



# **Exclusión social, política criminal y culpabilidad penal en el Perú: una reinterpretación del artículo 15 del Código Penal<sup>(\*)</sup>(\*\*)**

*Social exclusion, criminal policy and criminal responsibility in Peru: a reinterpretation of article 15 of the criminal code*

**Rafael Chanjan Documet<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** Es necesario primero diseñar e implementar una política criminal adecuada a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, para que, en ese marco, el sistema penal pueda otorgar un tratamiento especial a las personas en situación de exclusión social. El presente trabajo aborda críticamente el actual modelo de política criminal peruano, el cual tiene un corte punitivista o de “mano blanda” según el tipo de delito, y que tiende a perpetuar y agravar la situación de exclusión social de ciertos colectivos, por lo que no ha logrado disminuir significativamente las tasas de criminalidad. Por ende, se plantea una reflexión de la categoría dogmática de la culpabilidad, en específico la exigibilidad, a fin de que se pueda exculpar o disminuir la responsabilidad penal de estas personas ante cierto tipo de delitos, reinterpretando el artículo 15 del Código Penal peruano.

**Palabras Clave:** Exclusión social - Política criminal peruana - Culpabilidad penal – Derecho Penal - Perú

**Abstract:** The permanent situation of social exclusion experienced by some people in Peru requires that the criminal system give them special treatment for certain criminal acts in order to implement a criminal policy in accordance with a Social and Democratic State of Law. This paper critically analyzes the current Peruvian criminal policy model, which has a punitive or “soft hand” treatment depending the type of crime, and which tends to perpetuate and aggravate the situation of social exclusion of some groups, not significantly reducing crime rates. Therefore, a reflection is proposed on the dogmatic category of culpability, specifically exigibility, in order to exonerate or reduce the criminal responsibility of these people for certain types of crimes, reinterpreting article 15 of the Peruvian Criminal Code.

**Keywords:** Social exclusion - Peruvian criminal policy - Criminal - Culpability - Perú

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 26 de diciembre de 2024 y su publicación fue aprobada el 17 de julio de 2025.

(\*\*) La presente investigación contó con la valiosa colaboración de los asistentes de docencia de la Facultad de Derecho de la PUCP, Sebastián Leyva Ávila y Raúl Vergaray Merino.

(\*\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada. Con estudios en el Doctorado de Derecho de la Universidad de Murcia. Ex Becario de maestría y doctorado de la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado. Docente ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor de diversas instituciones públicas y privadas nacionales e internacionales. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1521-0321>. Correo electrónico: rchanjan@pucp.pe.



## 1. Introducción

La criminalidad es un fenómeno transversal a toda sociedad, al punto que, en muchos casos, es catalogada como el principal problema a resolver en sus países. En el Perú, según estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (“INEI”), en el primer semestre del 2024, la percepción de la inseguridad ciudadana ascendió a un 86.1% (2024a, p. 69), configurándose como un grave problema para los ciudadanos. Ante ello, el Estado debería responder con una serie de políticas guiadas a una actuación eficaz y de respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No obstante, dicha cuestión no se ha evidenciado en el Perú, en donde la política criminal se ha caracterizado por el punitivismo y populismo penal con sesgo discriminatorios. El Estado no ha tomado adecuadamente en consideración las causas estructurales que originan y expanden la criminalidad, siendo una de estas la situación de exclusión social de ciertos grupos (Serrano, 2014, p. 615).

Al respecto, el presente artículo, reconociendo la situación señalada, plantea sostener que la situación de exclusión social que atraviesan ciertas personas puede identificarse como una causal de exculpación o atenuación de culpabilidad para cierto tipo de criminalidad, a partir de una reinterpretación del artículo 15 del Código Penal peruano con la finalidad de no desnaturalizar el Derecho Penal y sancionar conforme a la real situación de cada persona.

## 2. Derecho Penal y exclusión social

Como es sabido, el objetivo primordial del Estado cuando se trata de enfrentar la criminalidad es mantener en los mínimos razonables las tasas de incidencia delictiva, de tal manera que se salvaguarde el fin constitucional de preservación y garantía de los derechos fundamentales de las personas y la defensa de los intereses sociales esenciales para la convivencia pacífica. Es decir, una política pública eficiente del Estado frente al delito debe tener en cuenta el abanico de mecanismos de control social formales disponibles para mitigar los riesgos de vulneración de bienes jurídicos como: (i) la vida, (ii) patrimonio, (iii) libertad, (iv) estabilidad de los ecosistemas, (v) correcto funcionamiento de la administración pública, etc. (Paredes, 2013, pp. 323-338).

