticas preventivas en la comisión de hechos delictivos, pueden formar parte de la Política Criminal.

5 ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la Víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales. En: De los delitos y de las víctimas (Varios autores) Buenos Aires: Ad Hoc, 1992 p. 13-18.



PENAL

comportamientos tipificados como delito o falta (hecho punible), es decir no actúan con dolo o culpa (presupuestos de sanción penal de acuerdo al principio de culpabilidad) per se; sino que dichos com-

portamientos son realizados por personas (en sentido físico) que las manejan, aprovechándose de ella y utilizándola en su favor. Es en este sentido que en nuestro sistema penal rige el principio de *societas delinquere non potest*, por lo que a dichos entes jurídicos no les será atribuible una sanción en sentido penal sino unas de carácter civil (no reparatorio) o administrativo. La vigencia estas consecuencias están dadas por la necesaria verificación de la responsabilidad penal del representante de dicha persona jurídica quien, en su manejo, haya cometido algún hecho punible.

Así, en el derecho penal peruano a estas consecuencias jurídicas se les ha venido en llamar *accesorias*, siguiendo los grandes modelos teóricos y legislativos como el Brasileño, Español,⁶ y en términos generales el CP Colombiano.⁷

Esta consecuencias accesorias, así definidas, lo son en tanto parten, a la vez, de la verificación consumativa del delito así como de la relación de autoría y responsabilidad penal del sujeto infractor de la ley punitiva luego de un proceso penal concluyente en la condena de dicho sujeto como autor del delito (actuando en manejo y representación de la persona jurídica de la cual se instrumenta a efectos de cometer el delito sea cual fuere). En este sentido a dicho sujeto hallado responsable (tanto penal como civilmente) se le impondrá alguna de las consecuencias jurídicas principales directas: penas o medidas de seguridad —de ser el caso— fijadas en el CP. Y siendo el caso de la aplicación de una pena, respetando siempre el principio de legalidad en el sentido de una preexistencia de la sanción en el delito que ha sido objeto del proceso penal.

Sin embargo, y toda vez que se respeta el principio de *societas delinquere non potest*, a la persona jurídica que ha servido al condenado a fin de consumir el delito le será atribuible a título de sanción (no penal), una serie de medidas de orden restrictivo del derecho de empresa y de comercio tales como, la clausura, la disolución o la limitación en su funcionamiento (art. 104 y 105 del CP del Perú). De esta manera el legislador peruano a preferido atenuar los efectos de la tesis de la defensa social sin llegar a optar por la de «nonintervention».⁸

Sin embargo el esquema de las consecuencias jurídicas accesorias no resultaría completo si no mencionáramos a la *confiscación* y el *comiso*. En este sentido, si la

racionalidad de la accesoriadad de estas consecuencias jurídicas estaría sólo limitada por el problema del factor atributivo de responsabilidad (que en el caso de la responsabilidad penal y civil son el dolo y la culpa) entonces ni la confiscación ni el comiso estarían dentro de este catálogo.

Si entendemos, tal como lo entiende la doctrina Alemana, al comiso como un retiro expropiatorio (diferente de la expropiación civil-real) de los bienes instrumentos del delito y la confiscación como una de igual naturaleza que el comiso pero frente a la plusvalía del delito (frutos del mismo);⁹ entonces no sería correcto afirmar que éstas no pueden ser utilizadas en la sanción de delitos en cuya autoría no esté involucrada una persona jurídica. Pensemos sólo en un delito de tráfico ilícito de drogas en donde el sujeto activo del mismo, Juan Pérez, utilice para la elaboración del clorhidrato de cocaína un laboratorio muy moderno avaluado en un millón de soles y como producto de dicha elaboración y comercio a obtenido una ganancia líquida de 200 millones de soles (la cual guarda en un banco local) y tenga una serie de propiedades inmobiliarias y suntuarias por un valor de 100 millones; ¿acaso no se le podrá confiscar o decomisar dichos bienes y dinero, en tanto estas consecuen-

cias están pensadas para la criminalidad de empresas?. Esto es falso. En tanto ello, debemos encontrar que la razón de existencia de estas consecuencias accesorias no sólo depende de una aparente insuficiencia penal para la prevención y represión de la criminalidad de empresas, sino que están dadas a partir de una lógica funcional al sentido mismo de las consecuencias jurídicas

como mecanismos de control social.

Así, las consecuencias jurídicas del delito, en nuestro sistema penal no sólo busca sancionar al sujeto hallado culpable sino que se instrumenta de mecanismos accesorios de control que hacen que el sujeto infractor de la ley punitiva interiorice el costo (social y económico) de su comportamiento, ya sea que delinca a través de una persona jurídica o convirtiendo el fruto de sus acciones en bienes de aparente licitud en su origen.

De este modo, estas consecuencias jurídicas se materializarán no de manera autónoma sino como su nombre lo indica; de modo accesorio, buscando siempre que el sujeto infractor de la ley penal interiorice el costo de sus actos: perdiendo los efectos patrimoniales de su acción típica, antijurídica y culpable u ocasionando la limitación en las funciones de la empresa o persona jurídica que le ha servido para sus propósitos.

En este sentido, la accesoriadad de las consecuencias jurídicas resulta distinta a la accesoriadad de las penas, en tanto que ellas no comparten el mismo esquema finalístico en su concreción procesal (fin-objeto) dado que las pri-

la accesoriadad de las consecuencias jurídicas resulta distinta a la accesoriadad de las penas, en tanto que ellas no comparten el mismo esquema finalístico en su concreción procesal (fin-objeto)

6 Véase el art. 48 del anterior CP español vigente: comiso, confiscación y otras consecuencias jurídicas de orden restrictivo del derecho a la empresa y el comercio. El modelo español, al igual el peruano asimila al comiso lo que en Alemania sería la confiscación y el comiso, ambas diferenciadas en razón de su objeto: instrumentos del delito y efectos del mismo.

7 Cf. Zúñiga RODRIGUEZ, Laura. El nuevo código penal peruano. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLIV, mayo-agosto 1991, Pág. 516.

8 JESCHECK, H.H. Ob. Cit. Pág. 1047 y ss.

9 La doctrina alemana clasifica las consecuencias jurídicas del delito en penas, medidas y consecuencias accesorias. «Como penas (...), la privativa de libertad, pecuniarias y la prohibición de conducir. Como medidas (...), las de mejora y seguridad, la confiscación del lucro ilícitamente obtenido, el comiso de los instrumentos del delito y la inutilización de impresos (...), como consecuencias accesorias (...), la inhabilitación para cargo público y para el derecho de sufragio tanto activo como pasivo. Cf. JESCHECK, H.H. Ob. Cit. Pág. 1045.

meras se estructuran en base a un razonamiento de complementariedad en la prevención positiva y las segundas en base a un razonamiento de suplementariedad. Es decir, siendo la pena la consecuencia jurídica principal más importante, su eficacia dependerá del grado de imposición de la misma en atención a la naturaleza del delito y las condiciones especiales del autor. Vale decir, que cada vez que se condene con una pena como sanción al autor de un delito cualquiera, se le podrá imponer una (de las consignadas en el art. 28 del CP peruano) de obligatoria observancia (aún cuando se suspenda la ejecución –de tratarse de privación de la libertad–) y otra que dependerá del grado de complejidad que revista el hecho punible y la calidad del autor (Verb. la inhabilitación a un Funcionario Público), respetando siempre el principio de legalidad. De este modo dicha pena accesoria resulta complementaria a la pena principal, constituyendo ambas, consecuencias punitivas de alcance represor. Esto no ocurre con las consecuencias accesorias cuya vigencia e incorporación dentro del esquema de consecuencias jurídicas del delito, resultan de un criterio de suplementariedad en base a la naturaleza del hecho punible y de la especialidad en los medios comisivos del mismo, y de modo secundario, del autor. Las consecuencias accesorias no buscan sino el evitar la utilización reiterada de un instrumento del delito así como el saneamiento del patrimonio del delincuente que hallado responsable penal, pretende escapar al control de la Ley. Las consecuencias accesorias escapan a los clásicos esquemas represivos del derecho penal y constituyen formas suplementarias de control.

III. Por otro lado, resulta interesante la incorporación a la doctrina de un criterio clasificatorio de las consecuencias jurídicas del delito que no atiende a lo principal o accesorio, ni a lo directo o indirecto sino sólo al contenido de las mismas: consecuencias punitivas y económicas.¹⁰ El fundamento para la estructuración de este esquema consecucional del delito lo encontramos en lo disímil y confuso que resultan las diversas formas de tratamiento de los efectos jurídicos del delito y del delincuente a la vez que en la necesidad de una progresiva uniformización de dichas consecuencias jurídicas a efectos de construir un sistema sancionador y de tratamiento delincencial en sentido universal. Esto último resulta contundente en el tratamiento de los efectos del delito económico (delitos fiscales, contra la competencia, etc.), del delito ambiental y otros en donde el delincuente atenta contra los bienes jurídicos de interés general-universal.¹¹ En este sentido tendríamos un esquema distinto a lo que páginas anteriores hemos trabajado, el mismo que se definiría como uno de consecuencias punitivas clásicas: penas (todas las del catálogo del art. 28 del CP, a excepción de la multa) y medidas de seguridad; y por el otro lado a las consecuencias jurídicas económicas: multa, confiscación, comiso y responsabilidad civil. En este sentido, creemos, se sería más coherente con el propósito mismo de control social de la cual es partícipe toda la teoría de las consecuencias jurídicas del delito; estructurándose de esta manera un esquema consecucional acorde con la lógica de un sistema penal tripartito: preventivo, represivo y reparador.

