

Límites a la función punitiva estatal

Felipe Villavicencio Terreros

Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1.- La función punitiva estatal.

La función punitiva del Estado Social y democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente ⁽¹⁾ ⁽²⁾ (**Derecho Penal subjetivo**). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado se haya controlado y limitado ⁽³⁾. Esta función está fundamentada y limitada por la **Constitución Política** ⁽⁴⁾, y en ella se encuentra su justificación política ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾, como también en las normas internacionales. En nuestro caso, partimos del modelo de **Estado Social y Democrático de Derecho** ⁽⁷⁾. Así, el principio de Estado de Derecho busca el sometimiento del poder punitivo al derecho; el principio de Estado Social sirve para dar legitimidad a la función de prevención en función a la protección de la sociedad; y, el principio de Estado democrático pone al Derecho Penal al servicio del ciudadano ⁽⁸⁾.

Políticamente, el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva.

A tal función punitiva del Estado se le pretende identificar como *ius puniendi*, pero la denominación

es incorrecta. Esta función no puede concebirse como un derecho (*ius*) ⁽⁹⁾, tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. A nuestro juicio, este Derecho Penal subjetivo (*ius puniendi*) no existe, pues hasta que no se dicte la norma que origina al Derecho Penal objetivo «la posibilidad de castigar o prevenir aparece no como derecho (concepto jurídico) sino como potestad no mediatizada por la forma jurídica» ⁽¹⁰⁾.

Así planteadas las cosas, de lo que se trataría es de regular las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, como aparato coercitivo y el ciudadano, generalmente inerte. Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar limitaciones a su poder penal: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (Derecho Penal garantista), etc.

El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su derecho de castigar lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen⁽¹¹⁾. Estos límites se expresan en forma de principios que se componen de bases constitucionales.

1 Maurach/Zipf I, 1994, pp. 5-6. Jescheck I, 1981, p. 16

2 "Es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el **Derecho Penal objetivo**" (Mir Puig, 1998, p. 8), o aquel poder que tiene el Estado para "ejercer la violencia legítima" (Bustos/Hormazábal, 1997, p. 64).

3 Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 69

4 La Constitución Política de 1993 señala que nuestro país es una República democrática y social (artículo 43), así como que su deber es «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (artículo 44) a través de los medios de control social, utilizando su poder soberano en representación del pueblo y «con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 45). En este marco, el Presidente de la República promulga leyes remitidas por el Congreso (artículo 108) y es el Poder Judicial el encargado de administrar justicia (artículo 138), observando los principios y derechos de la función jurisdiccional (artículo 139). El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139, 22).

5 Mir Puig, 1976, p. 114.

6 Aunque, Muñoz Conde/García Arán consideran que su justificación se haya en su propia existencia, es decir, porque guste o no, es una realidad, una amarga necesidad, con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada. (1996, p. 67)

7 Mir Puig, 1998, p. 74

8 Idem.

9 Zaffaroni precisa que «El Estado no tiene «derecho» a incriminar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo porque surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia» (Tomo I, 1980, p. 33)

10 Terradillos Basoco, 1981, p. 11. «La potestad legislativa es atributo de la soberanía del Estado, que es jurídicamente ilimitada. Constituye, pues, un «prius» con respecto al derecho objetivo. Hasta que éste no aparece, aquella potestad no puede tomar la forma jurídica, no puede constituirse en derecho subjetivo» (Cf. Fragoso, 1975, p. 4)

11 Mantilla Nougués/Rodríguez Pinzón, 1999, p. 9

Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas (12).

Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico – penal⁽¹³⁾(¹⁴). En este sentido, su **legitimación extrínseca** proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su **legitimación intrínseca** se basa en una serie de principios específicos. Aún así “todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado Social y Democrático de Derecho, y por tanto de todo su ordenamiento jurídico”⁽¹⁵⁾.

Cuando estos límites actúan en la creación de las normas penales, se les denomina **límites materiales** o **garantías penales**; pero cuando actúan durante la aplicación de las normas penales, reciben la denominación de **límites formales** o **garantías procesales**, de persecución o de ejecución ⁽¹⁶⁾.

2.- Límites materiales o garantías penales.

2.1 Principio de legalidad.

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (artículo 2, numeral 24, inciso d, Constitución). Así también se expresa el artículo II del Título Preliminar del Código Penal ⁽¹⁷⁾.

Este es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho. Esta violencia se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc.) deberán ser consideradas conductas prohibidas ⁽¹⁸⁾.

El principio de legalidad limita el ejercicio de la función punitiva estatal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

A partir de esta limitación, se constituye como una garantía de la administración de justicia la prohibición de la analogía (artículo 139, numeral 9, Constitución; art. III Título Preliminar, Código penal), de manera que la pena sólo se aplica a los tipos de lo injusto taxativamente previstos en la ley penal sin que exista la posibilidad de aplicar analógicamente características descriptivas o normativas de los mismos.

2.2 Principio de prohibición de la analogía.

“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde” (artículo III del Título Preliminar, Código penal)(artículo 139, numeral 9, Constitución).

Está prohibido aplicar por analogía la ley penal en perjuicio del inculpado. La **prohibición por analogía** supone que el juez no puede asumir función de legislador, por ende, esta prohibición se constituye como una garantía de la administración de justicia.

La **analogía** puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (**analogía legis**) o están deducidos de los principios generales del derecho (**analogía juris**)⁽¹⁹⁾.

La prohibición por analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (**analogía in malen partem**), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (**analogía in bonam partem**) es aceptada ⁽²⁰⁾ a través

12 Bustos/Hormazábal, 1997, p. 64

13 Bacigalupo, 1990, p.17

14 *Bustos/Hormazábal* consideran que todos estos principios generales y específicos tienen un tronco común: el principio iluminista del reconocimiento de la posición antinómica del individuo frente al poder. Es este principio básico el que informa la normatividad constitucional de los derechos fundamentales y éstos a su vez limitan al *ius puniendi*. (1997, p. 64)

15 Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 69

16 Cfr. Bustos/Hormazábal, 1997, pp.64-65; García Pablos de Molina, 2000 pp.319-320; Quintero Olivares, 2000, pp. 65-66

17 *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometimiento a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”*.

18 Véase: nuestro informe al Seminario Internacional de Derechos Humanos, derecho penal y criminología en la ciudad de Salvador, Bahía, Brasil, diciembre de 1988. (Investigación internacional «Sistemas Penales y Derechos humanos» -IIDII)

19 Mantovani 1979, p. 103; 1988, p. 105



Límites a la función punitiva estatal

de los procesos, de interpretación de la ley penal. Por ejemplo: interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales de exclusión de la punibilidad.

Sin embargo, no resulta fácil establecer una distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Una posición bastante difundida, considera que lo decisivo es el **texto legal**: todo lo que esté cubierto por el texto será interpretación justificada, lo que no lo esté será interpretación analógica no autorizada si es desfavorable al autor. “Debe respetarse, en todo caso, el **“sentido literal posible”** como límite extremo”⁽²¹⁾.

Pero la fórmula del sentido literal posible de los términos utilizados en el texto legal, tampoco es satisfactoria. “Solamente una precisa descripción de la idea legal fundamental orientada a los hechos respectivos tipificadores de lo ilícito y de la culpabilidad, puede trazar los límites de la interpretación correcta. El texto legal brinda, en ese sentido, el punto de partida, aunque sin embargo, no constituye un criterio sólido”⁽²²⁾.

3.3 Principio de irretroactividad.

“La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” o: (artículo 6, Código penal) (artículo 103, segundo párrafo, Constitución).

Se excluye la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal (penas, características de los tipos de lo injusto, condiciones procesales y de ejecución penal, etc.) cuando son desfavorables al inculpado. Por el contrario, si son favorables, la Constitución ordena aplicarlas retroactivamente (**retroactividad benigna**).

3.4 Principio de la necesidad o de mínima intervención.

El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social ⁽²³⁾ para mantener el orden democrático y social establecido (artículo 43, Constitución).

En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad.⁽²⁴⁾.

Al referirse a este principio, la jurisprudencia nacional expresa que *“el principio de Mínima Intervención del derecho penal es compatible con la del Estado Social, rechazándose la idea de un Estado represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria - inevitable- para la protección del mismo ciudadano”*⁽²⁵⁾.

Sabemos que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio⁽²⁶⁾. Por ello, el Derecho Penal sólo debe intervenir en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico⁽²⁷⁾. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los aquejan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de “programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”⁽²⁸⁾.

Por eso, para que intervenga el Derecho Penal - junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los

20 Batista, 1984, p. 117; Mirabete, 1988, p. 52; Jescheck, 1993, p. 121; Peña Cabrera, 1997, p. 47; Urquiza 2000, p. 97.

21 Jescheck I, 1981, p. 214

22 Stratenwerth, 1982, p. 39

23 Gimbernat, 1981, p. 122.

24 Mir Puig, 1998, p. 88

25 Exp. 570-98. Lima 8 de abril de 1998 en Baca Cabrera/ Rojas Vargas/Neira H. Jurisprudencia Penal: Procesos Sumarísimos III. Gaceta Jurídica. 1999, p. 93

26 Quintero Olivares, 2000 p. 95

27 Pérez Pinzón, 1996, p. 98

28 García Pablos de Molina, 2000 p. 379

derechos fundamentales⁽²⁹⁾. Así, supondría una vulneración de este principio, si “el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”⁽³⁰⁾.

Este **principio de la necesidad de la intervención estatal** es, pues, un límite importante, porque permite al mismo tiempo evitar las tendencias autoritarias y ubicar al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico⁽³¹⁾. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder punitivo, sino que las leyes penales, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal⁽³²⁾.

No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes.

Estos límites a la función punitiva estatal, deben ser tomadas siempre en cuenta por el legislador. Un aumento exagerado de criminalización de conductas, puede convertir al Estado en uno policial en el que sería insoportable la convivencia.

En este orden de ideas, este principio tiene derivaciones que deben ser tomadas en cuenta por el Estado cuando dispone intervenir y sancionar ciertas conductas.

a. Principio de Subsidiariedad.

Se trata de la *última ratio* o *extrema ratio*⁽³³⁾, en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales.

El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social. Ejemplo: una determinada política social, sanciones civiles, administrativas antes que penales.

Así también lo cree la jurisprudencia⁽³⁴⁾: “*con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones, ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación de que el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado; en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que sólo sea defendible por el Derecho Penal*”⁽³⁵⁾.

b. Principio de Fragmentariedad.

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. “El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad”⁽³⁶⁾.

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se pueden seguir los siguientes fundamentos⁽³⁷⁾:

- En primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos.