No obstante, a fin de que el Estado pueda alcanzar en mayor medida estas finalidades de control y protección antes mencionados, debe reconocerse el contexto social, político y económico en el que pretende generar sus efectos, de tal manera que se tome conciencia de la necesidad de su posicionamiento no neutral frente a la criminalidad. Tanto el crimen como el aparato estatal que lo persigue y sanciona aparecen en nuestra realidad social de manera diferenciada, por

lo que afecta de manera más o menos intensa, o a veces simplemente no afectando, a ciertos grupos sociales, perfiles personales y niveles socioeconómicos (Gargarella, 2022, p. 163).

### 2.1. El paradigma de la exclusión social en el Perú

En el Perú, así como en la región latinoamericana, no constituye una afirmación novedosa las profundas desigualdades social en términos sociales y económico. Asimismo, se evidencia una persistente exclusión social de determinados grupos y comunidades, lo cuales no logran gozar de manera plena de los servicios públicos y de la garantía de sus derechos e intereses básicos.

El concepto de exclusión social no ha sido pacífico ni unánime en la doctrina e instrumentos internacionales de la materia (Banco Internacional de Desarrollo, 2007, pp. 1-16); no obstante, queda medianamente claro que su alcance epistémico es más amplio que el de la mera pobreza económica. Como señala Benito, la “pobreza” sólo hace referencia a situaciones de carencia económica y material. Es decir, la posibilidad del individuo de satisfacer sus necesidades en función de su nivel de ingresos disponibles; mientras que el concepto de “exclusión social” tiene implicaciones en el ámbito económico, político, social y cultural. La exclusión es un proceso de carácter multidimensional y multifactorial (Benito, 2022, p. 149) que puede involucrar acceso y disfrute efectivo de derechos fundamentales tales como (i) la educación, (ii) seguridad, (iii) salud, (iv) trabajo, etc.

En términos generales, se puede identificar a la exclusión social como aquella situación en la cual ciertas personas o grupos no pueden participar plenamente en la vida de su comunidad. Es decir, no tienen acceso igualitario a servicios fundamentales como (i) el trabajo, (ii) educación, (iii) salud, (iv) seguridad, etc.; así como también pueden no tener participación suficiente en la toma de decisiones que afectan sus intereses o que enfrentan barreras que les impiden integrarse en la sociedad. Los “excluidos” serían aquellas personas que, por motivo ajeno a su voluntad, y principalmente por el abandono del Estado, se encuentran fuera del radio de protección social (Cigüela, 2015, p. 131).



Se han reconocido ciertas características transversales a las formas de exclusión social. Así, Ibáñez y Poggiese identifican las siguientes (2023, p. 97):

- a) Relativo: La exclusión social de las personas se manifiesta de diversas maneras dependiendo del específico contexto social y se presenta en un momento histórico temporal determinado. Cada sociedad presenta sus propios umbrales de inclusión /exclusión.
- b) Multidimensional: la exclusión se presenta en diversas dimensiones fundamentales, las cuales van más allá del consumo y los ingresos.
- c) Dinámico: La exclusión abarca el pasado, el presente y el futuro, y se relaciona con la continuidad (o intensidad) de las privaciones a lo largo del tiempo.
- d) Relacional: La exclusión está determinada por la interacción entre individuos, políticas, instituciones y el entorno. La condición de estar excluido no depende únicamente de la persona, sino que hay factores externos que influyen en el resultado.
- e) Multinivel: No se trata de un concepto simple. Se puede medir el nivel de inclusión de una persona, un grupo, los hogares, las comunidades, los vecindarios, las regiones, entre otros aspectos.

Ahora bien, al ser parte de una sociedad, el ciudadano tiene la responsabilidad de cumplir con ciertos deberes y respetar determinadas normas. Sin embargo, también debe tener el mismo derecho que los demás al acceso equitativo a los recursos, ejercicio de derechos fundamentales y servicios públicos. La exclusión social es un concepto que permite reflexionar sobre el nivel en el que se presenta esta condición fundamental en la práctica, empíricamente. Una sociedad que “excluye” es considerada injusta y poco democrática. En otras palabras, si no existen igualdad de oportunidades, no se puede alcanzar una democracia plena, lo que resulta en exclusión social (Gil, 2002, p. 16). Como señaló Gustavo Gutiérrez, existe una criticable situación de opresión y miseria de mucha población, lo cual representa una “ofensa al hombre y, por consiguiente, a Dios” (1975, pp. 95-96).