IV. De todo lo anteriormente expuesto, el concepto mismo de las consecuencias jurídicas del delito cae por su propio peso y este es definido como las cargas de orden penal y civil (reparatorio) producto de la verificación de la responsabilidad en esos extremos; y de modo accesorio, si la naturaleza del delito así como del *modus operandi* del sujeto hallado responsable lo permite, también se impondrán sanciones de orden civil (no reparatorio) como administrativo (las cuales en conjunto –las accesorias– son restricciones al derecho de propiedad y al ejercicio del derecho a la empresa y el comercio). Dichas cargas, consisten pues, en tener que enfrentar las consecuencias jurídicas del delito, de modo coactivo.

De manera estricta, se trata de dos conceptos correlativos: las consecuencias son el contenido o peso de la carga que el responsable ha de afrontar. La responsabilidad es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir esas consecuencias como la carga de su obrar. Responsable es aquel que actuando sin causa que justifique su obrar, carga con las consecuencias jurídicas de su acto. Esta responsabilidad tiene un sentido netamente legal y procesal, a ella se llega vía condena en la sentencia como conclusión del discernimiento procesal del Juzgador.¹² Las consecuencias jurídicas del delito son pues los conceptos jurídicos y no naturales, que se materializan a través coerciones legales una vez que se ha verificado la realización de un tipo penal, de un delito. Para ello debemos estar a un criterio consumativo de acuerdo al bien jurídico que se pretende tutelar así como a las fórmulas de protección penal que el legislador ha elegido para proteger dicho bien jurídico. Así, si concebimos un determinado bien jurídico protegible desde esta perspectiva,¹³ debemos verificar su lesión o puesta en peligro, la idoneidad del sujeto activo –a fin de ser real consumidor del ilícito (delitos comunes o especiales)– y de modo muy importante la relación de causalidad que debe existir a fin de imputar responsabilidad ya sea criminal como civil.

2. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL SISTEMA PENAL PERUANO

Al margen de lo arbitrario que pueda parecer, a partir de este momento, nuestro trabajo; toda vez que no vamos a respetar la estructura consecucional del delito en el sistema penal peruano, tal y como lo recoge el Código Penal, lo que pretendemos es que este trabajo no sea una discusión acabada sobre el tema; siendo sólo un material de reflexión para quienes se aventuren a tratarlo con mayor holgura. De esta manera vamos a optar por un esquema –opción ya adelantada– a nuestro juicio, más interesante por su propuesta universalizante: consecuencias punitivas y consecuencias económicas del delito. A la vez, vamos a elegir dentro de cada una de ellas sólo a las que creemos más relevantes.

1. Las consecuencias jurídicas punitivas del delito: penas y medidas de seguridad.

Tradicionalmente cuando se abordan temas como las Penas y las Medidas de seguridad se hace desde un perspectiva netamente penológica (respecto de las penas y de las bases de la punibilidad) a la vez que de criterios

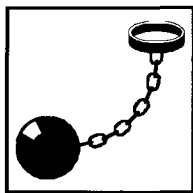
10 En el extremo de las consecuencias jurídicas-económicas del delito se ubican la multa, la confiscación, el comiso y la responsabilidad civil. Al respecto, un ensayo muy tentador está dado por Isabel Maguelone Zoder. Cf. MAGUELONE ZODER, Isabel. Las consecuencias jurídicas económicas del delito. En: Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito. Rosario Diego Díaz-Santos y Eduardo A. Fabián Caparrós (Coord.) Madrid: Tecnos, 1995, Pág. 163-188.

11 Esto es más saltante cuando consideramos los efectos de la globalización de la economía. Asimismo cuando hablamos de los crímenes internacionales y otras formas de criminalidad en donde la peculiaridad del sistema consecucional del

delito de un determinado país atente contra el principio de defensa de los bienes jurídicos universales. Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Lecciones de Derecho Penal. Lima. Cusco, 1990. Pág. 83.

12 Cf. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental, Tomo II. Bogotá: Themis, 1989. Pág. 441.

13 El bien jurídico es definido con mayor éxito y mejor, por Juan Bustos Ramírez: «es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica». Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Ariel, 1989. Pág. 155.



PENAL

asegurativos de los infractores penales. Nunca, o muy poco, desde la perspectiva netamente del análisis de las consecuencias jurídicas del delito.

Como ya quedó demostrado el esquema de protección penal (sistema penal) siempre se estructura en base a una triada de lógica normativa: represión, prevención y reparación. De estas tres las netamente penales, o las que surgen de la relación estado-delincuente son las dos primeras, siendo la primera por excelencia de índole penal. En este sentido cabe hacer un análisis previo respecto de las penas como consecuencias jurídicas del delito.

LAS PENAS

La pena, es la consecuencia jurídica por excelencia de la comisión de un delito. Está regulada en nuestro Código Penal peruano en el artículo 28°. Para el sistema penal peruano, son penas:

- La privativa de libertad;
- Restrictiva de libertad;
- Limitativa de derechos; y
- Multa.¹⁴

El concepto de la pena así como la justificación y sus fundamentos son temas que han sido harto debatidos a lo largo de toda la historia del derecho penal.

Lo que podemos decir de la pena, siguiendo a Lorenzo Murillas Cuevas, es que no sólo es un castigo, ni medida correccional, sino que su alcance mínimo es el de una medida de carácter represivo, en cuanto supone la imposición de un mal (en sentido jurídico) por un delito cometido. Esto implica necesariamente que la función o el fin esencial de la pena sea la retribución. Así, no es una consecuencia que nace del legislador sino, estando prevista por la ley (principio de legalidad) serán los tribunales los que se encarguen de materializarla en contra del sujeto que ha cometido el delito.¹⁵

Desde este punto de vista la pena supone la actualización de la consecuencia jurídica más grave dentro del esquema de las que se desprenden del delito. Siendo su presupuesto *el delito* (no cualquier otra forma de infracción) su imposición supondrá la actuación de órganos designados por la constitución del estado (no existen penas impuestas por la administración) es decir, los jueces y cortes penales.

A su vez el concepto formal y de orden taxativo del mencionado artículo 28 del Código Penal peruano, niega la condición de penas u otras medidas restrictivas de derechos que se pueden verificar a lo largo de un proceso penal; tales como la detención preventiva, el embargo, etc.¹⁶

Respecto de los fines de la pena, así como el contenido retribucionista de la misma, se deben diferenciarse a los fines de la misma (en abstracto y en concreto) y las

teorías que la sustentan; por un lado y por el otro, el mismo contenido retribucionista de la pena y la consecuente ideología preventivo general y especial de dicha institución. Con esto se plantea el abandono –o el deterioro– de las ideas de resocialización y de tratamiento que debería tener la pena¹⁷ como consecuencia jurídica del delito.

En un primer plano, tenemos que el fin de la pena en sentido abstracto se construyó a partir de pensamientos netamente **retribucionistas** que se inspiraron en postulados cristianos y de filosofía kantiana. de esta manera se sostuvo que la pena es la respuesta a la culpabilidad moral del sujeto que se comporta de manera antisocial o vulnerando la máxima kantiana «hacer lo que debería ser regla para todos» «obra de tal modo que tu comportamiento pueda ser observado por todos, incluso en favor tuyo», de este lado la fundamentación ética (a cargo de Kant) se complementaba con la fundamentación jurídica (a cargo de Hegel) para sustentar el postulado absoluto respecto del fin de la pena: «la pena es la respuesta a la culpabilidad del sujeto» pretendiendo con ella la realización de la justicia en sí misma. Sin embargo, como sostiene Roxin, en un estado social y democrático de derecho que mantiene separados lo moral con lo jurídico, estas teorías no tiene cabida.¹⁸

Posteriormente resaltaron *las teorías relativas* que justificaron a la pena en una sociedad de conflicto, asumiendo para ella fines específicos de acuerdo a la ideología de la cual emanaban. De este modo se distinguió a la *prevención general* y la *prevención especial*.

Dentro del esquema de la prevención general se puede encontrar sub-niveles como el de la prevención general negativa y la prevención general positiva. Si bien es cierto ambas comparten la idea de intimidación como instrumento de política criminal tendiente a minimizar las acciones delincuenciales (postulados conceptuales de la política criminal como capítulo de la política social),¹⁹ ambas se diferencian, pues en tanto que la primera la utiliza como medio prevaleciente (intimidación pura, ex-ante y efecto animalizador del hombre) la segunda se mueve en un esquema de advertencia intimidatoria (afirmación positiva del derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales.²⁰ En este sentido es claro que los fines de la pena según estas teorías relativas, son las de prevenir la comisión de los delitos en una sociedad de conflicto como las que sustentan el liberalismo post-capitalista y en donde los derechos se defienden y definen en base a los intereses económicos de quienes detentan el poder político y el poder de definición de las conductas delincuenciales.²¹

Por otro lado tenemos a las *concepciones relativas especiales* de la pena las que no se interesan por la publicitación de los efectos de las conductas desviadas sino por la individualización del agente y su consecuente **inocuidación** (a los no susceptibles de corrección) y **corrección** (a los delincuentes ocasionales).

14 Dado que a la multa la vamos a estudiar dentro de las consecuencias jurídicas económicas, nos reservamos el comentario de ésta para la parte que le corresponda.

15 MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito. Madrid: Tecnos, 1991. Pág. 15.

16 Lo antes mencionado se corrobora por lo sostenido en la doctrina frente a la misma situación respecto al ordenamiento jurídico-penal español. Cf. GARCÍA-PABLOS, Antonio. Derecho Penal. Introducción. Madrid: UNCM, 1995. Pág. 16.