29 Pérez Pinzón, 1996, p. 90. Cfr. Bustos/Hormazábal, 1997, p. 66

30 Roxin, 1999 p. 66

31 Cfr. Pérez Pinzón, 1996, p. 98

32 Quintero Olivares, 2000, p.95

33 Bustos/Hormazábal, 1997, p. 66

34 “*Cualquier controversia o reclamo que surja de su aplicación debe ser ventilado en la vía correspondiente establecida para ello; tanto más si se tiene en cuenta que el derecho penal es la ultima ratio de la política social, resultando subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que sólo se puede hacer intervenir, cuando no existan otros medios de solución social del problema*”. Exp. 5635-97-A. Lima, 17 de junio de 1998. Véase tab.: Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de junio de 1998, Exp. 5001-97 en Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira H.. Jurisprudencia Penal Procesos Sumarios. Gaceta Jurídica. 1999, p. 356; Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de diciembre de 1998, Exp. 3429-98 en Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira H.. Jurisprudencia Penal Procesos Sumarios. Gaceta Jurídica. 1999, p. 89; Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 26 de abril de 1999, Exp. 5962-98 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal Patrimonial. Grijley. 2000, p. 420

35 Exp. 3429-98 Lima, 17 de diciembre de 1998 en Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. 2001, p. 29

36 Velásquez Velásquez, 2000, p. 42

37 Muñoz Conde/García Arán, 1996, p.80



- En segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico.
- Por último, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Este principio una directriz política criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no serlos ⁽³⁸⁾.

3.5 Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos.

“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”(artículo IV del título preliminar, código penal).

Jurisprudencia⁽³⁹⁾: “El título preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas consagrando entre ellos: el de lesividad, por el que para la imposición de la pena, necesariamente se requiere de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”⁽⁴⁰⁾.

De acuerdo al **principio de lesividad u ofensividad**, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima *“nullum crimen sine iniuria”*.

Jurisprudencia⁽⁴¹⁾: “El principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión

o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo; por lo tanto al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad parcial o relativa; en consecuencia para la configuración del tipo penal de hurto agravado es imprescindible individualizar al sujeto pasivo, titular del bien o bienes muebles afectados, de lo contrario resulta procedente, la absolucón en cuanto a este extremo se refiere”⁽⁴²⁾.

Si se obviara este principio, el de intervención mínima sería un límite demasiado vago. Por el contrario, con la existencia de este principio se debe precisar qué es lo protegido y, con ello, el Estado intervendrá limitando su función punitiva ⁽⁴³⁾.

Cuando nos referimos a la protección de bienes jurídicos, no nos referimos a la protección de *todos* los bienes jurídicos. Por ello, aquí juega un papel importante el principio de fragmentariedad y de subsidiaridad. “El concepto de “bien jurídico” es, pues, más amplio que el de “bien jurídico – penal”⁽⁴⁴⁾. No sólo el Derecho Penal puede intervenir exclusivamente en su protección, sino también otros medios de control social. En el mismo sentido la jurisprudencia nacional:

“Debe de tenerse en cuenta que la protección de bienes jurídicos no sólo se alcanza a través del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo ordenamiento jurídico”⁽⁴⁵⁾.

La intervención del Estado sólo se legitima cuando protege intereses que deben reunir dos notas esenciales: primero, estos intereses deben ser abarcados por la mayoría de la sociedad y no una parte de ésta; y segundo, hay que tener en cuenta que una intervención penal sólo se justifica si se hace con la finalidad de, proteger bienes jurídicos esenciales para el hombre y

38 Roxin, 1999 p. 67

39 *“El artículo cuarto del título preliminar del Código penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo”*. R. N. 668-99 20 de 40 de 1999. en “Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal”, Diálogo con la Jurisprudencia - Gaceta Jurídica, 2001; p. 30. Véase tab.: Exp. 98-080-04-0401-JXP Camaná en Armaza Galdos/Zavala Toya. La Decisión Judicial. Gaceta Jurídica. 1999, p. 267; Exp. 09-97. Lima 11 de agosto de 1999.

40 Exp. 25-98-B. Lima, 29 de mayo de 1998 en Rojas Vargas/ Infante Vargas. Código Penal. Idemsa. 2001, pp. 48-49

41 Véase: Exp. 1767-97. Lima, 12 de enero de 1998 en Rojas Vargas/Infante Vargas. Código Penal. Idemsa. 2001, p. 48; R. N. 5269-97. Huánuco, 17 de noviembre de 1997 en Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. 2001, p. 30; Exp. 5541. Tumbes, 25 de julio de 1998 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 642; Exp. 1482-96. Fiscalía Suprema Penal Dictaminadora Transitoria. Dictamen 177-97 en Gómez Mendoza. Jurisprudencia Penal, Tomo IV. Rodhas. 1999, p. 505

42 Exp. 2529-99. Huánuco, 5 de agosto de 1999 en Rojas Vargas/ Infante Vargas. Código Penal. Idemsa. 2001, p. 48

43 Bustos/Hormazábal, 1997, p. 69

44 Mir Puig, 1998, pp. 91-92

45 Exp. 8240-97. Lima, 19 de marzo de 1998 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal Patrimonial. Grijley. 2000, p. 371

la sociedad⁽⁴⁶⁾. Según el principio de lesividad, “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”⁽⁴⁷⁾.

Este principio no sólo expone la función que debe cumplir el Derecho Penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado⁽⁴⁸⁾. Además, este principio tiene una gran importancia en un Estado Social, Democrático de Derecho⁽⁴⁹⁾, y comprende las siguientes consecuencias ⁽⁵⁰⁾:

- Primero, todos los preceptos penales deberán por principio, **proteger bienes jurídicos**. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico.
- Segundo, un Estado no puede pretender imponer un moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano. Por ello, las penas no deben recaer sobre el ejercicio de tal libertad; más bien debe ser lo contrario, es decir, sobre las que afectan el ejercicio de la independencia y autonomía ética, religiosa o política.
- Tercero, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretenda toda la sociedad y no un grupo determinado.

Origen y Evolución del Concepto

En épocas modernas, el concepto del **bien jurídico** se origina como consecuencia del pensamiento de la Ilustración, bajo la influencia de la teoría del contrato social, que entendía al delito como lesión de **derechos subjetivos**. En esta orientación se encuentra

Feuerbach, quien ubica como núcleo del delito la afectación de los «derechos externos» ⁽⁵¹⁾.

Se debe a *J.M.F. Birnbaum* (1834) el desarrollo de una concepción material del bien jurídico, el mismo que superando las limitaciones de la protección de derechos subjetivos, propuso entender que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, que corresponden tanto a particulares como a la colectividad ⁽⁵²⁾. A partir de *Birnbaum* se consideró como delito la lesión o la puesta en peligro de un bien que es garantizado por el Estado en forma igualitaria⁽⁵³⁾. Inicialmente, no era trazado como un límite al llamado *ius puniendi*. El bien jurídico no nació en el sentido político – criminal, sino en el sentido dogmático de objeto de protección elegido por le ley ⁽⁵⁴⁾.

Posteriormente, y desde la perspectiva formal, *Karl Binding* a través de su teoría de las normas entiende que el bien jurídico quedaba establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico y no existía la posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho y del Estado ⁽⁵⁵⁾. El bien jurídico era creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección. Este criterio positivo-jurídico no es un límite del poder penal estatal, pues si el Estado es el único que determina el contenido de la norma jurídica, en el fondo no hay más límite que el propio Estado voluntariamente se da, así desaparece el criterio limitador a través del bien jurídico, y el concepto del bien jurídico sobra ⁽⁵⁶⁾.

Franz von Liszt, buscó un concepto material de bien jurídico. Para *Liszt* «bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Un concepto de bien jurídico determinado socialmente es anterior al derecho. Todos los bienes jurídicos son **intereses vitales** del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico» ⁽⁵⁷⁾.

46 García Pablos de Molina, 2000, p. 367

47 Zaffaroni, 2000, p. 121

48 García Pablos de Molina, 2000 p. 366

49 Mir Puig, 1998, p. 93

50 Cfr. Zaffaroni, 2000, p. 120; Quintero Olivares, 2000 p. 89

51 Feuerbach, P.J. Anselm R. von: Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14a. edición alemana (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Edt. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p.63. «Toda pena jurídica dentro del estado es la consecuencia jurídica fundada en la necesidad de preservar los derechos externos» (\$19). Véase también §21: «crimen es, (...) acción contraria al derecho de otro».67:

52 Jescheck, 1993, p. 230.

53 Maurach/Zipf, I, 1994 p. 334

54 Mir Puig, 1998, p. 92.

55 Kaufmann, 1977, p. 14.

56 Bustos Ramírez, 1982, p. 16; 1984, p. 53.

57 Liszt, Franz von: Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 20a. edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña. Tomo segundo, segunda edición (Biblioteca jurídica de autores españoles y



Límites a la función punitiva estatal

Sin embargo, *Liszt* no desarrolló su programa que atribuía al bien jurídico esta función limitadora del poder penal estatal y tampoco dio contenido a los conceptos de «interés de la vida», «condición de vida», de manera que no precisaba qué intereses merecían ser protegidos o qué criterios ayudaban a esta selección⁽⁵⁸⁾.

Después de *Liszt*, las corrientes doctrinales siguen dos caminos: Los que destacan la naturaleza teleológica del bien jurídico y los que reconocen la lesión del deber como contenido material de lo injusto. En los años treinta del siglo pasado, el bien jurídico se convierte en un criterio de interpretación. Los neokantianos buscaron al bien jurídico en una realidad externa previa al derecho, situándola en el mundo espiritual subjetivo de los valores. Así, para *Honig* el bien jurídico era una «síntesis categorial»⁽⁵⁹⁾ cuya función es ayudar a la interpretación. La otra variante que se apoya en la lesión del deber, fue desarrollada por la Escuela de *Kiel* (*Dahm, Schaffstein*) del nacional socialismo alemán, quienes pretendieron negar el concepto de bien jurídico, reemplazándolo por el de infracción al deber⁽⁶⁰⁾, criterio que posteriormente abandonaron al alcanzar una fórmula que compatibilizó bien jurídico y nacional-socialismo (*Schwinge y Klee, 1937-1938*)⁽⁶¹⁾.

Hans Welzel reelabora el concepto del bien jurídico y lo entiende como «todo Estado Social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones». Puede aparecer de las más diversas formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (la vida, el honor), como estado real (tranquilidad del hogar), como relación vital (matrimonio, parentesco), relación jurídica (propiedad, derecho de caza, o aún como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno). *Welzel* entonces precisaba que «la suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse

aisladamente en relación a el mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social⁽⁶²⁾. Así, alejaba el bien jurídico del derecho e incluso del Estado, como lo hizo *Liszt*. Pero también afirmaba que «la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares»⁽⁶³⁾. Al considerar que lo fundamental son los **valores ético-sociales**, se aproxima a los conceptos de *Binding*. «El bien jurídico en *Welzel* no tiene una función autónoma dentro del derecho penal, carece de relevancia propia para la configuración de una teoría del delito (del delincuente) y de la pena. Sólo la norma y con ella los deberes ético-sociales tienen importancia. En definitiva, desde un punto de vista dogmático, de la teoría del delito, *Welzel* aparece como un continuador de *Binding* y en caso alguno de von *Liszt* a pesar que haga un rescate realista del bien jurídico»⁽⁶⁴⁾.

El concepto del bien jurídico está siendo fundamentado en una orientación político-criminal y en su desarrollo se pueden observar conceptos jurídicos constitucionales y sociológicos.

Concepto Jurídico-Constitucional del Bien Jurídico

Estas teorías entienden que es la Constitución la que fija la orientación básica para limitar la función punitiva estatal. Existen dos posiciones: Aquéllas que otorgan a la Constitución un carácter genérico y las que toman a la Constitución en sentido estricto en relación a las disposiciones específicas que la integran.