17 MOURILLA CUEVA, Lorenzo. Ob. Cit. Pág. 18-38.

18 VILLAVIGENCIO TERRERO, Felipe. Ob. Cit. Pág. 36.

19 ZIPF, Heinz. Introducción a la Política Criminal. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979. Pág. 1-4 / DE SOLA DUEÑAS, Ángel. Política Social y Política Criminal. En: R. BERGALLI y J. BUSTOS RAMÍREZ (eds), El Pensamiento

Criminológico, Tomo II, Estado y Control. Bogotá Temis, 1983. Pág. 247.

20 VILLAVIGENCIO T., Felipe. Ob. Cit. Pág. 37.

21 En este sentido se pronuncian muchos autores los cuales son seguidores de la llamada «teoría criminológica de la interpretación conflictiva de la sociedad (nueva criminología, marxista o materialista)». En este sentido se pronuncian:

AVARINI, Massimo. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México: Siglo XXI, editores, 1983. Pág. 93 y ss.

BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. México: Siglo XXI, 1986. Así, los dominantes, al detentar el poder la correspondiente función legislativa, entendida como la función que tiene el estado de formular las normas legales pertinentes que posibiliten la existencia pacífica de la sociedad, tiene un marco de definición criminal cuya lógica se explica a partir de los conceptos de criminalización (primaria, secundaria y de ejecución penal).

*una nueva concepción de la pena;
con mayor contenido social y
democrático debe ser dual en su
consideración: el primero referido al
concepto mismo de la pena y el
segundo a la imposición de la misma*

De esta manera llegamos a las *teorías mixtas* de la pena las que pasan por un desarrollo dual. Por un lado, explica la doctrina,²² la pena supondría (siguiendo a Roxin –*sentido y límites de la pena estatal, 1966*–) tres fases a las que el individuo debería enfrentar: conminación (se inclina por prevención general, en el sentido que el derecho penal debe asegurar bienes jurídicos y el cumplimiento de las prestaciones públicas en el marco de la asistencia social), aplicación judicial (se inclina por prevención general, con el límite que la pena no debe sobrepasar la culpabilidad, reconociendo a la sentencia penal un carácter preventivo espacial) y ejecución de la pena (se refiere a la resocialización del individuo destacando el criterio preventivo especial sobre el general).

Así, se concluye con Bustos²³ que una nueva concepción de la pena; con mayor contenido social y democrático debe ser dual en su consideración: el primero referido al concepto mismo de la pena y el segundo a la imposición de la misma. En primer orden se parte de la misma como una función histórica de autoconstatación ideológica del estado. Así, dentro de la perspectiva social y democrática postulada por Bustos, la función de la pena no puede ser otra que la protección del sistema social, que en el campo penal significa tutelar los bienes jurídicos que se ha elegido resguardar de las conductas antisociales que no comparten el mismo plan de vida de quienes tienen el poder de decisión penal y que gracias a la formalización de las conductas ordenadas o prohibidas así como de las sanciones, canalizan el conflicto social. En un segundo nivel (el de la imposición de la pena), si concebimos una sociedad en conflicto pero con régimen democrático; la finalidad de la imposición de la pena (como instrumento de la política penal del estado) no puede ir más allá del propio fin del individuo dentro de esa sociedad: aumentar su capacidad de liberación así como de atenuación o resolución del conflicto, conflicto que no desaparece aunque los efectos del delito hayan desaparecido,²⁴ reconociéndose de esta manera el principio de co-responsabilidad del Estado y de la sociedad en relación al sujeto que delinque. Principio, este que el CP peruano recoge toda vez que su art. 45 ordena, a efectos de la dosificación y aplicación de la pena; observar las desigualdades personales y los estados de postración social que hubiere sufrido el inculpado al momento de cometer el ilícito penal.

Ahora bien, el estado actual de la cuestión, respecto de los fines de la pena en el derecho penal peruano está dado por la relación de orden fundante y limitativo que existe entre el ordenamiento jurídico penal y la Constitución del estado (en el caso del Perú, la Constitución de 1993). Como bien apunta la doctrina, existe una profunda relación entre los fines perseguidos por las penas y las características del estado en el que se imponen y despliegan sus efectos.²⁵ Así, si las características del estado, así como sus funciones y demás relaciones entre éste y los ciudadanos; en orden al reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos a la vez que de las garantías en la administración y ejecución de la justicia, son definidos por la constitución entonces es lógico pensar que la misma constitución establezca los fines que deben cumplir las penas en tanto que estas constituyen supuestos restrictivos de dichos derechos fundamentales con el objeto de

preservar la seguridad ciudadana así como buscar integrar al sujeto infractor a la sociedad de la cual es parte.

En orden a las características del Estado peruano, debemos mencionar al art. 43 de la Constitución el cual define al Estado peruano como, principalmente, social y democrático. En este sentido es de considerar a un Estado con estas características como partidario de un modelo el cual resulta de una síntesis entre lo liberal y lo social. Aunque aparentemente contradictorios, hoy se sostiene que ambos resultan complementarios, encontrando el punto medio y de equilibrio en el modelo democrático: se aspira a la protección efectiva de todos los ciudadanos y tiene como límite el respecto a la dignidad humana y la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes.²⁶ Así, como ya lo adelantábamos, el modelo estatal peruano (al igual que el español art. 1 CE) hace que la pena tenga una doble finalidad (en abstracto): *por una parte, proteger a la sociedad y sus miembros de los posibles abusos de un sujeto, esto es, combatir el delito; por otra, debe orientarse también hacia la ayuda y protección del reo, pero sin conculcar sus derechos, defendiéndoles de una represión estatal ilimitada.*²⁷

Así definida la función de la pena (en abstracto) y negada de antemano el carácter retribucionista de la misma, la pena, siendo un mal achacable al delincuente no lo es en términos de retribución (el Estado no puede responder a un mal con otro mal) sino en términos de castigo. Siendo de este modo, la pena será un mal que se anuda como consecuencia jurídica «negativa» de la comisión de un delito.²⁸

De este modo, el art. 139 inc. 22 de la Constitución del Estado peruano, resulta sugerente en el adelantamiento conclusivo de los fines de la pena; tanto como el art. IX del título preliminar del CP peruano, establecen como fines del régimen de ejecución penal, por tanto de la pena a: «la prevención», «la protección» y «la resocialización» (reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad); debiéndose entender como contenido de este precepto legal que los fines de la pena apuntan, directamente, a lo que al inicio de este trabajo sosteníamos como la tríada relacional, base de las consecuencias jurídicas del delito: delito, delincuente y pena. Así, se ordena prevenir el delito, proteger a la sociedad y al delincuente y hacer que la sanción aplicable al delincuente tenga efectos resocializadores y de integración social entre el delincuente y la sociedad.²⁹

De esta manera es que nos acercamos a los fines de la pena en el sistema penal peruano. Por una lado vamos a tener la idea de prevención en la comisión del delito cuya

22 MATELLANEZ RODRÍGUEZ, Nuria. Los fines de la pena. En: Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Tecnos, 1995. Pág. 27-28.

23 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Bogotá: Themis, 1982. Pág. 151-185.

24 Cf. BUSTOS R., Juan. Ob. Cit. Pág. 180 y ss./ VILLAVICENCIO T., Felipe. Ob. Cit. Pág. 41.

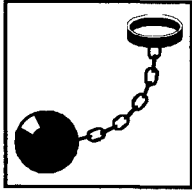
25 MATELLANEZ RODRÍGUEZ, Nuria. Ob. Cit. Pág. 29.

26 MATELLANEZ RODRÍGUEZ, Nuria. Ob. Cit. Pág. 30.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

29 Este razonamiento se vuelve más fuerte si damos lectura al art. 1º de nuestra Constitución.



PENAL

racionalidad está inspirada en la defensa social misma: se quiere tutelar a la sociedad en general y a todos sus miembros de los efectos indeseables del delito, para lo cual el Estado estructura todo un mecanismo disuasivo en su lucha preventiva contra el delito. De este modo el efecto que se pretende alcanzar es la inhibición de conductas criminales por parte de los sujetos desviados. Esta lógica, que se desprende también del modelo estatal, nos lleva a la prevención general (que en los últimos tiempos ha sido de orden negativo) como fin primario de la pena. Por otro lado, tenemos la función o finalidad protectora (de la sociedad frente al delincuente y del delincuente frente a los abusos del poder estatal) y resocializadora, las cuales, indudablemente nos sugieren una función preventivo especial de las penas.

A todo esto el carácter represivo de las penas, enunciado inicialmente, resulta vigente en tanto que su materialización, en sentido práctico siempre será de reproche por parte de la sociedad al individuo que delinque; no siendo asimilable a la consideración final de la pena como retribución. El carácter represivo de la pena constituye una nota de orden supra-legal a todo sistema punitivo.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Las medidas de seguridad son otras de las consecuencias jurídicas del delito en orden punitivo. Si bien es cierto no son medidas de orden represivo sino sólo asegurativo, su incorporación dentro de las consecuencias jurídicas del delito como niveles formales de control social, están dadas por su carácter post-delictual: en nuestro sistema penal. Así, estas se definen como «la privación o restricción de bienes jurídicos aplicadas en función de la peligrosidad del sujeto que ha cometido un hecho definido en la ley como delito, orientadas a la prevención especial y aplicadas por órganos jurisdiccionales».³⁰

Las razones de la existencia de las medidas de seguridad se fundamentan en órdenes de política criminal y penal, a la vez que en fundamentos de prevención especial. Dentro del ámbito de la dogmática penal, dichas razones se sustentan en la siguientes:

— *No existencia de Culpabilidad.* La Culpabilidad, entendida como elemento dinámico en la teoría del delito; es el fundamento de la pena, como tal supone un análisis de la capacidad de culpabilidad (reprochabilidad en sentido normativo) dentro de los cuales estará el de la imputabilidad (también semi-imputabilidad) como uno elemento de obligatoria observancia, a fin de que ella se concrete y de este modo la pena a imponerse al autor de la acción típica y antijurídica se legitimará. Si en este caso quien delinque no es un imputable absoluto entonces no podrá ser objeto de pena. Sin embargo, la tesis de la defensa social (aunque atenuada) determinará que es necesario resguardar la seguridad e integridad social de quienes, aunque no pudiendo percatarse de la ilicitud de sus actos, la vulneran. Es necesario entonces, pensar en formas alternativas de control que no necesiten cumplimentar una estructura culpable en la configuración del delito.