Si bien estas teorías encuentran a los bienes jurídicos contenidos en la Constitución, sin embargo, evitan precisar el concepto del bien jurídico, estableciendo relaciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que consagra la Carta política⁽⁶⁵⁾.

extranjeros. Volúmen XXVI, Editorial Reus (S.A.), Madrid, s/f, p. 2. Afirma también que «un bien jurídico no es un bien del Derecho (como *Binding* y otros suponen) sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho». (Idem). Véase también: *Liszt, Franz von: Traité de Droit penal allemand. Traduit sur la 17 édition allemande (1908) par M. René Lobstein, avec une préface de M. E. Garçon. Tome premier. Introduction, Partie générale Paris, v. Giard & E. Briere Libraires-éditeurs, 1911, p. 94.*

58 Mir Puig, 1982, p. 129.

59 en Zaffaroni III, 1981, p. 249.

60 Jescheck, 1993, p. 232.

61 “En un principio, el concepto de bien jurídico fue rechazado por los penalistas nacionalsocialista, que lo veían como un límite liberal a superar en un Estado totalitario. Tras un debate sobre el tema, neokantianos y defensores tradicionales del bien jurídico lograron disuadir a los nacionales socialistas a que dicho concepto supusiera ningún freno individualista”. (Mir Puig, 1998, p. 92)

62 Jescheck I, 1981, p. 351

63 Idem.

64 Bustos Ramírez, 1984, p. 57. *Mir Puig* afirma que *Welzel* y *Helmut Mayer* siguen el concepto de *Binding* (1976, p. 130)

65 Bustos Ramírez, 1984, p. 59

Pero la identificación de bien jurídico y derecho fundamental puede desconocer las diferentes funciones que ambos conceptos tienen en el ordenamiento jurídico, además no todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el Derecho Penal, y a la inversa, no todos los bienes que el Derecho Penal protege deben estar necesariamente registrados en las normas constitucionales, ello en función a la evolución de las necesidades de protección penal que la comunidad requiera.

Rudolphi y Bricola defienden el criterio de recurrir a los textos constitucionales para la protección de los bienes jurídicos. Ya que el conjunto de principios constitucionales determina el marco de referencia en el que el legislador debe actuar para la selección y protección de los bienes jurídicos⁽⁶⁶⁾.

Roxin considera también todo concepto de bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado⁽⁶⁷⁾. Por ello, conceptúa a los bienes jurídicos como aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁽⁶⁸⁾.

En este concepto, *Roxin* reemplaza el término “intereses” por “circunstancias dadas y finalidades”; y con ello, busca abarcar tanto aquellos estados previamente hallados por el derecho, como también los deberes de cumplimiento de normas creadas sólo por el mismo⁽⁶⁹⁾.

Afirma que el concepto de bien jurídico es de tipo normativo y no estático debido a que se haya abierta a los cambios sociales y a los progresos científicos⁽⁷⁰⁾; y propone las siguientes tesis⁽⁷¹⁾:

- Son inadmisibles aquellas conminaciones penales arbitrarias ya que no protegen bienes jurídicos.

- Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos: Por la misma razón estaría prohibido proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico – penales.
- Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos.
- Del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquellos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la ley de las limitaciones constitucionales.
- No es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo o son perjudiciales para el bien común.

Concepto Sociológico de bien jurídico.

Esta concepción pretende definir al bien jurídico otorgándole un contenido social. Una tendencia centra su atención en el **perjuicio social**, pero prescinde de toda consideración individual, cuya base teórica parte del funcionalismo. Esta posición llega a una total formalización social del problema, como una función inmanente al sistema⁽⁷²⁾.

Otra tendencia, busca precisar condiciones para la existencia del bien jurídico y algunos de ellos atienden a los intereses individuales en el marco social⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾.

Jakobs considera que un bien es una situación o hecho valorado positivamente. Por tal situación o hecho entiende no sólo a objetos sino también a estados y procesos. Tal bien, cuando goza de protección jurídica, obtiene la calidad de bien jurídico; y tal protección es prueba suficiente de que se está valorando

66 Berdugo, 1999, p. 7

67 Roxin, 1999, pp. 55-56

68 Idem, p. 56

69 Idem

70 Idem, p. 58

71 Idem, pp. 56-57

72 Bustos Ramírez, 1984, p. 59.

73 *Zaffaroni* considera que el bien jurídico es la relación de disponibilidad de una persona como un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan (Tomo III, 1981, p. 240)

74 *Muñoz Conde/García Arán* establecen que para todo desarrollo humano se requiere de una serie de elementos útiles (es por ello que se les designan con el nombre de “bienes”) que sean objeto de protección del Derecho (es por ello que se les designan con el nombre de “bienes jurídicos”). Pero tales bienes jurídicos suponen una valoración que se haya condicionada



Límites a la función punitiva estatal

positivamente tal situación. Por ello expresa que “el bien jurídico se determina (...) de modo positivista”⁽⁷⁵⁾.

“Si ha de existir un bien jurídico es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la “vida sana”, lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es algo con valor, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal”⁽⁷⁶⁾. Esta crítica, en otras palabras, nos dice que se concibe al bien jurídico en un concepto elástico que incluye todo fin de regulación⁽⁷⁷⁾.

Jakobs afirma que actualmente se busca en el concepto del bien jurídico la relación entre una persona y una situación, pero tomando en cuenta que no se debe imponer a este concepto la función de designar a las fuentes de estas relaciones valorativas (vida, cultura, orden constitucional, etc.). “Con esta inclusión de la persona en el concepto de bien jurídico se puede encontrar lo valioso del bien jurídico mejor que

mediante la mera enumeración de objetos”⁽⁷⁸⁾. Considera que es la única forma en que se puede definir al bien jurídico con mayor claridad.

Este autor incluye a la persona pero no se trata de un acto de valoración propio de la persona sino de la posibilidad que ella realice sus intereses, es decir, esta posibilidad consiste “en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico”⁽⁷⁹⁾. Así este autor nos ilustra con el ejemplo que en los delitos contra la propiedad no es la cosa, donde recae la propiedad, lo que constituye el bien jurídico, sino la relación de posibilidad de utilización que puede haber entre el propietario y dicha cosa⁽⁸⁰⁾.

A concepto de bien jurídico, *Jakobs* le asigna un concepto de unidad funcional, donde no cualquier objeto, sino sólo aquel que desempeña una función para la sociedad, para sus subsistemas o para el ciudadano, es objeto de regulación de una norma y por ende, es bien jurídico.⁽⁸¹⁾

históricamente, en otras palabras, depende de las necesidades sociales o quizás de las concepciones morales dominantes de cada sociedad. Señalan que los bienes jurídicos “son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”. (1996, pp. 59-60)

Bustos/Hormazábal consideran que todo concepto jurídico nace “como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos”. Tienen un carácter dinámico debido a que están sujetos a una rediscusión democrática. Este autor define a los bienes jurídicos como aquellas relaciones concretas que se protegen frente a conductas humanas. “El comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; más aun, debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen siquiera un peligro para los bienes jurídicos”. Cuando se refieren a relaciones concretas, se tratan de relaciones entre personas que adquieren significación de bien jurídico en cuanto son conformados por personas. Además, significa también identificar la posición de cada persona dentro de las relaciones sociales; ya que con ello, comprobamos si la penalización de una conducta implica “la discriminación de las personas, el favorecimiento de situación de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, y otros”. Con ello, se impide toda protección por parte del Derecho Penal de una determinada moral o religión (1997, p. 58).

Según *Quintero Olivares*, aquellos intereses espirituales o materiales generalmente apreciados que reciben protección mediante una determinada ley punitiva reciben el nombre de bienes jurídicos. Tal característica, de que los intereses tutelados por una ley punitiva sean “generalmente apreciados”, reside en la necesidad de la generalidad de la población, que buscan que sean protegidos; de lo cual, se infiere un “mínimo social ético necesario”. Nuestro código penal, antes de ser un “código ético”, debe de contener un mínimo de convivencia que ha de dominar en toda la sociedad y que de lugar a un “mínimo ético social” que consiste en la prohibición de determinados hechos que atenten aquellos intereses esenciales para la mayoría de los ciudadanos. “Para comprender lo que es y significa el bien jurídico hay que partir de un planteamiento que tenga presente la existencia de un entramado social en el que los individuos y los casos se relacionen entre sí formando una compleja red, en cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria pues de ello depende la existencia misma del Estado de Derecho (...). Este mantenimiento impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente (...). Cuando esos intereses de diversos orígenes son reputados como imprescindibles en el máximo grado se transformarán en bienes jurídicos penalmente tutelados”.(2000, pp.88-90)

75 Idem, p. 50

76 Idem

77 Idem, p. 51

78 Idem, p. 51

79 Idem, p. 52

80 *Jakobs*, 1995, p. 52 “Este concepto de unidad funcional tampoco resuelve el problema de qué funciones han de reconocerse como jurídicamente legítimas; en esta medida el concepto no ofrece ventaja alguna frente al de interés: este punto flaco es inherente, por su constitución, a todo concepto de bien jurídico”(Idem, p. 50)

81 Así: *Bramont Arias/Bramont –Arias Torres*, 2001, p. 29; *Bramont –Arias Torres*, L. M., 2000, p. 134; *Villa Stein*, 1998, pp. 104-105. *Prado Saldarriaga*, si bien señala expresamente no adscribirse a la teoría jurídico – constitucional de los bienes jurídicos, reconoce a la Constitución como el marco más adecuado y seguro para la identificación política de los bienes jurídicos tutelables, en un modelo de control social mínimo y garantista (1996, p. 32). *Caro Coria*, por su parte, expresa que los postulados de la teoría sociológica del bien jurídico no ofrece el criterio necesario para determinar el concepto material de bien jurídico - penal, y citando a un importante sector de la doctrina, señala que en la búsqueda de criterios objetivables no necesariamente propuestos a la perspectiva socio – individual, consideran a la Constitución como la principal cantera de los bienes jurídicos penalmente protegibles estiman a la Constitución (1999, p. 16 y ss.)

En la ciencia penal peruana, algunos no se han pronunciado expresamente, en adoptar alguna de las dos formas modernas que explican el concepto del bien jurídico (tanto sociológicas o constitucionales) ⁽⁸²⁾. Otros creen que los actuales criterios que buscan definir al bien jurídico, apoyados en fundamentaciones sociológicas o constitucionales, resultan insuficientes para limitar la función punitiva estatal⁽⁸³⁾.

Consideramos que la determinación del bien jurídico está frecuentemente ligada a los intereses de los grupos dominantes, que no tienen un valor fundamental para los demás miembros de la comunidad. Esto motivaría el abuso del Derecho Penal como sistema de represión, pervirtiendo su discurso, reduciendo al mínimo la eficacia crítica o limitadora del bien jurídico en relación al poder penal estatal ⁽⁸⁴⁾. Es de crítica nuestra posición en relación al bien jurídico como límite político – criminal a la función punitiva estatal⁽⁸⁵⁾. Pero con la presencia de la Constitución Política como fuente inspiradora, en la determinación de los bienes jurídicos a tutelar, se garantiza la actividad legislativa, erradicando la posibilidad que el legislador pueda asumir una actitud arbitraria. Esto lo señalamos, en razón que dicho instrumento normativo recoge los intereses predominantes de toda la sociedad, y no sólo de un grupo determinado.

En el Derecho Penal, el bien jurídico entendiéndolo en un sentido material cumple una importante función como instrumento para la interpretación y criterio de clasificación para la formación de los grupos de delito (v. gr. delitos contra la vida, cuerpo y salud; delitos contra el patrimonio)

según sean bienes jurídicos individuales (vida, honor) o colectivos (seguridad pública, salud pública).

Entre diversas consecuencias, se debe destacar la necesidad de limitar el uso de figuras de peligro abstracto ⁽⁸⁶⁾.

3.6 Principio de racionalidad y humanidad de las penas.

También llamado **principio de proscripción de la crueldad** ⁽⁸⁷⁾ se le ha considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal ⁽⁸⁸⁾ y uno de los límites primordiales en un Estado democrático ⁽⁸⁹⁾.

Según los postulados de este principio se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una **pena humanitaria** en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del derecho de los derechos humanos ⁽⁹⁰⁾.

Asimismo, se rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria⁽⁹¹⁾. El Tribunal Constitucional –en la sentencia emitida sobre la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes N.ºs. 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas-, sobre este principio ha

82 Hurtado, 1987, pp. 40-41; Peña Cabrera *en* Debate Penal, N.º 2, 1987, p. 139. Peña Cabrera denomina al bien jurídico como “una viga maestra al nuevo sistema punitivo”. Nos dice que, en una sociedad es indispensable que cada ciudadano conozca lo que realmente se está tutelando, y además que puedan participar democráticamente en la discusión y revisión sobre las bases en las que se asientan dicha protección. (1998 p. 63)

83 Muñoz Conde, 1975, pp. 49-50.

84 Vid Villavicencio 1990, p. 50

85 Villavicencio, 1983, p. 29. Supra §42

86 Zaffaroni, 2000, p. 125

87 Jescheck, 1993, p.23

88 Mir Puig, 1998, p. 94

89 Fernández Carrasquilla II, 1989, pp. 42-43

90 Zaffaroni, 2000, p. 125

91 Sobre la cadena perpetua, el Tribunal “considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación” (Num. 190.) Así señala como ejemplo el tratamiento que le da el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años (Num. 191). Por otra parte, el Tribunal considera que el legislador “puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización”(Num. 193). Nos presenta como ejemplos a la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional; y la legislación argentina, donde por Ley N.º 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que



Límites a la función punitiva estatal

señalado que “*las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad*”(Num. 182, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC). En relación a la cadena perpetua, el Tribunal señala que “*en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad*” (Num. 183, *in fine*)⁽⁹²⁾.

Existen instrumentos internacionales como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁽⁹³⁾, Reglas para la protección de los menores privados de libertad⁽⁹⁴⁾ o el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁽⁹⁵⁾ que están orientadas a garantizar que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

La **dignidad del individuo** es el límite material que debe respetar un Estado democrático a fin que fije los topes de la dureza de las penas, tomando en cuenta la sensibilidad por el daño que causan a aquellos quienes las sufren⁽⁹⁶⁾.

En el momento de la aplicación de la pena, los reclusos y sentenciados tienen el derecho a ocupar establecimientos adecuados (artículo 139, inciso 21, Constitución). “No debe denigrarse más al recluso haciéndolo en establecimientos carentes de higiene, donde muchas veces el número de internos excede la capacidad con que fue creado dicha construcción penitenciaria”⁽⁹⁷⁾.

En el ámbito penitenciario, el respeto por la dignidad humana adquiere vital importancia, así el Tribunal Constitucional señala que “*comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación*” (Num. 187, *in fine*).

Este principio tiene su origen en la revolución francesa de 1789 y la posterior promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano donde se buscó la reivindicación de una humanización ante el rigor de las penas que preveía el Antiguo régimen. Se pasó de un sistema penal que contenía entre sus consecuencias penales la pena de muerte y las penas corporales, a otra que se basaba en las penas privativas de libertad. Actualmente, se puede decir que las penas corporales ya han desaparecido, pero no se puede decir lo mismo con la pena de muerte, aunque existe una tendencia abolicionista⁽⁹⁸⁾.

«En nuestros días se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la suspensión del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena(...). En esta línea se inscribe también la tendencia internacional a la despenalización de ciertas conductas antes punibles. También se atenúa paulatinamente la gravedad de la pena señalada a los delitos. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años, aunque se trate de una

pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Por lo tanto, concluye el Tribunal Constitucional señalando que “el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal” (Num. 194).

92 Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (resolución 663 CI, XXIV)

93 Aprobadas por la Asamblea general mediante resolución 45/113 por recomendación del Octavo Congreso.

94 Resolución 43/173 de 9 diciembre de 1988

95 Mir Puig, 1998, p. 95

96 Peña Cabrera, 1998, p. 120

97 Mir Puig, 1998, p. 94

98 Idem, pp. 94-95

aspiración no realizada en la mayoría de los países»⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾.

consiguiente toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, responsabilidad objetiva⁽¹⁰⁴⁾.

3.7 Principio de responsabilidad penal.

“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (artículo VII, Título Preliminar, Código penal). Recuérdese que algunos prefieren usar el término “responsabilidad” al de “culpabilidad” para evitar cualquier vinculación, con el criterio retributivo, aún cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos⁽¹⁰¹⁾. De cualquier manera el legislador peruano abandona la redacción de los proyectos de agosto de 1984 (artículo IV) y de abril de 1986 (artículo IV): *“No hay hecho punible sin culpabilidad. La ley penal prescribe toda forma de responsabilidad objetiva”*, acogiendo la actual, dejando de lado una disposición muy comprometida con los criterios retributivos.

Deben destacarse dos aspectos, uno referido a la necesidad de establecer la responsabilidad penal para posibilitar la imposición de la pena, y el otro que implica la exclusión de la responsabilidad por el resultado⁽¹⁰²⁾.

En este sentido la jurisprudencia entiende que⁽¹⁰³⁾:

“El artículo séptimo del Título preliminar del Código penal consagra el principio de responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer la responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena, proscribiendo por

En el Derecho Penal, al término de **culpabilidad** se le asignan una triple significación⁽¹⁰⁵⁾:

- Por un lado, como fundamento de la pena se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico.
- Por otro lado, como fundamento o elemento de la determinación o medición de la pena, su gravedad y su duración. En este caso se asigna a la culpabilidad una función limitadora que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen aplicadas por la idea misma de la culpabilidad y otros como la importancia de los bienes jurídicos, etc.
- Como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. De esta manera el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo o a la imprudencia.

El **principio de responsabilidad o de culpabilidad** al que nos referimos ⁽¹⁰⁶⁾, es también conocido por la máxima *“nulla poena sine culpa”*.

Por lo pronto, podemos decir que el Estado sólo intervendrá cuando un miembro de la comunidad ha actuado culpablemente, es decir, la pena sólo puede basarse en la circunstancia que al autor debe reprocharle personalmente su hecho⁽¹⁰⁷⁾. “Con la pena se reprocha

99 Aunque Zaffaroni considera que es el principio más ignorado por el poder criminalizante. (2000, p. 125)

100 Así Muñoz Conde y Mir Puig.

101 Sobre este aspecto, Gimbernat sostiene que hay que llamar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad, entendiendo al segundo como la exclusión de la responsabilidad por el resultado, o sea, “la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible. (1981, p. 108, n. 12)

102 *“El principio de la responsabilidad consagra en el artículo séptimo de título preliminar del código penal, la pena, como pronunciamiento final del juez respecto a los hechos materia de instrucción, debió estar asentada en la responsabilidad penal debidamente acreditada del autor, atendiendo esta última, como aquella del autor, atendiendo esta última, como aquella vinculación causal entre el agente y el hecho instruido”*. Exp. 325-95. Lima, 28 de noviembre de 1997. *“No se ha probado en autos que exista una vinculación concertada entre los acusados, es decir, no se ha probado que existió un concierto de voluntades para la comisión del ilícito penal (tráfico ilícito de drogas). No basta la concurrencia de tres o más personas sino debe existir concierto de voluntades por cuanto, de acuerdo al artículo séptimo del Título preliminar del Código Penal, ha quedado proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*. Exp. 527-98, Lima, 13 de julio de 1999 en Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. 2001, p. 32

103 Exp. 377-97, Lima, 19 de agosto de 1997 en Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. 2001, p. 32

104 Muñoz Conde/García Arán, 1996, pp. 95-96

105 Idem, p. 96

106 Jescheck, 1993, p. 19



Límites a la función punitiva estatal

al autor una transgresión al derecho; ello presupone la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad”⁽¹⁰⁸⁾.

Hay que tener en cuenta, que la esencia de la culpabilidad no se haya en el carácter del autor, ni en la conducta sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera. Los fundamentos de este principio son el **derecho al libre desarrollo de la personalidad** y la **dignidad de la persona**⁽¹⁰⁹⁾.

Junto al principio de lesividad, definen los límites dentro de los que pueden desarrollarse la teoría del delito y la determinación de la pena, debido a que estos van a determinar el objeto que se imputa en la teoría del injusto⁽¹¹⁰⁾.

Su importancia radica en que se evita que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, en otras palabras, se evita la vulneración de la dignidad de la persona⁽¹¹¹⁾. Se protege al agente de todo exceso en la reacción represiva del Estado⁽¹¹²⁾.

a. Principio de dolo o culpa.

Como consecuencia de que el principio de responsabilidad impide imputar a un sujeto un resultado imprevisible es que la imputación se hace a través de estructuras dolosas e imprudentes. Dejamos claro de que no estamos diciendo que el dolo y la imprudencia sean elementos de la culpabilidad pues su ubicación correcta se encuentra en lo injusto.

La proscripción del principio de responsabilidad objetiva implica que la imputación solo puede hacerse por dolo o imprudencia. En este mismo sentido se expresa la jurisprudencia ⁽¹¹³⁾:

“El vigente Código Penal en el numeral sétimo de su Título Preliminar(Principios Generales), ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, de modo que para imponer una sanción penal se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (Dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (Culpa)”⁽¹¹⁴⁾.

Una responsabilidad no se determina exclusivamente por la materialización ni la lesividad, se requiere de la intención del sujeto en la ejecución de un determinado hecho ilícito; o sino la infracción del deber de cuidado exigible en el caso concreto ⁽¹¹⁵⁾.