— Por insuficiencia de la pena como instrumento de Política Penal (control social formal). Conforme a la obser-

vacación anterior, si sólo existiera la pena como instrumento de política penal conducente al control social formal, entonces mal podría tutelarse los intereses de la sociedad si se dejara libre a quien a realizado un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable.

De esta manera se tiene que los presupuestos para la imposición de las medidas de seguridad son:

a) *Peligrosidad del sujeto* (peligrosidad criminal y no meramente social). Toda peligrosidad criminal es una peligrosidad social pero no al revés, es por ello que la peligrosidad, como presupuesto de la imposición de las medidas de seguridad siempre debe partir de la existencia de una peligrosidad criminal, es decir, de realización de un hecho típico y antijurídico (aunque no culpable).

b) *Peligrosidad post-delictual* (crítica a las medidas de seguridad pre-delictuales). La peligrosidad no debe ser pre-delictual, es decir la peligrosidad del sujeto no se debe sustentar en criterios de probabilidad positiva (aún exacerbada) en la comisión de un hecho calificado como delito, por las meras condiciones personales del agente (vago, alcohólico, loco, etc.) sino más bien de la verificación objetiva de un evento criminal en la que el sujeto a asegurar sea autor o partícipe. La peligrosidad post-delictual es de naturaleza ex-post, frente a la comisión de un hecho reputado como delito. En este sentido la crítica más severa a las medidas de seguridad han sido lanzadas a los sistemas penales en cuyo seno de han incorporado o tienen vigencia (aunque sólo formal) fórmulas discriminatorias de aseguramiento pre-delictuales en donde el fundamento para la verificación de ella sean las condiciones personales del autor.³¹

En este orden de ideas, la doctrina ha considerado que la legitimación de las medidas de seguridad se manifiestan en lo siguiente: el bien jurídico, por excelencia, a limitarse o privarse, es «la libertad». En este sentido, siguiendo a Rodríguez Gómez, será la libertad vinculada a la comunidad. De tal modo quien en uso de su libertad pone en riesgo a los demás, ha de soportar las necesarias limitaciones de su libertad en seguridad de la comunidad.³² Esto resulta poco creíble y sustentable en nuestro medio en tanto que, creemos, no es el mal uso de la libertad lo que legitima la materialización de las medidas de seguridad, por cuanto el análisis de la no existencia de la culpabilidad supone una no reprochabilidad de la conducta en base a una no motivación normal o inexistencia de ella. Debemos encontrar el fundamento de tal legitimación en razones de protección social frente a elementos o comportamientos lesivos, al igual que la teoría unitaria de Bustos, aunque referido a la pena; aplicable a este caso.

II. Las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito, se introducen en las legislaciones modernas a raíz del anteproyecto Suizo de STOOS de 1893 por influencia de la escuela positivista italiana (que vinculaba la pena a la peligrosidad del delincuente). En Alemania se introdujeron por Ley del 24 de noviembre de 1933, en Italia en el código de 1930, en España aparecen con ese nombre en el CP de 1928 (ampliada y modificada hasta la Ley de peligrosidad y rehabilitación social del 4 de agosto de 1970 —reformada parcialmente por Ley del 28 de noviembre de 1974 y del 26 de diciembre de 1978)³³ En el Perú aparecen en el CP de 1924 (art. 10 y ss) optando, esta vez por un modelo dual en el sistema de sanciones y reacciones penales.

30 RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. Las Medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico español. En: Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Tecnos, 1995. Pág. 189-209.

31 En España, la discusión es harta encendida debido a la existencia de la ley de peligrosidad y rehabilitación social del 4 de agosto de 1970, reformada en 1978 y actualmente en vigor, aunque dejada al desuso.

32 El art. 96 de la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre de 1995, Nuevo Código Penal Español —NCP— clasifica a las medidas de seguridad en privativas de libertad y no privativas de libertad.

33 CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español. Parte General I. 3ª ed. Tecnos: Madrid, 1987. Pág. 34.

Las normas del CP peruano actual (1991) reconocen como antecedente al CP Brasileño (art. 96 a 98) y al anteproyecto español de 1983 (art. 83 a 89).³⁴

El sistema de medidas de seguridad en el Código Penal Peruano de 1991, reconoce dos clases de medidas a la vez que un modelo aplicativo que se hace extensivo a ella, pero que parte de un modelo de sistema penal (sanción y reacción penal): el vicarial.

1) El CP peruano prevé sólo dos clases de medidas de seguridad: a) el tratamiento en internación y b) el tratamiento en ambulatorio (art. 71 CP peruano, ver nota infra «31»). Ambas reconocen el principio de necesidad y proporcionalidad, así como el de peligrosidad criminal (como presupuesto). Son de carácter post-delictual.

1a) El tratamiento por internación (art. 74 y 75 CP del Perú) como medida aseguratoria, consiste en el ingreso del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia.³⁵

El mismo CP en su art. 75 del CP peruano establece que la internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. De esta manera se intenta corregir lo inhumano y degradante que resultaba ser el sistema anterior en donde al considerarse a la peligrosidad como fundamento de la imposición de una medida de seguridad, entonces, ésta no acababa si dicha peligrosidad (a juicio de los ejecutores de la misma) consideraban que ella no había desaparecido; pudiendo volverse indeterminada ya que como lo anotábamos en líneas anteriores, se había optado por un modelo dualista.

1b) Tratamiento en ambulatorio (art. 76 CP peruano) se aplica al imputable relativo de modo conjunto con la pena. Los fines son de orden terapéutico o de rehabilitación.³⁶

2) El CP peruano adopta un modelo de corte vicarial para la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, constituyendo la existencia de ambas formas de reacción penal sólo una nota característica de dicho modelo y no su presupuesto por excelencia (ver nota). En este sentido resulta criticable las posturas de quienes han sostenido que el CP peruano es dualista pues «al lado del sistema de penas establece también el sistema de medidas de seguridad».³⁷

De este modo si la misma doctrina nos define al sistema vicarial como aquel que intenta una solución entre el sistema monista (sólo se prevé un tipo de reacción penal o sanción como consecuencia jurídica del delito) y el dualista (introducido por STOOS. Un sistema será dualista cuando reconociendo dos formas de reacción penal –penas y medidas de seguridad– fundamenta la imposición de cada una de ellas en razones de culpabilidad y peligrosidad, respectivamente)³⁸

El sistema de medidas de seguridad en el Código Penal Peruano de 1991, reconoce dos clases de medidas a la vez que un modelo aplicativo que se hace extensivo a ella, pero que parte de un modelo de sistema penal (sanción y reacción penal): el vicarial.

De esta manera si las características para el modelo dual son las que ya hemos enunciado (ver nota 36) y el art. 75 y 77 del CP optan (firmemente) por notas disímiles a las establecidas para dicho modelo; haciendo notar un espíritu conciliador entre el modelo monitorio y el dual, entonces inequívocamente debemos concluir (como ya lo adelantábamos en líneas anteriores) que estamos ante un sistema vicarial.

En este sistema, al igual que en el sistema dualista se le aplica al sujeto pena y medida de seguridad, pero a diferencia de aquél, su ejecución no es tan rígida. Así se puede ejecutar en primer lugar la medida de seguridad en lugar de la pena y su cumplimiento se descontará de esta última. Lo que queda de la pena se puede cumplir a continuación o el Juez podrá suspender su ejecución si considera que la peligrosidad ya ha desaparecido.³⁹ A este enunciado teórico, sin duda, obedece nuestro sistema penal.

Aún así, nuestro sistema de medidas de seguridad nos propone dos formas aplicativas de ambas clases de medidas: a un inimputable le corresponderá una medida de internación (de manera proporcional a su peligrosidad criminal). A un semi-inimputable o imputable disminuido, dependiendo también de los presupuestos de aplicabilidad de las medidas de seguridad en general, le corresponderá una medida de internación o de tratamiento ambulatorio. En este último caso, dado que la reprochabilidad se haya disminuida, la imposición de estas medidas aseguratorias tienen propósitos en ese sentido, buscando la mayor integración del individuo a la sociedad de ahí las notas limitativas en su duración y el efecto compensador de uno respecto del otro.

CONSECUENCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS DEL DELITO

Hasta el punto anterior hemos detallado las consecuencias clásicas directas, en sentido penal del delito. Sin embargo, vamos a tratar de innovar la discusión y tratar de introducir una propuesta interesante nacida de la doctrina: las consecuencias jurídicas económicas del delito: la responsabilidad civil, la multa, la confiscación y el comiso.

34 PRADO SALDARRIAGA, Victor. Comentarios al Código Penal de 1991. Lima: Alternativas, 1993. Pág. 113

35 Esta norma no contiene mayor vigencia que el meramente declarativo si se trata de verificar la realidad de quienes deben someterse a estas medidas, por habersele encontrado insano mental y declarado como tal dentro del proceso penal respectivo. En un país como el Perú, en donde sólo existe un centro hospitalario especializado (el Larco Herrera) y un sólo pabellón (Pabellón Psiquiátrico Judicial –el dieciséis–) para los que han sido declarados inimputables por el Poder Judicial, y en donde existe un reducido número de internos a causa de un presupuesto miserable que no asegura en un mínimo el tratamiento de dichos internos. Es por ello que en las cárceles públicas es en donde la mayoría de ellos vienen cumpliendo una «condena sin culpa». De este modo los fines preventivos-asegurativos y terapéuticos en la imposición de estas medidas (recogidos y proclamados por el CP) se vuelven meras declaraciones simbólicas y sin mayor vigencia para quienes se encargan de la Política criminal peruana. Al respecto, revisar el excelente trabajo del profesor Prado Saldarríaga: PRADO SALDARRIAGA, Victor R. Ob. Cit. Pág. 112 y ss.

36 Las críticas hechas al sistema, detalladas en la nota anterior, le son extensivas a ésta.

37 En este sentido erró: KUNICKA-MICHALSKA, Barbara. La reforma del Derecho Penal del Perú y sus antecedentes. En: Actualidad Penal, N° 9. Sem. del 27 de febrero - 5 de marzo, 1995. Madrid: Actualidad editorial. Pág. 120. En el ámbito nacional han sido muchos quienes han pretendido enseñar esta doctrina.

38 El sistema dualista se asienta en la clara distinción entre pena y medida de seguridad, como dos instrumentos de naturaleza, presupuestos y fines diferentes. Así:

1) La pena se impone en base a la culpabilidad del sujeto, actuando como límite al ius Puniendi del Estado. La medida de seguridad se impone en base a la peligrosidad del sujeto, por tanto la medida de seguridad será indeterminada dependiendo de la duración de la peligrosidad.

2) La pena tiene carácter afflictivo, la medida de seguridad lo tiene asegurativo.

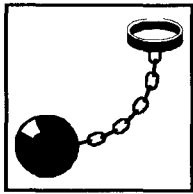
3) La pena se impone sólo a los sujetos imputables, la medida de seguridad se impone a los imputables e inimputables peligrosos.

4) La pena cumple fines de prevención general y especial (en abstracto), la medida de seguridad tiene como fin primordial la prevención especial.

Cf. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. Ob. Cit. Pág. 198.

Vistos, el contenido y finalidad de ambas formas de reacción penal como formas de control social; se pueden esgrimir algunas críticas, las mismas que ya han sido formuladas por la doctrina: la indeterminación de la medida de seguridad, la doble sanción que en puridad podría aplicarse al sujeto (primero se cumple la pena, luego la medida de seguridad; pero ambas suponen privación de la libertad), sobredimensionamiento estigmatizador del sistema penal sobre sujetos que siendo semi-imputables deberían cumplir, por separado cada una de las reacciones penales, etc... Estos fueron los defectos e insuficiencias normativas que enfrentó el CP de 1924.

39 RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. Ob. Cit. Pág. 199.



1. La responsabilidad civil como consecuencia jurídica indirecta o contingente del delito⁴⁰

Como ya hemos dejado indicado la responsabilidad civil es una consecuencia escindible de las consecuencias directas del delito, por tanto se trata de una consecuencia jurídica indirecta del delito, es decir, constituyen una especie de consecuencias condicionadas a (el elemento condicionante será la existencia de un daño –entendido desde el derecho civil–). Así, vamos a detallar algunos niveles de razonamiento al respecto al abarcar niveles de alcance dogmático de esta institución.

CRITERIOS DE DERECHO PENAL MATERIAL

En este nivel vamos a encontrar la discusión respecto de la Naturaleza Jurídica de la responsabilidad civil así como diferenciarla de la criminal; a la vez que encontrar el fundamento de la primera:

I. En apretado resumen, los tres argumentos que se han vertido para determinar la naturaleza de la institución que estamos analizando son los que siguen:

a) Naturaleza penal; es la menos seguida y descartada aún por los propios penalistas. Su argumento fuerte, en España, fue dado en base a la existencia los art. 1089 y 1092 del Código Civil, así como el propio art. 19 del CP español. En el Perú no existen estas normas y menos estas discusiones, pero tampoco la certeza de cual sea la naturaleza correcta, existiendo en doctrina criterios diversos, como el que considera que –la responsabilidad civil derivada del delito– siempre se encuentra supeditada a la comisión de un hecho punible.

b) Naturaleza Civil; es la que más adeptos tiene y se fundamenta en: 1) la supresión hipotética de las reglas del Código Penal de las normas referidas a la responsabilidad civil «ex delicto» y la verificación aún en este caso de que dicha responsabilidad seguiría existiendo (GONZALES RUS –aunque contradictorio en un primer tramo de su razonamiento, conforme la cita de Sainz-Cantero; es el que plantea este criterio), 2) las características y principios sobre las cuales se estructura esta responsabilidad tienen un correlato exacto dentro de las instituciones civiles (ej. la extinción de las obligaciones, las reglas sucesorias aplicables a ella, etc.).⁴¹ En esta perspectiva se ha reforzado el criterio de que cuando hablamos de la responsabilidad civil «ex delicto», no nos estamos refiriendo en estricto a una consecuencia jurídica propia de la comisión de un hecho punible sino que al verificarse de la comisión de dicho hecho punible, esta responsabilidad civil va a existir si y sólo si de dicho delito se desprende un daño civilmente relevante. En palabras de Carlos Creus «un daño civil». Así, es clásico el ejemplo utilizado en la doctrina que cuando se comete el delito de conducir ebrio (véase art. 340 bis a) inc. 1 Código Penal Español, art. 379 NCPE de 1995 –aún no vigente–, art. 274 del Código Penal Peruano) la

sola conducta constituye delito (por peligro abstracto –riesgo–) y no porque esto haya sucedido, al sujeto activo del mismo se le condenará a una reparación civil o alguna otra forma de responsabilidad civil. Los fundamentos de esto lo vamos a encontrar a partir de la necesidad que se tiene de ubicar marcos objetivos de reparación pecuniaria. En éste sentido se ha estructurado una serie de conceptos civiles como «el daño» sobre el cual sí recae una responsabilidad civil; debiéndose probar tanto su existencia como el «quantum» del mismo.

c) Otros, hablan de la Naturaleza Mixta o sui generis (Quintano –D.P., p. 549 y ss–) pues para ellos existe una acción tercera o cuasi criminal, dado que está compuesta por obligaciones de carácter patrimonial pero que su ejercicio y desarrollo sólo pueden ser de carácter penal.⁴² Esta posibilidad queda descartada pues conforme a las legislaciones española como peruana a nivel del daño civil, éste puede ser exigido –su reparación o indemnización, cuando es imposible la restitución– sin recurrir al proceso penal (verificador de la responsabilidad criminal). Es decir, el agraviado por el delito puede exigir la reparación de su daño sólo en la vía civil (renuncia a su reparación en el proceso penal) o acudiendo a éste reservándose el derecho de peticionar dicha reparación en la vía civil.

II. Por un lado hablar de *responsabilidad* en sentido abstracto y definida como «la carga legal (...) que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho (...) situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir coactivamente esas consecuencias como la carga de su obrar»⁴³ y por otro lado, diferenciar las responsabilidades que pueden surtir luego de verificado el hecho-causa, es decir de la **responsabilidad penal o criminal y de la estrictamente civil** (ambas como derivadas de la comisión del hecho punible) y sucedáneamente verificar que ambas pueden ser desprendidas de un mismo hecho natural y otros más; han traído algunos problemas a quienes se han ocupado del tema, los que vamos a ir detallando más adelante.

La inclusión de esta forma de responsabilidad en un código penal y el hecho de encontrarse supeditada, *aparentemente*, a la comisión de un hecho punible, (véase el art. 19 del Código Penal Español⁴⁴ y art. 92 del CP peruano) hace que se plantee el problema de si nos encontramos ante una institución propia del derecho penal por tanto incluíble dentro del espectro consecuencial del delito o si, por el contrario, es una cuestión ajena al mismo. Creemos, que «lo que se debe discutir es la naturaleza del ilícito jurídico y la diferencia del ilícito penal y el civil».⁴⁵

Nosotros no creemos que la diferencia entre ambas responsabilidades y menos aún su naturaleza jurídica, esté fundamentada en la posible no igualdad de la ilicitud civil y la penal, pues ella no existe. Es decir, no se debe diferenciar las ilicitudes. Siguiendo a Bustos Ramírez «la ilicitud es una sola dentro de todo derecho y, por tanto, no hay una diferenciación cualitativa entre la antijuricidad civil y penal, sino en razón de *criterios políticos criminales que lle-*

40 PÉREZ ARROYO, Miguel. La responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito. Comunicación. Expuesta en el VII Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Salamanca, 22 de marzo de 1995.

41 En el Código Penal Peruano existe un art. como es el 101, el cual remite al operador del derecho en lectura, al código civil a efectos que éste completamente lo dispuesto por la norma penal:

art. 101.- La reparación civil (léase responsabilidad civil –la aclaración es nuestra–) se rige, además, por las disposiciones pertinentes al código civil.

42 Sobre el tema puede consultarse: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. p. 417 / SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. Ob. Cit. p. 89 y ss / MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito. Madrid: Tecnos, 1991 p. 142 y ss.

43 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit. Pág. 441.

44 El art. 116 de la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre de 1995, Nuevo Código Penal Español –aún no vigente sino hasta mayo de 1996– (NCPE), resuelve esta aparente dependencia en base a modernos criterios de dogmática penal. En este sentido, dicho artículo supedita la responsabilidad civil al hecho que de él responsable criminal infiere, a la víctima o al agraviado, un daño o perjuicio.