Este principio rechaza la **responsabilidad objetiva** o **responsabilidad por el resultado**, que tiene entre sus postulados a la antigua máxima, proveniente del derecho canónico: *“versari in re illicita casus imputatur”* que se puede entender como “quien quiso la causa quiso el efecto” ⁽¹¹⁶⁾. Según esta antigua máxima, si una persona realiza un acto prohibido responde por cualquier resultado que devenga de ella; no interesando si lo hizo con intención, imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito. De esta máxima se derivan dos problemas que subsisten en el Derecho Penal: los delitos cualificados por el resultado y los supuestos de estado de inculpabilidad provocados por el propio agente⁽¹¹⁷⁾. Nuestra jurisprudencia también lo rechaza:

“Al haber fallecido el menor como consecuencia de un traumatismo vertebro-medular originado por un cuadro convulsivo de etiología no determinada que originó la caída, constituye este

107 Maurach/Zipf I, 1994, p. 155

108 Bacigalupo, 1998, p. 108

109 Zaffaroni, 2000, pp. 132-133. “Si se cancela el principio de culpabilidad y el principio de lesividad se viola el principio de reserva, pues sin el segundo nadie puede saber cuando su acción estará prohibida; y sin el primero, queda como presupuesto de la punición sólo la infracción moral a la acción coercitiva, esquema en el que se minimiza lesión al derecho ajeno en aras del ideal de ser humano bueno, opuesto al de voluntad defectuosa y desleal al Estado”. (Idem, pp. 134-135)

110 Bacigalupo, 1998, p. 108. Zaffaroni, 2000, p. 132

111 Jescheck, 1993, p. 19. Cfr. Maurach/Zipf I, 1994, p.111

112 “Conforme al artículo VII del Título Preliminar queda proscrito toda forma de responsabilidad objetiva. Si la muerte del agraviado no se debió a acción dolosa o culposa del procesado, sino a la propia negligencia de aquel que conducía una bicicleta por la acera no puede imputarse al acusado tal desenlace fatal”. Exp. 4031-98. Lima, 17 de noviembre de 1998 en Prado Saldarriaga. Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia. Palestra. 1999, p. 93. Véase tab.: Exp. 1640-97 Callao en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 83; Exp. 568-98. Lima, 20 de mayo de 1998 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 625; Exp. 3897-98. Lima, 3 de noviembre de 1998 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 99; Exp. 5525-97. Lima, 20 de mayo de 1998.

113 Exp. 607-98 Lima en Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira H.. Jurisprudencia Penal: Procesos Sumarísimos, Tomo III. Gaceta Jurídica. 1999, p. 93

114 Pérez Pinzón, 1996, p. 88

115 Cfr. Zaffaroni, 2000, p. 133

116 Idem, p. 134

117 Exp. 4034-98. Lima 24 de noviembre de 1998 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 83

hecho un caso fortuito no previsible por el encausado –profesor de educación física- y por lo mismo no le es imputable objetivamente”⁽¹¹⁸⁾. En otro caso: “*Al haberse determinado que el hecho fortuito ha sido la causa determinante del fallecimiento de la agraviada, al ser un desenlace imprevisible para los acusados y para un nivel promedio exigible de conocimiento, que la víctima, con quien habían conjuntamente ingerido licor, al colocarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, habría de vomitar los sólidos y líquidos del estómago absorbiéndolos y aspirándolos, lo que produjo la muerte por asfixia, y por lo mismo tratándose de una forma tan singular de fallecimiento por caso fortuito o hecho accidental, no resulta imputable objetivamente a título de dolo ni de culpa, no constituyendo los hechos sub examine delito de homicidio”*⁽¹¹⁹⁾.

b. Principio de imputación personal.

La sanción penal se aplica a la persona física. La teoría de los derechos humanos es incompatible con un derecho penal de responsabilidad objetiva o que pretenda reprimir por las conductas de otras personas (**responsabilidad colectiva**).

En este principio, se impide el castigo a alguien que no es responsable de un determinado hecho, se busca la **individualización de la pena**. Se limita la responsabilidad a los autores del hecho delictivo y a los que participaron en él ya sea como coautores, instigadores, cómplices ⁽¹²⁰⁾.

Ha quedado en el olvido la responsabilidad colectiva que en épocas antiguas implicaba llegar al castigo de los miembros de una familia o de un pueblo por la falta de uno de ellos⁽¹²¹⁾. En la actualidad se plantea el problema de la determinación de la **responsabilidad de las personas jurídicas**⁽¹²²⁾.

c. Principio de responsabilidad por el hecho.

El **Derecho Penal de autor** es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho. En relación

al derecho de los derechos humanos, solo resulta compatible un **Derecho Penal de acto**. La pena debe de vincularse con una acción concreta descrita típicamente; por ello, tal sanción representa “sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”⁽¹²³⁾⁽¹²⁴⁾.

Lo podemos encontrar enlazado junto al principio de legalidad cuando se habla de la exigencia de la tipicidad de los delitos, ya que en cada precepto penal se reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva⁽¹²⁵⁾.

Algunas de las categorías que aún se atribuyen a la culpabilidad, mantienen criterios propios de la antigua concepción positivista de la peligrosidad de autor. «La actual discusión en el ámbito de las ciencias psicológicas y psiquiátricas indican que los fundamentos sobre los cuales se constituyen los conceptos dogmáticos de autor imputable, semi-imputable y no imputable y las correspondientes técnicas judiciales de verificación sufren actualmente una profunda crisis que no puede ser soslayada por la teoría jurídica del delito» ⁽¹²⁶⁾.

De este principio se originan dos consecuencias⁽¹²⁷⁾:

- Nadie puede ser castigado por sus deseos (“*cogitationes poenam nemo patitur*”). Ya que dentro del marco del derecho carece de importancia los actos meramente internos, que no trascienden al mundo exterior social.
- La personalidad o la forma de ser de un determinado sujeto no ha de servir de fundamento a la responsabilidad criminal o a la agravante de la misma.

Se logra construir una barrera infranqueable a las pretensiones de un Derecho Penal autoritario que encuentra en la pena un instrumento que intervenga en la conciencia moral del individuo; a través de la

118 Exp. 6239-97 Ancash en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 132

119 Berdugo, 1999, p. 63

120 Mir Puig, 1998, p. 97

121 Idem

122 Roxin, 1999, pp.176-177

123 Al respecto *Villa Stein* lo considera como una posición más realista “que la que pretende marginar al autor impostando una ceguera social y jurídica que no existe, dado que el Derecho penal trata con ciudadanos libres, y no con humanoides autómatas”. (1998, p.107)

124 Mir Puig, 1998, p. 97

125 Baratta, 1987, p. 639. Hassemmer, 1984, pp. 281 y ss.

126 García Pablos de Molina, 2000, p. 359

127 Fernández Carrasquilla II, 1989, p. 73



Límites a la función punitiva estatal

discriminación de los ciudadanos según sus elecciones morales o ideológicas, o dirigiendo a los desviados la responsabilidad de todos los males de un determinado sistema social o constitucional⁽¹²⁸⁾.

Además de los principios mencionados, el principio de responsabilidad refuerza el principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena⁽¹²⁹⁾. La pena que no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta y haga imposible cualquier clase de tratamiento resocializador.

Hay que tener en cuenta también que un hecho delictivo sólo es atribuible a aquella persona que alcanza determinadas condiciones psíquicas o posea racionalidad normal que le permitan considerarle como el autor de tal ilícito. “Este principio puede apoyarse por de pronto, en la necesidad de que el hecho punible “pertenezca” a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una “racionalidad normal” que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable”⁽¹³⁰⁾.

3.8 Principio de proporcionalidad.

“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenado por intereses públicos predominantes” (artículo VIII del Título Preliminar, Código Penal) ⁽¹³¹⁾.

También llamada **Prohibición en Exceso**⁽¹³²⁾, consiste en la búsqueda dentro del sistema penal de un equilibrio entre el Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda

intervención estatal gravosa, directamente a partir del principio del Estado de derecho⁽¹³³⁾.

Considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según al grado de culpabilidad y al perjuicio socialmente ocasionado⁽¹³⁴⁾. El Tribunal Constitucional señala que este principio *“impone al legislador (...) que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer”* (Num. 197, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC). Con ello, se complementa con el principio de culpabilidad ya que limita la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad⁽¹³⁵⁾. La jurisprudencia nacional afirma que⁽¹³⁶⁾:

“El Derecho Penal peruano reconoce al Magistrado la potestad de fijar la pena privativa de libertad, en atención al principio de la proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal; por el cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido”⁽¹³⁷⁾. En otro caso: *“La graduación de la pena debe ser el resultado del análisis crítico jurídico de la prueba aportada, en razón de la naturaleza del ilícito y la responsabilidad del agente en su comisión, como de las concisiones personales y carencias sociales que tuviere”*⁽¹³⁸⁾.

Este principio tiene un doble destinatario: el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Con relación al primero, se debe de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito; y con relación al segundo, las penas que impongan los jueces al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta

128 Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 98

129 Mir Puig, 1998, p. 99

130 La exposición de motivos del Código Penal, al referirse a dicha norma, expresa: “proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho”

131 Maurach/Zipf I, 1994, p. 110

132 Idem

133 Pérez Pinzón, 1996, p. 90

134 Mir Puig, 1998, p. 100. Maurach/Zipf I, 1994, p.11

135 “El principio rector del derecho penal peruano conocido como el principio de proporcionalidad, en sentido estricto requiere de un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con la pena aplicada”. Exp. 938-95. Junín, 9 de julio de 1996 en Serie de Jurisprudencias 4. Academia de la Magistratura. 2000, p. 370. “Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además la gravedad de esta debe de ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez implica el reconocimiento del reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico”. Exp. 2521-99. 4 de noviembre de 1999 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal Patrimonial. Grijley. 2000, p. 73. Véase tab.: Exp. 99-396 en Serie de Jurisprudencias 3. Academia de la Magistratura. 2000, p. 114.

136 Exp. 3119-96 Callao en Anales Judiciales, tomo LXXXIV. 1998, p. 321

137 Exp. 3874-95-B. Ancash, 11 de setiembre de 1996 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal, tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 229

138 Peña Cabrera, 1998, p. 84

gravedad de éste⁽¹³⁹⁾. Al respecto, el Tribunal Constitucional establece que: “*el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena*”(Num. 196, *in fine*).

La importancia de este principio consiste en que jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado⁽¹⁴⁰⁾, además que mantiene una adecuada relación con el fin preventivo⁽¹⁴¹⁾. Sirve “para impedir penas superiores a dicha proporción, pero debe permitirse siempre al juez la posibilidad de reducir la pena por debajo de su mínimo genérico e incluso sustituir las penas de prisión por otras más leves, o llegar a prescindir de la pena como tal”⁽¹⁴²⁾.

Políticocriminalmente, este principio puede también tener estas acepciones:

a. Principio de proporcionalidad abstracta.

Sólo pueden ser objeto de sanción penal conductas que constituyen violaciones a derechos humanos. Ejemplos: derecho a la vida (artículo 2, inciso 1), salud, honor, inviolabilidad de domicilio (excepción: delito flagrante o peligro inminente de su perpetración, artículo 2, inciso 9 de la Constitución), libre tránsito, propiedad, libertad de trabajo, etc.

b. Principio de proporcionalidad concreta.

Los costos sociales que origina la pena son elevados, entendiéndolo no en su contenido económico, sino en sus consecuencias sociales para el procesado. En nuestro sistema penal esta afirmación resulta de evidente constatación. Los efectos negativos de la pena incide sobre las personas que las sufren, su familia, ambiente social y también sobre la sociedad. En otros casos, la intervención penal podría agravar conflictos u originar problemas mayores (v. gr. criminalización de consumidores de droga).

«El principio de proporcionalidad concreta imprime a los criterios programáticos que deben guiar juez en la discrecionalidad que le es atribuida, en la aplicación de la pena y en la concesión de atenuantes y de beneficios, una dirección opuesta a aquella que, en la práctica actual, asumen las decisiones judiciales cuando están orientadas por valoraciones como las de prognosis de criminalidad, las cuales, como es sabido, aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos»⁽¹⁴³⁾.

Estos aspectos deben ser observados para distinguir también el principio de proporcionalidad de las penas, en dos sentidos: la necesidad misma que la pena sea proporcionada al delito y la exigencia que la medida de la proporcionalidad de la pena se fije en función a la importancia social de hecho. «Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico»⁽¹⁴⁴⁾.

3.9 Principio de primado de las normas del derecho de los derechos humanos y los principios constitucionales y la subordinación de la ley penal substantiva.

Este principio busca proteger los derechos humanos y las garantías constitucionales de las personas frente al accionar de las agencias de control penal. Se trata de asegurar esas garantías fundamentales en el ejercicio de la actividad policial, judicial y de ejecución penal. Está vinculado al **principio de preferencia** de las normas de derechos humanos y constitucionales sobre normas ordinarias en caso de incompatibilidad (artículo 138, segundo párrafo, Constitución).

Integridad corporal.- Prohibición de torturas, tratos inhumanos o humillantes, de forma que cualquier persona puede pedir al Juez un examen médico inmediato (artículo 2, numeral 24, inciso h, Constitución).

139 Cfr. Zaffaroni, 2000, p. 123

140 Maurach/Zipf I, 1994, p. 110

141 Berdugo, 1999, p. 62

142 Baratta, 1987, p. 633

143 Mir Puig, 1998, p. 101

144 Véase más ampliamente, Baratta, 1987, p. 631



Límites a la función punitiva estatal

Derechos a la libertad y seguridad personales.-

principio de igualdad, no hay prisión por deudas, no hay delito de opinión, principio de inocencia, término y características de la detención policial (24 horas) derecho a la comunicación y la defensa, declaraciones sin violencia, juzgamiento en jurisdicción predeterminada por ley, etc.

Derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, libertad de conciencia, religión, libertad de opinión, reunión y expresión (artículo 2, numerales 3 y 4, Constitución). Los delitos cometidos por el libro, la prensa u otro medio de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Garantías de la administración de justicia

(artículo 139, Constitución). Prohibición de juicios por comisión., autonomía de la administración de justicia, publicidad en juicios penales, motivación escrita de resoluciones y sentencias, principio *in dubio pro reo* (en la duda lo más favorable al inculpado), derecho a la defensa, prohibición de condena en ausencia, cosa juzgada, invalidez de la prueba obtenida por coacción, amenaza, o violencia; derecho al uso de su propio idioma, indemnización por detención arbitraria, derecho de crítica y análisis de resoluciones y sentencias, derecho a la instancia plural, etc.

Además, el principio de inamovilidad e independencia de los jueces (artículo 146, numerales 1 y 2, Constitución).

3.10 Principio de representación popular.

En el proceso de creación de la ley penal, deben respetarse todos los principios inherentes al Estado de derecho: pluralismo democrático, asociación de partidos políticos (artículo 35, Constitución), etc.. En cuanto a los derechos políticos esenciales (ciudadanía a los 18 años de edad), el ejercicio de la ciudadanía se suspende por interdicción, por sentencia que impone pena privativa de la libertad o sentencia que inhabilita derechos políticos (artículo 33, Constitución).

Esto implica que la ley penal debe ser creada por el Poder Legislativo con representación popular. Las leyes penales dictadas al margen de este principio sólo podrían ser reconocidas si benefician a los infractores y siempre que no impliquen un beneficio calculado para quienes usurpen el poder o sus aliados.

3.11 Principio de respuesta no contingente

En el sentido que la ley penal es una respuesta a conflictos sociales, el procedimiento para determinar los límites de la respuesta estatal deben exigir un cuidadoso debate parlamentario, análisis a través de instituciones representativas (v. gr. partidos políticos) y discusión pública (no entendida como «opinión pública» a través de sondeos tipo encuesta, que más que pública son solo suma de opiniones privadas), de forma tal que se ejercite una contención a la llamada **administración del Derecho Penal** ⁽¹⁴⁵⁾ entendida como la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales. La ley penal, no puede ser una respuesta inmediata de naturaleza administrativa, sin embargo, esta practica es usual en el tipo de respuesta que el Estado peruano realiza.

Este principio está dirigido a las agencias judiciales a fin que en los casos de leyes represivas dictadas por la presión de los diferentes sectores sociales (sin consulta como respuesta demagógica, etc.), estén prestos a agotar la crítica del texto legal a la luz de los demás principios minimistas a fin que, de ser necesario, se dicte la inconstitucionalidad del dispositivo legal.

3.12 Principios de idoneidad.

Detectada la grave violación a los derechos humanos y precisada la proporcionalidad de la respuesta estatal al problema, es necesario que se estudie la probabilidad de efectos útiles que se esperan de la introducción de la pena. Para este fin, debemos recurrir a la experiencia de disposiciones análogas en otros o en el mismo ordenamiento jurídico o a través de los estudios sociológicos u otros.

3.13 Principio de implementabilidad administrativa de la ley.

El **sistema penal** es una organización que funciona selectivamente, pero no sólo porque reproduce las desigualdades de la sociedad que origina que los seleccionados sean mayoritariamente pertenecientes a los sectores sociales más marginados, sino también porque la selección que realiza sólo alcanza a una parte muy reducida de infractores de la ley.

La tarea del sistema de control penal se enfrenta a la contradicción de contar con muchas figuras

145 Hulsman, Louk: Critical criminology and the concept of crime, 1985, p. 10

delictivas aplicables y muy pocos recursos económicos, administrativos, policiales, judiciales para realizarlas.

Estamos de acuerdo que «la no criminalización de los eventos criminalizables es la regla, la criminalización es la excepción»⁽¹⁴⁶⁾. Esto se verifica en las conductas prohibidas de aborto: si bien no es posible calcular con exactitud la cifra negra, se estima que ella es alta (la criminalización de dichas conductas generalmente solo alcanza a mujeres de estratos sociales bajos). Sin embargo, las estadísticas oficiales indican también una mínima frecuencia de conductas criminalizadas por el sistema penal.

Ante estimaciones de **cifra negra de criminalidad**, la función punitiva estatal se ejecuta a través del sacrificio simbólico del condenado a quien realmente podríamos considerar como **chivo expiatorio**⁽¹⁴⁷⁾, mientras que una gran cantidad de infractores permanecen impunes.

Dada la característica de nuestro país, adecuar los recursos a las previsiones legislativas originaría un alto costo económico (que no estamos en condiciones de realizar) y un altísimo costo social a partir de la masiva criminalización de sujetos que realizan conductas prohibidas, cuyos efectos útiles serían muy discutibles. Este camino debe ser excluido y solo queda adecuar los programas legislativos a los recursos existentes o que se otorguen al sistema penal a través de una eficiente implementación administrativa.

3.14 Principio de respeto y protección a las autonomías culturales (tradiciones de las comunidades campesinas y nativas).

Existen instrumentos internacionales dedicados a los derechos de los indígenas como el Convenio N° 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales adoptado en 1957. Posteriormente se aprobó el Convenio N° 169. La Constitución peruana reconoce que el Perú es un país pluricultural y ordena que el Estado respete la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89, *in fine*).

El respeto y protección a las autonomías culturales se constituye como un límite funcional al sistema penal para que respete los derechos humanos de los individuos integrantes de los diferentes grupos étnicos en relación a sus tradiciones, costumbres, etc.⁽¹⁴⁸⁾.

En los países que cuentan con sectores sociales de culturas diferenciadas, este principio puede cumplir una doble función: sujetos que son seleccionados y criminalizados por el sistema penal a quienes debe juzgárseles en consideraciones a sus tradiciones y, sujetos que son juzgados por sus propias comunidades.

En América Latina, existen grupos de personas, que por pertenecer a determinados pueblos indígenas, con culturas distintas, tienen sistemas de sanciones y de solución de conflictos propios de su cultura⁽¹⁴⁹⁾.

3.15 Principio de protección de la víctima.

La *Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder*⁽¹⁵⁰⁾ reconoce que las víctimas serán tratadas con respecto a su dignidad y tendrán derecho a la pronta reparación del daño que hayan sufrido, de manera que se reforzarán los mecanismos judiciales y administrativos que les permitan obtener reparaciones incluso del Estado cuando el agresor es un funcionario público. También se tiende a garantizar su seguridad, el derecho de información, la asistencia gubernamental o voluntaria, la capacitación a funcionarios del sistema penal para que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas. En este sentido, se propone que los Estados incorporen en sus legislaciones normas que prohíban el abuso de poder.

Es evidente que la situación de la víctima no puede ser más desfavorable en el sistema penal, pues es una especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y, después, frente al Estado. El sistema penal expropia los conflictos a la víctima quien está excluida de cualquier participación en su propio conflicto⁽¹⁵¹⁾. Basta observar el masivo tratamiento de las víctimas

146 Baratta, 1987, p. 635

147 Véase: Cervini, Raúl: «Acercas del principio de respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica» en Revista de Derecho Penal. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, octubre de 1988, p. 89

148 Zaffaroni comentando el Principio de prohibición de doble punición, nos expresa que cuando son sancionados por los sistemas punitivos de su propia cultura, el Estado no debe ni puede “imponerle una nueva pena o, al menos, debe imputar la pena comunitaria como parte de la pena que pretende imponerle, la pena de incurrir en doble punición” (2000. p.127).

149 Aprobado por la Asamblea de la ONU el 29 de noviembre de 1985 (resolución 40/34) por recomendación del séptimo congreso.

150 Christie, 1984, pp. 126- 127.

151 Christie, 1984, pp. 125 y ss., en sentido de justicia participativa.



Límites a la función punitiva estatal

de accidentes de tránsito para detectar las graves distorsiones del sistema. Cada vez resulta más injustificado que el sistema penal pretenda proteger intereses generales sin percatarse que éstos no suelen ser los de las víctimas de los delitos.

El Derecho Penal de los derechos humanos supone la protección privilegiada de la víctima. Una estrategia de **privatización de conflictos** ⁽¹⁵²⁾ como modelo político criminal para la descriminalización de ciertos delitos nos parece que merece atención, también otorgársele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, etc.

4.- Límites formales o garantías procesales.

Como habíamos señalado con anterioridad, estos límites intervienen en la aplicación o ejecución de la norma penal, por eso, debido al carácter procesal de dichos límites, sólo nos remitiremos al debido proceso y los principios que son acogidos por el Título Preliminar de nuestro Código Penal vigente (garantías jurisdiccionales, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad y el principio de ejecución legal de la pena).

4.1 El debido proceso.

El Derecho Procesal Penal no debe ser extraño a la tendencia de limitar a la violencia del sistema penal a través de la exigencia de un irrestricto respeto a las garantías del debido proceso que guían su moderna sistemática. “El derecho procesal impone obligaciones muy precisas en lo que concierne a la manera de administrar justicia, señalando un conjunto de garantías judiciales que benefician a todo aquel que interviene en un proceso y, muy especialmente, a la persona acusada de un delito. Son precisamente estas limitaciones las que, con mayor frecuencia, conduce al individuo a presentar denuncias ante órganos internacionales en contra del Estado”⁽¹⁵³⁾

a. Derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales.

Este derecho está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10), Declaración Americana (artículo 25), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) y en normas de la legislación interna.