45 GONZALES RUS, J.J. «El art. 444 del código penal y el régimen general de las responsabilidades derivadas del delito» citado por Saint-Cantero Caparrós, José E. La responsabilidad civil derivada del delito. En: Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1994, p. 88.

van a la tipificación penal de ciertos ilícitos.⁴⁶ Esto último, dice, Bustos, como expresión del principio de «el derecho penal como última ratio», ampliando el criterio dado, también –creemos– en función del principio de mínima intervención y el de subsidiariedad del derecho penal.⁴⁷

A mayor abundamiento, no creemos que sea correcto afirmar que la diferencia entre una u otra responsabilidad se deba buscar en el nivel de la ilicitud o la antijuricidad; pues si así fuera llegaríamos a la absurda y redundante conclusión de que una es consecuencia de la comisión de un ilícito civil y la otra lo es de un ilícito penal. Por un momento hagamos supresión hipotético mental de la institución que nos ocupa, respecto del código penal, si la conclusión a la que llegan algunos autores; respecto de esta forma de encuadramiento naturalístico de la Responsabilidad Civil, fuera cierta entonces no habría forma de restituir ni indemnizar y menos reparar a la víctima; pues siendo el daño ocasionado a ella uno de estricto orden punitivo, el derecho civil se vería corto ante este daño. Como vemos esto no es correcto pues el Derecho Civil resultaría competente, aplicando sus principios de responsabilidad civil extra-contractual a efectos de dar solución al problema planteado.

III. Luego entonces, una vez verificada la naturaleza civil de esta institución vamos a entrar a definir a la responsabilidad civil derivada del delito, conforme a su naturaleza:

A la responsabilidad civil, se le ha definido de muchas maneras; tanto dentro del espectro mismo del derecho penal (en el seno de quienes la creían como una institución propia: «responsabilidad civil del ilícito criminal»).

La teoría clásica del derecho civil, enuncia a la responsabilidad civil como «el conjunto de consecuencias jurídicas que recaen sobre un sujeto de derecho a efectos de determinar una obligación patrimonial –suya– que le es imputada, a causa de la comisión de un daño». Por otro lado, ya desde una perspectiva de la responsabilidad civil extra-contractual, cuya lógica, es más acorde con el objeto del presente estudio: hay quienes afirman desde una perspectiva del análisis económico del derecho que la responsabilidad civil es «...el mecanismo institucional a través del cual se desplaza o traslada el coste del accidente (daño) de la víctima a quien se ha decidido debe soportarlo, “el responsable”...».⁴⁸ En este sentido, el responsable será aquél, por criterios de verificación causal (relación de causalidad), de factores atributivos de responsabilidad (riesgo, culpa, etc.) así como por opción legislativa (tercer civilmente responsable por ej.), calificado para soportar las consecuencias del daño civil producto del delito.

En esta línea de pensamiento, *sólo se hablará de responsabilidad civil cuando se verifique la existencia de un daño, el mismo que dará origen a todo un esquema normativo de hipótesis, nexos y consecuencia; con la finalidad de reparar dicho daño.*⁴⁹ Tan es así, que dentro del esquema estrictamente penal se estima como necesario que para que se pueda discernir en el proceso penal acerca del quantum y modo de la restitución, reparación o indemnización (efectos de la obligación patrimonial nacida de la responsabilidad civil) es necesario **probar el daño**. Sin la existencia del daño no es posible discutir acerca de la responsabilidad, ella es su presupuesto.

Por otro lado, el daño (que es el fundamento de la responsabilidad civil) puede ser desdoblado, ya se habrá podido advertir, en uno de naturaleza criminal y otro de orden civil. Siguiendo a Carlos Creuss, la comisión de un delito importa un **daño criminal** que le es connatural. Este daño criminal (que es el fundamento de la pretensión punitiva estatal) puede o no causar, como efecto de su comisión, un daño civil o privado el mismo que podrá ser o material o afectivo.⁵⁰ Esto nos lleva a concluir que, cuando se produzca un evento dañoso, **el derecho lo puede calificar –o puede no hacerlo– a dicho evento como «delito», y aún en el supuesto de hacerlo, dicho evento se desdoblará de tal forma que de origen a dos responsabilidades; una estrictamente penal y la otra civil.**⁵¹

IV. Hemos dicho que la responsabilidad civil hace nacer cierto tipo de obligaciones patrimoniales –mecanismos reguladores de la responsabilidad o su contenido o extensión– a fin de hacer desaparecer los efectos del daño causado por el delito.⁵² En esta línea de mecanismos reguladores se enmarcan las disposiciones tanto del código penal español como del peruano (véase art. 101 CPE y art. 110 NCPE y art. 93 CP peruano) al establecer como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito o falta⁵³ los mecanismos de restitución, reparación del daño causado e indemnización (obligaciones de dar y hacer). En todo momento se exigen comportamientos positivos por parte del sujeto activo del daño.

Luego, **la restitución**, no es más que la devolución o «restitución de la cosa». Esta sólo es posible cuando se trate de delitos en donde el bien jurídico tutelado es el patrimonio y el bien objeto de protección (cosa) no haya perecido. **La reparación del daño** (denominada por algunas legislaciones como reparación civil y peor aún, confundida con la responsabilidad y la obligación patrimonial misma –el caso de la legislación penal peruana–) se hará valorándose la

46 Que por definición es la vulneración de lo que es considerado dentro de lo «lícito» o lo «jurídico», sin causa de justificación alguna.

47 Este principio se fundamenta en la consideración de que el derecho penal sólo debe entrar a tutelar cierto tipo de bienes jurídicos que la sociedad estima esenciales para la subsistencia de ella misma. Esta tutela se verifica criminalizando y tipificando cierto tipo de comportamientos lesivos a dichos bienes jurídicos de suprema importancia.

48 FALLA, Alejandro. Accidentes, Responsabilidad Civil y Propósitos Sociales. En: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993, pp. 133-134.

49 Utilizando los criterios del análisis económico del derecho, en un esquema de análisis costos-beneficios, si el delincuente considera que matar a su vecino le reporta más utilidades que el hecho de no hacerlo, entonces los costos implícitos de dicha abstención cederán a una utilidad mayor que es matar a su vecino. Sin embargo, vemos aquí que los costos de su acción serán en doble perspectiva: una patrimonial (lo que dinerariamente deberá afrontar por concepto de indemnizaciones, sepelio, etc.) y otra social (ha lesionado la «tranquilidad social», asimilada a «bien» en términos económicos; la sociedad clamará venganza en contra de él) y ésta se verá con el hecho de que los tribunales le condenen a «x» años de prisión y a un monto reparatorio, sobre el daño civil.

Si decimos en cambio, que dicho vecino optó por conducir ebrio, cometiendo el delito tipificado por el art. 340 bis a) art. inc. 1 del CPE, art. 379 NCPE actual y art. 274 del CP peruano, y no ha cometido ningún daño, entonces ese desplazamiento patrimonial (daño) es inexistente por el que el derecho no reaccionará a ese nivel. Si bien es cierto que tanto la tranquilidad pública puede afectarse con la sola conducción ebria de un vehículo, el efecto tranquilizante que puede tener una reparación

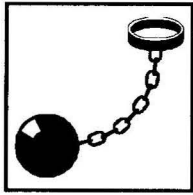
civil que busca individualizar a la víctima no lo será tanto para la sociedad quien si verá satisfecha su tranquilidad en tanto se verifique la aplicación de una pena (por prevención general positiva –afirmación positiva del derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales–). En esta perspectiva los partidarios del «Law and economics», tendrán a bien establecer toda una lógica analítica a partir de los desplazamientos efectivos de los puntos de utilidad (nuevos y primarios) en las respectivas curvas de indiferencia. Así, la indemnización (y su efecto reparatorio) y la pena (y su efecto punitivo-sancionatorio) estarán supeditados a una igualación efectiva de la utilidad anterior al desplazamiento (aunque en un punto de la curva distinto del anterior).

50 CREUSS, Carlos. La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 1985, pp. 24-25.

51 Cuando se trata de los llamados «delitos sin víctima», «delitos de peligro» –en donde el bien jurídico tutelado es de naturaleza colectiva y el fundamento de la punibilidad es sólo la puesta en peligro de dicho bien, no interesa el resultado dañoso efectivo ni la causalidad, muchos menos va a derivar de su comisión una responsabilidad civil, pues la ejecución del injusto se limita a probar «el peligro». En estos casos sólo existirá daño criminal. Verb. Los delitos contra el Estado y la colectividad, entre otros. Sobre el tema ver: Bustos Ramirez, Juan. Ob. Cit. p. 418.

52 Si el daño ha sido definido conforme a la nota «48»; las obligaciones patrimoniales serán todo aquel mecanismo jurídico que permita el retorno del afectado, a un punto de utilidad «y» (distinto del anterior, pero de la misma curva de indiferencia con el mismo beneficio)

53 LANDROVE DIAZ, Gerardo. Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Madrid: Tecnos, 1985, p. 149.



entidad del daño por regulación del tribunal –Juez Penal o Corte Superior, en el caso peruano– atendiendo al precio de la cosa y el de afectación del agraviado. Este precepto, según Landrove Díaz, sólo es apli-

cable a aquellas infracciones en donde la cosa, que posee un valor afectivo especial, se ha perdido o menoscabado. **La indemnización**, en cambio ya es un mecanismo reparador mucho más amplio pues se extiende desde los daños materiales inmediatos y morales hasta la extra-titularidad del ofendido (carácter sucesorio).⁵⁴

V. No vamos a detallar sobre las características de la responsabilidad civil pues al entenderla como un institución civil capaz de dar efecto a cierto tipo de obligaciones civiles-patrimoniales, con ellas es que corresponderá compartir dichos caracteres, los mismos que no son el objeto del presente estudio.

CRITERIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Desde una perspectiva del Proceso Penal, como ya lo decíamos líneas arriba, las nuevas tendencias legislativas y de apreciación doctrinaria embuidos por la victimología han buscado crear mecanismos y canales procesales sobre los cuales, a la víctima del delito, le sea más fácil y rápida sino de manera efectiva recuperarse del estado de menoscabo y deficiencia económica por efectos del hecho punible.

En este sentido es que se han estructurado diversos modelos procesales, en diversas legislaciones de muchos países,⁵⁵ entre los cuales la legislación procesal española, al decir de Bustos Ramírez, parece ser la más indicada «...pues en su virtud se quita los inconvenientes de procesos separados, que van en cierto modo en contra de la obligación del Estado de prestar protección completa a los bienes jurídicos más importantes y al mismo tiempo proteger a la víctima.⁵⁶ Dando explicación a este modelo, debemos decir, siguiendo a Rodríguez Devesa⁵⁷ que:

— No se exige el apersonamiento de la víctima en la causa o juicio correspondiente (acción civil resarcitoria al decir de Carlos Creuss) puesto que la acción derivada del delito ha de ser ejercida, conjuntamente con la penal, por el Ministerio Fiscal, haya o no acusador particular (LECRIM art. 108)

— El dañado civilmente puede renunciar a la acción civil o aún reservarla, para luego ejercerla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar. En este

caso el perjudicado no puede ejercer la acción indemnizatoria (en la vía civil) sino después de que el proceso penal concluya por sentencia.

— En el supuesto que sea delito perseguible por que-rella particular, se considera extinguida la acción penal desde el momento en que se entable la acción civil por separado (LECRIM art. 112)

Resulta un problema, en este modelo, el hecho de que el Juez al momento de sentenciar no encuentre responsabilidad criminal pero sí encuentre la referida a la civil (conceptualmente son perfectamente escindibles) y aún en este supuesto, por reglas procesales, no debería pronunciarse sobre este extremo; inhibiéndose de sentenciar sobre la responsabilidad civil y dejando a salvo el derecho de la víctima (directa o indirecta) a fin de que ésta haga valer su derecho en la vía civil –este mismo problema se observa en el modelo procesal peruano–. Una posible respuesta a este problema la podemos encontrar en la conceptualización de la teoría del objeto-fines (principal y secundario) del proceso penal (Gómez Colomer, Gimeno Sendra, Eugenio Florián).⁵⁸

Por otro lado, respecto de lo último que se discute, se han presentado no pocas dudas acerca de la supuesta autonomía de la responsabilidad civil y su determinación en el

proceso penal, así como también la llamada «reparación del daño» como un mecanismo alternativo de sanción para el sujeto activo del delito (o el que por mandato legal debe responder por el daño («no todo responsable criminal lo es en un plano civil y el que lo es, el tercero civilmente responsable, por ejemplo, no necesariamente debe ser respon-

sable criminal). De esta manera es que se discute el problema si ésta es utilizada, en este caso, como una pena alternativa⁵⁹ en donde se pretenda hacer valer al derecho penal como «un mero instrumento compensador de la víctima, cuando su finalidad es como dice Muñoz Conde, **de prevención y de control social**, y no compensatorios; todo ello sólo en nombre de la víctima.

Ahora bien, qué pasa cuando un inimputable realiza un comportamiento calificado como delito en el Cód. Penal, tanto español como peruano?. ¿acaso la víctima no podrá exigir la reparación civil, indemnización o restitución por parte de éste, dentro del mismo proceso penal? Al parecer no.⁶⁰ En este sentido el juicio de responsabilidad civil (objeto secundario) decaerá si el referido a la responsabilidad criminal o penal decae.

Esto último es un problema que ninguno de los dos sistemas ha solucionado (aún el tema mismo de la subsis-

el modelo peruano es muy confuso, pues la carga procesal de un Poder Judicial lento y con problemas de corrupción encarece de manera indebida la pretensión de la víctima, que lo que único que quiere es ser resarcida

les penales, requiere que para que la pretensión civil sea actualizada en el proceso penal, previamente se debe haber encontrado responsabilidad criminal en el autor.

La responsabilidad Civil es accesoria a la Criminal, y el decaimiento de la primera importa igual suerte para la segunda, desde un punto de vista de justicia penal. MUNOZ CONDE, Francisco. GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 352

59 CREUSS, Carlos. La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 1985, pp. 24 y ss.

60 Ver. Supra nota «57».

Un inimputable no es pasible de pena, por tanto no es responsable penalmente hablando.

FLORIAN, Eugenio. Elementos del Derecho Procesal Penal. Barcelona: Libreria Bosch, 1934, p. 49.

54 El Legislador del Código Penal Peruano, confundió algunos conceptos e incurrió en graves errores de codificación. Así tenemos que el art. 93 establece «La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y 2. la indemnización por los daños y perjuicios. De este modo asimiló el concepto de la reparación al de responsabilidad, cuando la reparación no es más que un mecanismo regulador de la responsabilidad o su contenido.

55 ESER, Albin. Ob. Cit. p. 18 y ss. También: JOACHIN HIRSCH, Hans. «Acercas de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. De los Delitos y de las Víctimas (Varios Autores) Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. pp. 94-128

56 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. p. 417

57 RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte General. 14º ed. Madrid: Aykinson, 1991, p. 1033.

58 La Teoría del objeto-fin del proceso penal, determinante en ambos modelos procesa-

tencia de la responsabilidad civil más no de la criminal), lo cual ha cedido el paso ha diversas propuestas legislativas y de modelos procesales como los privatistas, ex-officio, por adhesión (en el aspecto mismo de la reparación de la víctima); así, se ha pretendido una unicidad de procesos, de reserva de acción o de renuncia de la misma a fin de ser actuada en la vía civil correspondiente. Incluso una autonomización respecto de las pretensiones (punitivas-represivas y reparatorias-compensatorias).

En todos los casos se exige una comprensión absoluta de parte del juzgador respecto de la naturaleza de la responsabilidad civil a fin de evitar fallos contradictorios (cuando se ha renunciado o reservado la pretensión reparatoria en el proceso penal –modelo español–), así como evitar indemnizaciones ridículas.

En este sentido resulta de trascendental importancia el hecho de que en el modelo peruano, el legislador ordene al Juzgador que a efectos de fijar el contenido y quantum de la responsabilidad civil (llamada en este sistema reparación civil) se debe guiar por las reglas del derecho civil (art. 101 del Código Penal peruano). De esta manera, el modelo peruano es claro en ordenar que dentro de la verificación de la responsabilidad civil en el proceso penal, el Juzgador debe razonar el contenido de la misma integrando las normas del art. 101 del CP y las referidas a responsabilidad civil extracontractual del Código Civil (art. 1969 y ss) y consignar dentro de los extremos reparatorios de la sentencia toda forma ocasional de daño civil que resulte relevante a efectos de asegurar una reparación efectiva del daño inferido a la víctima del delito o al agraviado de tal.

Sin embargo, como quiera que las interpretaciones dentro de nuestro derecho penal se prestan a demasiadas confusiones y malos entendidos; esta disposición antes acotada sólo motiva una concepción privatista de la pretensión resarcitoria en el proceso penal. Así, el resultado de esto se materializan en sentencias cuyo extremo reparatorio son tan miserables como los razonamientos que las crean, otorgando reparaciones simbólicas bajo el pretexto de que el monto a fijar debe regularse en atención al daño inferido (criterio, sólo en este extremo correcto) y la capacidad económica del obligado a reparar (criterio por demás absurdo y que no respeta la naturaleza económica de esta consecuencia jurídica, así como la objetivización –sólo en atención a la víctima– a que debe atender este extremo de la responsabilidad derivada del delito, ya que aunque al momento de la expedición de la sentencia el inculpado puede no tener solvencia; nadie asegura que en el plazo más breve lo tenga, a la vez que de lo que se trata es de establecer un marco de obligación patrimonial que sea exigible por el favorecido en tanto ella sea ejecutable.

Otro extremo, desprendible de este artículo es la concepción privatista de quienes han propugnado este modelo de la acción particular para exigir la responsabilidad civil dentro del proceso penal.

El modelo procesal penal peruano contempla en su art. 54 del código de procedimientos penales de 1940, la denominada constitución en parte civil que tendría como efecto la petición resarcitoria por parte de la víctima (o sus herederos o representantes, etc.) en el proceso penal. Hasta aquí, podría pensarse en un modelo privatista. Sin em-

bargo, el legislador nos desconcierta, cuando en el art. 92 del Código Penal Peruano y art. 285 del Cód. de Procedimientos Penales, establece que la reparación civil –léase responsabilidad civil– 1) se determina con la pena y 2) forma obligadamente, parte de la sentencia condenatoria. Confundiendo de esta manera el carácter resarcitorio-patrimonial de la responsabilidad civil con el represivo-punitivo de la pena; y aún más asimilando a la responsabilidad civil con una pena, cuando éstas (las penas) están determinadas de modo taxativo y cerrado en el art. 28 del mismo Código Penal Peruano.

De esta manera el equívoco legislador peruano, lo que al final está diciendo es:

1. El dañado por el delito puede solicitar dentro del proceso penal ser sujeto de resarcimiento civil (pretensión teórica inmediata de esta institución según Carlos Creuss), pero que en este modelo tiene un efecto desnaturalizador que se concretiza en la potestad de la víctima de probar la responsabilidad criminal del inculpado –cuestión ésta que en teoría sólo es potestad del ministerio público o fiscal–, ofreciendo medios de prueba,⁶¹ para lo cual debe constituirse en parte civil (art. 54 CPP) Hasta aquí el modelo parece ser el de la acción particular.

2. Si el dañado no se apersona al proceso ni se constituye en parte civil, el Juez, de acuerdo al art. 285 del CPP y 92 del CP, deberá determinar el contenido de la responsabilidad civil –modelo ex-officio– (proposición que es contradictoria con la primera, pero que sin embargo a nivel jurisprudencial es tolerada y hasta aplicada). Para ello será necesario que el Juez determine la responsabilidad criminal del inculpado, pues de otro modo ello será inviable.

Luego, el modelo procesal peruano actual, no se define dentro de los modelos privatistas, ex officio o de adhesión (sin considerar los procesos por delitos privados en donde siempre será a instancia de parte); pues por un lado se deja en libertad a la víctima a fin de que se constituya en parte civil en el proceso penal –y pueda ser sujeto de reparación– y por otro, aunque lo anterior no suceda, igual será resarcida en su daño con montos y modos ridículos, creando problemas de paralelismo o dualidad en las reparaciones producto de un sólo hecho dañoso.

Menos aún se han regulado los mecanismos de reserva de acción resarcitoria o de renuncia de la misma, sino de la prohibición o de no seguir en dos vías distintas (la civil y la penal –asunto este que según el nuevo CPP aún no vigente– si está regulado prohibiendo demandar civilmente al que con anterioridad se constituyó en parte civil, con ello se pretende la unicidad de procesos?) el esclarecimiento y sentencia de un mismo hecho (el hecho constitutivo del daño criminal y civil) lesionando de este modo el principio de economía y celeridad procesal.

Así, el modelo peruano es muy confuso, pues la carga procesal de un Poder Judicial lento y con problemas de corrupción encarece de manera indebida la pretensión de la víctima, que lo que único que quiere es ser resarcida.

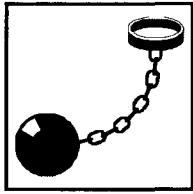
Por último y ya para terminar, no debemos dejar de mencionar, siguiendo a Gimeno Sendra⁶² la ganada fama y adeptación que tienen **los procesos monitorios** «como medios de eliminar o paliar la lentitud y otros inconvenientes del proceso ordinario»⁶³ con el que y según su

61 Esto es producto de una mal formada idea de la coadyuvancia en el proceso penal. Si bien es cierto que a la parte civil se le debe considerar como tercero coadyuvante, esto tiene como límite el propio interés que despliega el sujeto procesal dentro del proceso. Así, la parte civil sólo puede tener el interés de resarcimiento y no uno de orden punitivo; ejerciendo éste el Ministerio Público o Fiscal. Sin embargo, la razón práctica a esto es que dadas las limitaciones actuacionales del Ministerio Público, éste cede sus atribuciones (y hasta su interés) a la parte civil a fin de que este ejerza actuación probatoria en la responsabilidad criminal del

reo; pues de otro modo, debido a la accesoriadad y eventualidad de la responsabilidad civil respecto de la criminal, si ésta decae la primera también y es el interés de la víctima que ello no suceda.

62 GIMENO SENDRA, Vicente y OTROS. Derecho Procesal. 3ª edición. tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p.33.

63 Incorporado recientemente por nuestro legislador en el proyecto de Código Procesal Penal, del 06 de abril de 1995, en el art. 435.



lógica « la comprobación inmediata del hecho, imposición de la sanción o pena –y cómo no las sanciones civiles de carácter reparador– y posible oposición del condenado no conforme... » haría

más efectiva y rápida el resarcimiento del daño a la víctima, así como menos tediosa la carga procesal a soportar, tanto para el órgano jurisdiccional como para los justiciables –más para la víctima–.

LA MULTA

La regulación de la pena de multa en el art. 28 del CP y desarrollada en los art. 41 y 44 del mismo CP, supone la introducción del sistema de penas alternativas, conjuntas o sustitutorias en nuestro sistema represivo, en tanto se puede fijar sola (de acuerdo a cada delito) o conjuntamente con alguna que implique limitación de derechos o suspensión de ejecución de fallo condenatorio, como medida alternativa a la pena privativa de libertad.

La multa se define como «aquella pena que consiste en el pago de una cierta cantidad de dinero, cuyo destinatario es el estado».⁶⁴

De acuerdo a ello, debemos decir que la pena de multa es ventajosa en tanto suponga la introducción de fórmulas de sustitución alternativa de penas, cuando éstas son de poca duración o cuando por constatación del fracaso de ellas, frente a comportamientos criminales especiales; las penas resultan inocuas. Obviamente las multas deben mantener su carácter penal.⁶⁵ Así, debemos mencionar las ventajas que supone esta pena:

- a) no se da el efecto criminógeno que tiene la pena privativa de libertad.
- b) es una pena que deja en su entorno social y laboral al condenado, con lo cual no se obstaculizan los fines preventivo especiales de la ejecución de pena.
- c) es un ingreso para el estado, no un gasto.
- d) su aplicación repetida, no merma sus efectos aflictivos.
- e) en caso de error judicial la subsanación es fácil.
- f) es idónea para los delitos cometidos con ánimo de lucro.⁶⁶

Siguiendo a Maguelone Zoder, la doctrina reconoce una clasificación de la pena de multa la misma que puede ser estructurada de la siguiente manera:

- 1) Pena de multa como propia: reguladas en la parte especial del Código Penal y asignadora de esta pena a cada tipo penal en específico. La multa se puede fijar como pena única o como pena alterna o conjunta a otra (se aplica una o la otra, o ambas a la vez) En el CP peruano gran parte de los delitos económicos han sido estructurados de esta forma.
- 2) Pena de multa como subsidiaria. En este tipo, la multa como pena se impone de modo que la entidad del delito que se reprime contiene dentro de su propia configuración alguna circunstancia que califique la posibilidad a manera de atenuante. En el sistema penal peruano, éstas se hacen asimilables a las fórmulas de

conversión de las penas cuyo marco de acción están dadas para delitos menos graves o circunstancialmente atenuados, reconocidas en al art. 52 del CP peruano.

- 3) Pena de multa como sustitutiva. En esencia son lo que se conoce como penas susceptibles de conversión. En el CP peruano han sido reconocidas en el art. 52 y ss.

EL COMISO

El comiso no es una pena (dentro de nuestro ordenamiento penal), pero sí es una consecuencia jurídica accesoria del delito, por tanto su imposición obedece a criterios no punitivos sino económicos; de ahí su encuadramiento como tal.

Si la responsabilidad civil se va a materializar en tanto se produzca un daño, el comiso se va a producir en tanto la comisión del delito suponga la existencia de bienes de orden patrimonial que son producto de los beneficios económicos aprovechados y producidos por el responsable penal (o por el procesado, en vía cautelar) en relación al delito y siempre que el titular del bien jurídico sea el Estado. Al ser accesoria, se requiere de una condena por el delito a fin de posibilitar su imposición. El CP peruano lo regula en el art. 102, asimilando su concepto al del retiro expropiatorio (no asimilable a la expropiación en sentido civil) de los instrumentos del delito. *lo que en términos procesales vendría a ser la incautación.* De esta manera, el CP peruano se adhiere al modelo español en cuya inspiración se abocó de acuerdo al art. 48 del anterior CPE y actualmente recogido en el art. 127 del CPE de 1995.

La doctrina alemana sin embargo, diferencia al comiso de la confiscación. Será confiscación cuando los efectos expropiatorios tengan por objeto a los bienes patrimoniales efecto del delito (plusvalía) y comiso cuando dichos bienes constituyan instrumento del delito.⁶⁷ Nosotros consideramos que la conceptualización Alemana es más acertada pues diferencia de modo debido una de la otra. Siendo en todo caso una información dogmática que no dudamos en exponer en el presente trabajo, tal como lo hemos hecho al inicio.

La doctrina ha discutido acerca de la naturaleza jurídica que ésta deba tener, en especial la española, llegando a ensayar razonamientos que nos hablan de un comiso como pena o como medida de seguridad⁶⁸ llegando a ser mayoritaria la postura de que en sí es una sanción sui géneris; ya que ni es preventivo general ni aseguratoria (prevención especial). Siendo esto así, la lógica de control social de la cual son parte las consecuencias accesorias y encuadradas dentro del esquema directriz de la tesis de la defensa social; hace correcta que dentro del CP peruano así como en el actual código español, se hayan recogido en el capítulo referido a las consecuencias accesorias; no afirmando de este modo ninguna naturaleza sancionadora.⁶⁹

Respecto de los diversos problemas de interpretación de esta norma del CP, tales como al ámbito de aplicación, el objeto del comiso, su extensión, destino de lo decomisado, etc;⁷⁰ son extremos cuya discusión aún no agotada (y en nuestro medio ni siquiera ocupada) vamos a no tocar por ahora. **D&S**

64 MAGUELONE ZODER, Isabel. Las consecuencias jurídicas económicas del delito. En: Reflexiones sobre las... Madrid: Tecnos, 1995. Pág. 164.
 65 En Alemania y España, y a nivel de CE, se diferencia a efectos de la sanción de los delitos económicos a la multa administrativa y la multa penal. Cf. GÓMEZ INIESTA, Diego. Apuntes de clases en Derecho Penal Económico. Albacete, Castilla - La Mancha, febrero-abril, 1995.
 66 MAGUELONE ZODER, Isabel. Ob. Cit. Pág. 165.

67 JESCHECK, H.H. Ob. Cit. Pág. 1045.
 68 MAGUELONE ZODER, Isabel. Ob. Cit. Pág. 176
 69 MUNOZ CONDE, F.J GARCÍA ARAN, M. Ob. Cit. Pág. 458. En este sentido también Maguelone Zoder, I. Ob. Cit. Pág. 177.
 70 La consecuencia accesoria es «el comiso». La consecuencia ejecutada, en relación al bien es «lo decomisado».