No es pacífica la denominación de este derecho como un “juicio justo”, “proceso equitativo”, “proceso regular” o identificado también como “garantías judiciales”. En todo caso, parecen más adecuadas las dos primeras para referirse al conjunto de normas plasmadas en el derecho positivo y cuyo propósito es garantizar la justicia, equidad y rectitud de los procedimientos judiciales⁽¹⁵⁴⁾.

Por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, conformado por un numeroso grupo de “pequeños” derechos – los cuales constituyen sus componentes o elementos integrantes- y rodeado de garantías que se refieren ya sea a la estructura y características del tribunal, al procedimiento que debe seguir y a sus principios orientadores, o- en el caso específico de acusaciones criminales- a las garantías con que debe contar la defensa en materia penal⁽¹⁵⁵⁾. “Por consiguiente, debe concluirse que, además de las garantías que se encuentran expresamente señaladas en los textos, puede haber otras que –aun cuando no se mencionen en forma expresa- son inherentes al derecho de un juicio justo; éstas se pueden deducir del objeto del propósito del derecho que comentamos, en cuanto su finalidad es asegurar a toda persona el derecho a ser oída con las debidas garantías”⁽¹⁵⁶⁾.

Además de la necesidad de una previa definición de los conceptos de tribunal “competente”, “independiente”⁽¹⁵⁷⁾, “imparcial” y “establecidos por la ley”, existen una serie de principios generales que están vinculados: igualdad ante la ley, derecho a la defensa, igualdad de medios, presunción de inocencia (carga y calidad de la prueba, actitud del tribunal).

152 Faúndez, 1992, p. 381

153 Idem, pp. 211-212

154 Idem, p. 213

155 Idem, pp. 213-214

156 Vid. Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (A/RES/40/32). Estos principios incluyen las obligaciones de las instituciones estatales y de otra naturaleza de respetar la independencia de la judicatura, la prohibición de intromisiones indebidas en el proceso judicial, el respeto a la inamovilidad en sus cargos de los jueces, su seguridad, la exigencia de factores objetivos para los ascensos, la separación de funciones sólo para los casos de incapacidad o conducta inhabilitante.

157 Clasificación usada por Faúndez 1992, pp. 223-349. Vid. también la clasificación de garantías judiciales en O'Donnell 1989, pp. 151 ss.

Las garantías relativas al proceso mismo incluyen la publicidad del proceso y las excepciones, la rapidez del proceso, las garantías de la defensa en materia penal (derecho a ser informado de la acusación, derecho al tiempo y facilidades de la defensa, derecho a contra con un interprete, derecho a estar presente en el proceso, derecho a defenderse a sí mismo o a contar con asistencia jurídica, garantías relativas a la prueba o evidencia), los derechos y garantías subsecuentes al proceso (derecho a apelar, principio *non bis in ídem*), procedimientos en casos de menores, indemnización en caso de error⁽¹⁵⁸⁾.

La importancia de estos principios y garantías en el derecho procesal es fundamental y algunos de ellos los trataremos en los acápite siguientes.

b. Principio de presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia supone que nadie puede ser considerado responsable por la comisión de un delito mientras no se establezca plenamente su culpabilidad. Está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) y en las normas internas de la legislación secundaria.

Esta presunción de inocencia significa que nadie puede ser condenado por un delito mientras no se establezca plenamente su culpabilidad⁽¹⁵⁹⁾.

De la vigencia del principio de la presunción de inocencia se derivan cuatro consecuencias⁽¹⁶⁰⁾: la carga de la prueba (que corresponde a quien acusa y no al que se defiende), la calidad de la prueba (no debe dejar lugar a duda razonable), la actitud del tribunal (el que no debe asumir la culpabilidad de antemano y no debe desarrollar una actitud hostil al acusado), la exclusión de consecuencias negativas antes de que se dicte sentencias definitiva (la prisión preventiva no debe ser la regla general, la autoridad no puede prejuzgar el resultado de un proceso ni hacerlo público, la autoridad no puede inferir la culpabilidad en un proceso suspendido).

En la práctica, “las consecuencias directas que emanan de la presunción de inocencia son que la carga de la prueba recae en el acusador –público o privado-, y que nadie puede ser condenado si no media una prueba completa. La Comisión Interamericana ha extendido el concepto al momento de la detención preventiva y el sometimiento a proceso, sosteniendo que aún en ese instante procesal se requiere de prueba completa”⁽¹⁶¹⁾.

El campo de infracciones más frecuentes a este principio se encuentra las relativas a las detenciones provisionales y enjuiciamientos basándose en “semi pruebas” de culpabilidad, “presunciones de culpabilidad”, las detenciones practicadas a los “sospechosos” de portar droga, etc.

“Este principio impone obligaciones no sólo a los órganos judiciales, sino también al legislativo, impidiendo – en principio- la formulación de presunciones legales. Desde luego, la presunción de inocencia es absolutamente incompatible con las presunciones de derecho, que no admiten prueba en contrario; en cambio, al juicio de quien escribe estas líneas, podrían reconciliarse con presunciones meramente legales –que admiten prueba en contrario -, que están fundadas en hecho que razonablemente conducen a la presunción del legislador, y que preservan los derechos del acusado, no imponiéndole una carga excesiva e irracional para que éste demuestre que en realidad- de los hechos no se han derivado las conclusiones que la ley presume”⁽¹⁶²⁾.

c. Derecho a la defensa y a la asistencia letrada.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada tienen reconocimiento expreso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8)⁽¹⁶³⁾.

En este aspecto, las garantías judiciales que podrían ser violadas suponen una serie de derechos entrelazados, como por ejemplo el derecho de acceso a la documentación y pruebas en poder del fiscal (v. gr.

158 O' Donnell, 1989, p. 169.

159 Faúndez, 1992, p. 252.

160 Bernaldes – Garretón 1994, p. 109 (versión mecanográfica)

161 Faúndez, 1992, pp. 251-252

162 Pueden encontrarse entrelazadas algunas de las garantías que aquí se tratan . así, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa (arts. 14, 3 b del Pacto y 8,2 de la Convención Americana), el derecho a un abogado defensor libremente escogido (arts. 14, 3 d del Pacto y 8,2 d de la Convención citada), el derecho a un defensor de oficio en determinadas circunstancias (arts. 14,3 d del Pacto y 8,2 e de la Convención)

163 Vid: Los Sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado. Comisión Andina de Juristas. Lima 1998.



Límites a la función punitiva estatal

no se conoce dónde están situadas las pruebas recogidas por los órganos auxiliares), el derecho al tiempo necesario para la preparación de la defensa, el derecho a la asistencia de un abogado (libremente elegido o el derecho a un defensor de oficio) la independencia del abogado como aspecto fundamental del derecho de la defensa (supone la garantía de confidencialidad de las comunicaciones entre acusado y defensor), y la incompatibilidad con el derecho de preparar y presentar una defensa adecuada en procesos colectivos que agrupan a un gran número de procesados⁽¹⁶⁴⁾.

d. **Derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación.**

Este derecho está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numeral 3, inciso a; artículo 9, numeral 2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2, inciso b; artículo 7, numeral 4).

“Al observar – en las disposiciones antes citadas – una posible reiteración del derechos del acusado a ser informado de la acusación, en cuanto éste se encuentra consagrado tanto entre las garantías de un derecho a un juicio justo como entre las garantías de la libertad personal, debe apreciarse en primer lugar, que en el derecho a la libertad personal se incluyen dos garantías diferentes: a) el derecho ser informado de las razones de la detención y b) el derecho a ser notificado de cualquier acusación formulada contra ella. Respecto de la primera, aunque la información que se da al detenido puede cumplir funciones similares a las que ellas sirve respecto de una persona acusada, se trata obviamente de dos derechos distintos, que difieren tanto en el contenido como en la oportunidad de la información. En efecto la acusación que debe proporcionarse al acusado es más detallada y completa que aquella a que tiene derecho quien solamente ha sido detenido (y no necesariamente en conexión con un delito); en segundo lugar, mientras el detenido tiene derecho a que se le informe de las razones de su detención en el momento en que ésta se produce, el acusado –que puede no estar detenido- tiene derecho a ser informado, sin demora, una vez adquiere la condición de acusado. En consecuencia, la violación de una de estas garantías no implica, necesariamente, la violación de la otra”⁽¹⁶⁵⁾.

Destacan tres aspectos de esta garantía: la forma en que se debe comunicarse la información (en el idioma en el comprende el detenido), el contenido de la información (precisando los hechos que motivan la imputación como las condiciones jurídicas del tipo penal aplicable a la conducta prohibida) y la oportunidad de la información (primera oportunidad posible que no admite dilaciones indebidas).

Este derecho a conocer los motivos de la detención y conocer sus derechos, no se limita a detenciones por imputaciones de naturaleza penal, sino que incluye a personas privadas de libertad como toxicómanos, menores y otras.

e. **Derecho al Hábeas Corpus.**

El derecho al Hábeas Corpus tiene reconocimiento internacional en la Declaración de los Derechos Humanos (artículo 8), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23 y 25)

Es el derecho de toda persona privada de libertad o amenazada de ser privada de libertad a recurrir a la justicia para impugnar la legalidad de la detención y exigir su libertad.

El *Hábeas Corpus* es considerado un mecanismo rápido, oportuno y preferente a cualquier otro del derecho común para la protección a la libertad e integridad de la persona. En este sentido, se constituye en un instrumento fundamental para la limitación de la violencia que surge del sistema penal. por ende, su ubicación en el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal ocupa un primerísimo lugar.

La tramitación del hábeas corpus está sujeta a principios básicos: informalidad (en cuanto a su presentación), urgencia de la tramitación, acción popular (la acción puede ser interpuesta por cualquier persona a nombre del detenido), actividad judicial (medidas necesarias para el cumplimiento del recurso: apercibimiento, disponiendo que se instruya proceso judicial, etc.) y protección de la legalidad. Lamentablemente, la realidad nos muestra que en muchos casos, no siempre se cumplen con estos principios.

164 Faúndez 1992, p. 285

165 Cfr. O' Donnell, 1989, pp. 137 ss.

Particular importancia tiene la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-8/87, párrafos 35, 37-40 y 42) de declarar que la vigencia de la garantía de hábeas corpus no puede ser interrumpida por motivo de un estado de excepción. “La Convención Americana prohíbe la suspensión de determinados derechos, así como “las garantías judiciales indispensables para la protección” de dichos derechos. Habida cuenta que la libertad personal, a diferencia de la integridad personal, no figuran entre la lista de derechos cuya vigencia y respeto integral es obligatorio aun durante un estado de excepción, la doctrina de que el hábeas corpus debe estar disponible para la protección de ambos derechos durante estados de excepción constituye un avance valioso en la protección de los derechos humanos”⁽¹⁶⁶⁾

4.2 Garantía jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad.

Basado en el aforismo “*nulla poena sine iudicio*”, estas garantías legales suponen que la ley penal sólo puede aplicarse a través de los organismos establecidos por la ley ⁽¹⁶⁷⁾ para cumplir la función de administrar justicia y, además, como consecuencia de la existencia de un juicio legal. Como vemos, es la aplicación del principio de legalidad en la actividad judicial. De esta manera se comprende la existencia de las garantías del debido proceso y la del juez natural (garantía jurisdiccional).

El artículo V del Título Preliminar del C. P. lo expresa de la siguiente manera: “*Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*”.

El art. 139, numeral 3 de la Constitución, que consagra el principio del debido proceso y junto al artículo V del Título Preliminar van a fijar los parámetros necesarios en la estructura de un Derecho Procesal Penal garantista de un Estado social y democrático de derecho⁽¹⁶⁸⁾.

Las penas y medidas de seguridad sólo pueden ser aplicadas por órgano jurisdiccional y competente y de acuerdo a las normas de un debido proceso legal. Al respecto, la jurisprudencia señala lo siguiente (169):

“*El derecho penal peruano, reconoce al Magistrado la potestad de fijar la pena privativa de libertad, entre un mínimo y un máximo y en algunos casos le permite fijarla por debajo de este mínimo, teniendo en cuenta las circunstancias que enumera el artículo 46 del código penal, pues de otro modo se habría vuelto al sistema de la pena legal o tasada que no admite arbitrio judicial alguno y que pertenece a un derecho punitivo ya desterrado*”⁽¹⁷⁰⁾.

Esta concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia⁽¹⁷¹⁾

En el Perú, al lado de la justicia oficial se presentan algunos mecanismos alternativos de regulación social en comunidades andinas y amazónicas y pueblos jóvenes en sectores urbanos⁽¹⁷²⁾ El artículo 49 de la Constitución autoriza a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, a ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario.

4.3 Garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena.

Lo ubicamos en el artículo VI del Título Preliminar de nuestro Código Penal, que se expresa de la siguiente manera: “*No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente*”.

De acuerdo a este principio o garantía de ejecución penal no existe pena sin un régimen legal que lo precise, sin tratamiento ni resocialización. La

166 Bustos/Hormazabal consideran que, este principio viene a ser una de las manifestaciones del Principio de Legalidad en el ámbito de la aplicación de la norma penal.(1997, pp. 86 y ss.)

167 Vid Peña Cabrera, 1997, p. 72

168 Véase: Exp. 2102-99. Lima, 1 de julio de 1999 en Rojas Vargas/Infante Vargas. Código Penal. Idemsa. 2001, p. 48; Exp. 3462-97. Lambayeque, 15 de setiembre de 1997 en Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal Patrimonial. Grijley. 2000, p. 48

169 Exp. 3319-95. Lambayeque, 17 de noviembre de 1995

170 Brandt, 1986, p. 42

171 Villavicencio, 1990, pp. 65 y ss.

172 Bustos/Hormazabal señalan que este principio también viene a constituir uno de las expresiones del principio de legalidad en la aplicación de la norma penal.(1997, pp. 86 y ss.)



pena no se debe ejecutar arbitrariamente, más bien debe ser ejecutada dentro de los marcos establecidos por la ley⁽¹⁷³⁾

En el Perú, “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (artículo, 139, numeral 22, Constitución). De esta manera, la ejecución de la pena debe ser realizada dentro de las máximas garantías para el interno, evitándose su prisionización. Sin embargo, dado el estado actual de las cárceles peruanas, este principio no se cumple.

Es también evidente que esta garantía supone también el tratamiento humanitario de los internos procesados y condenados, respetándose su calidad de persona y de los derechos humanos que les son inherentes. En este sentido, el artículo 139 numeral 21 de la Constitución precisa el “derecho de los reclusos y sentenciados en ocupar establecimientos adecuados.

Bibliografía:

Jorge Armaza Galdos/Fernando Zavala Toya: La Decisión Judicial, Gaceta Jurídica, Lima 1999. Denyse Baca Cabrera/Fidel Rojas Vargas/Marlene Neira Huamán: Jurisprudencia Penal: Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima 1998, Procesos Sumarios Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima 1999. Enrique Bacigalupo: Principios de Derecho Penal Parte General, 5a. ed., Akal, Madrid 1998; Principios de Derecho Penal Parte General, 2a. ed., Akal, Madrid 1990. Alessandro Baratta: Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal) en *Doctrina Penal*, N° 40, Buenos Aires 1987. Nilo Batista: Temas do direito penal, Liber Juris, Rio de Janeiro 1984. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre/Luis Arroyo Zapatero/Juan Carlos Ferré Olivé/José Ramón Serrano Piedecasas/Nicolás García Rivas: Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Praxis, Barcelona 1999. Bernaldes/Carretón (versión mecanográfica), 1994. Hans-Jürgen Brandt: Justicia Popular: Nativos. Campesinos, Centro de Investigación Judiciales de la Corte Suprema de la República, Fundación Friedrich Naumann, Lima 1986. Juan Bustos Ramírez: Manual de derecho penal español. Parte General, Ariel, Barcelona 1984; Bases críticas de un nuevo derecho penal, Temis, Bogotá 1982. Juan Bustos Ramírez/Hernán Hormazábal Malarée: Lecciones de derecho penal Vol. I, Editorial Trotta, Madrid 1997. Dino Carlos Caro Coria: Derecho penal del ambiente –Delitos y Técnicas de

Tipificación-, Gráfica Horizonte, Lima 1999. Raúl Cervini: Acerca del principio de respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica en *Revista de Derecho Penal*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1988. Nils Christie: Los Límites del dolor, Fondo de Cultura Económica, México 1984. Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 1996, tomo LXXXIV, Lima 1998. Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima 2001. Héctor Ledesma Faúndez: Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos (El derecho a un juicio justo), Universidad Central de Venezuela, Caracas 1992. Juan Fernández Carrasquilla: Derecho Penal Fundamental. Introducción. Teoría general del delito, Tomo II, Temis, Bogotá 1989. P.J. Anselm R. von Feuerbach: Tratado de derecho penal común vigente en Alemania, Trad. al castellano de la 14a. ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989. Heleno Cláudio Fragoso: Lições de direito penal, A nova Parte geral, 9a. ed., Forense, Rio de Janeiro 1985. Antonio García – Pablos de Molina: Derecho Penal Introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 2000. Enrique Gimbernat Ordeig: Estudios de Derecho penal, 2ª. ed. ampliada, Civitas, Madrid 1981. Gonzalo Gómez Mendoza: Jurisprudencia Penal, Tomo IV, Rodhas, 1999. Winfried Hassemer: Fundamentos del Derecho Penal, Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona 1984. Louk Hulsman: Critical criminology and the concept of crime, 1985; La criminología crítica y el concepto de delito en *Abolicionismo Penal*, Trad. por mariano A. Ciafardino y Mirta Lilián Bondanza, Ediar, Buenos Aires 1989. José Hurtado Pozo: Manual de derecho penal, Parte general, 2a. ed., EDDILI. Lima 1987; Manual de derecho penal parte general, Tipo Offset Sesator, Lima 1978. Günther Jakobs: Derecho penal, Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación, Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1995. Hans – Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal Parte General, Comares, Granada 1993. Hans – Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. I, Trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1981. Armin Kaufmann: Teoría de las Normas (Fundamentos de la dogmática penal moderna), Trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Depalma, 1977. Miguel La Rosa Gómez de La Torre: Jurisprudencia

173 Bustos/Hormazábal señalan que este principio también viene a constituir uno de las expresiones del principio de legalidad en la aplicación de la norma penal. (1997, pp. 86 y ss.)

del Proceso Penal Sumario, Grijley, Lima 1999. Franz von Liszt; Tratado de derecho penal, Trad. a la 20a. edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Tomo II, segunda edición (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Volúmen XXVI), Editorial Reus (S.A.), Madrid, s/f; *Traité de Droit penal allemand*. Traduit sur la 17 édition allemande (1908) par M. René Lobstein, avec une préface de M. E. Garçon, Tome premier, Introduction, Partie générale Paris, v. Giard & E. Briere Libraires-éditeurs, 1911. Mario Mantilla Nogués/ Julián Hernando Rodríguez Pinzón: Compendio de Derecho Penal. Parte General, Leyer, Bogotá 1999. Ferrando Mantovani: *Diritto penale*. Parte generale, Padova, Italia 1979. Reinhart Maurach/Heinz Zipf: *Derecho penal Parte general I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Trad. a la 7a. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires 1994. Julio Fabrini Mirabete: *Manual de direito penal*. Parte geral, Vol. I, Atlas, São Paulo 1988. Santiago Mir Puig: *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, 5a. ed., Barcelona 1998; *Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena en Poder penal del Estado*, Libro Homenaje a Hilde Kaufmann, Depalma, Buenos Aires 1985; *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho en política criminal y reforma al derecho penal*, 2a. ed., Bosch, Barcelona 1982; *Introducción a las bases de derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona 1976. Francisco Muñoz Conde: *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona 1975. Francisco Muñoz Conde/Mercedes García Arán: *Derecho Penal Parte General*, 2a. ed., Tirant lo blanch, Valencia 1996. Daniel O'Donnell: *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989. Raúl Peña Cabrera: *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3a. ed., Grijley, Lima 1997; *Bien jurídico y relaciones sociales de producción en Debate Penal*, N° 2, Lima 1987. Alvaro Orlando Pérez Pinzón: *Introducción al Derecho Penal*, 3a. ed. (reimpresión), Forum Pacis, Ibagué 1996. Víctor Prado Saldarriaga: *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*, Palestra Editores, Lima 1999; *Todo sobre el código penal (Tomo I: Notas y comentarios)*, Idemsa, Lima 1996. Gonzalo Quintero Olivares: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2a. ed., Aranzadi, Navarra 2000. Fidel Rojas Vargas: *Jurisprudencia Penal Patrimonial*, Biblioteca de Jurisprudencias 1, Grijley, Lima 2000; *Jurisprudencia Penal I*, Gaceta Jurídica, Lima 1999. Fidel Rojas Vargas/ Alberto Infante Vargas: *Código Penal*, Idemsa, Lima 2001. Carmen Rojjasi Pella: *Ejecutorias Supremas Penales(1993-1996)*, Legrima, Lima 1997. Claus Roxin: *Derecho Penal. Parte General t. I*, Trad. a la 2a. ed. alemana por Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Reimpresión a la 1a. ed., Civitas, Madrid 1999. Serie de Jurisprudencia 3. Academia de la Magistratura. Lima 2000. Serie de Jurisprudencia 4. Academia de la Magistratura. Lima 2000. Günther Stratenwerth: *Derecho Penal. Parte General (El hecho punible)*, Trad. de la 2da. ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid 1982. Juan Terradillos Basoco: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid 1981. José Urquiza Olaechea: *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima 2000. Fernando Velásquez Velásquez: *Derecho Penal Parte General*, 2a ed., Temis, Bogotá 1995. Javier Villa Stein: *Derecho Penal Parte General*, Editorial San Marcos, Lima 1998. Felipe Villavicencio Terreros: *Introducción a la Criminología*, Primera reimpresión, Lima 2000; *Código Penal Comentado*. 3a. ed. (reimpresión), Grijley, Lima 2002; *Lecciones de derecho penal. Parte General*, Cultural Cuzco, Lima 1990. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Sistemas penales y derecho humanos en América Latina (Primer Informe)*, Depalma, Buenos Aires 1984; *Tratado de derecho penal. Parte general T. III*, Ediar, Buenos Aires 1981; *Tratado de derecho penal. Parte general T. I*, Ediar, Buenos Aires 1980. Eugenio Raúl Zaffaroni/ Alejandro Aliaga/Alejandro Slokar: *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires 2000.