El Perú desde hace décadas se ha caracterizado por ser un país en el cual existen situaciones fundamentales de injusticia social y de desigualdad. De acuerdo con el índice de Gini utilizado por el Banco Mundial<sup>(1)</sup>, en el 2022, el Perú tenía un puntaje de 40.3, lo cual lo convierte en un país con un elevado índice de desigualdad social, en peor situación que países como por ejemplo El Salvador, República Dominicana, Nigeria, Costa de Marfil, Sierra Leona, etc.<sup>(2)</sup> Otro estudio realizado por Latinometrics evidenció que, sobre la base del

Reporte Mundial de Desigualdad 2022, el Perú era el cuarto país en el mundo con mayor desigualdad social, sólo superado por Mozambique, República Centroafricana y República Dominicana (World Inequality Lab, 2021).

Este tipo de desigualdades también se replican a nivel regional en los países latinoamericanos, pues como recoge el estudio del Banco de Desarrollo de América Latina, en América Latina y el Caribe, la mitad más desfavorecida de la población obtiene solo el 10% de los ingresos, mientras que el 10% más adinerado se queda con el 55%. En cuanto a la riqueza, la desigualdad es aún más pronunciada: el 10% más rico concentra el 77% de la riqueza total, mientras que el 50% más pobre posee apenas el 1% (De la Mata & Berniell, 2022). Y es que América Latina se ha identificado como la región con mayor desigualdad del mundo, en peor situación que África Subsahariana, Oriente Medio y Norte de África, y Sur de Asia (CAF, 2022, p. 28).

Asimismo, resulta importante tener en cuenta también el Índice de Desarrollo Humano, el cual es una medida del desarrollo humano que considera la esperanza de vida, la educación y el ingreso per cápita en determinado país. De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, el Perú se encuentra en el puesto 87 de 193 países, siendo superado por países de la región como, por ejemplo, Cuba, Panamá, Chile, Ecuador, Uruguay y Costa Rica (UNDP, 2024, pp. 274-277).

En este punto, también cabe mencionar el Índice Global de Movilidad Social de 2020, del Foro Económico Mundial, en el que se ubicó al Perú en un desventajoso puesto 66 de un total de 82 países estudiados en sus niveles de igualdad de oportunidades y posibilidad de movilidad social, lo cual evidenciaba un mayor rezago en los pilares de (i) condiciones laborales, (ii) calidad y equidad en la educación y (iii) protección social. En este Ranking, Perú se encontraba en peores

(1) Se mide la desigualdad en el ingreso con un número entre 0 y 100, donde cero implica perfecta igualdad en la distribución del ingreso, y 100, perfecta desigualdad.

(2) Al respecto, véase “Índice de Gini”, de Banco Mundial (2024), en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>.



condiciones de igualdad de oportunidades y posibilidad de movilidad social que países de la región como, por ejemplo, Ecuador, Colombia, Chile y Argentina (World Economic Forum, 2020, p. 7). Esta realidad guarda relación con aquello mencionado por el premio nobel de economía Joseph Stiglitz, “el 90% de los que nacen pobres mueren pobres por mucho que se esfuerzen, el 90% de los que nacen ricos mueren ricos al margen de lo que hagan o no por serlo” (Catalunya Plural, 2022).

Precisamente, esta situación contextual persistente de falta o insuficiencia de igualdad de oportunidades y de dificultad de movilidad social en el Perú ha tenido su reflejo y eco en una política estatal frente a la criminalidad. Dicha política ha intentado perpetuar y justificar la exclusión social de ciertos grupos vulnerables que tienen mayor incidencia en la comisión de cierto tipo de delitos<sup>(3)</sup>. De esta forma se les expone y trata como “extraños” o “enemigos” que han surgido espontáneamente en la sociedad y que merecen la debida estigmatización por su actuar individual. A ello nos referiremos, a continuación, respecto de la denominada política criminal de “seguridad ciudadana”.

**2.2. La política criminal de la exclusión social en el Perú**  
No es objeto de este trabajo profundizar en el debate de la conceptualización de la política criminal y su fin o función. Para efectos prácticos, aquí se entiende por política criminal el conjunto de estrategias que, como parte de la política pública estatal, busca prevenir las diversas formas de criminalidad en la sociedad en el mayor grado posible (Zúñiga, 2001, pp. 22 y siguientes). Como sostiene Díez Ripollés, la finalidad esencial de la política criminal es prevenir la delincuencia dentro de criterios que sean socialmente tolerables. Es decir, se busca reducir considerablemente la frecuencia y gravedad de los delitos. Esta prevención delictiva, en democracia, deberá además respetar los principios del Estado de Derecho y garantizar los derechos fundamentales de las personas (2011, pp. 12-5).

Ahora bien, es posible evidenciar en los sistemas jurídicos diversas tendencias o manifestaciones político-criminales para enfrentar al delito. En este sentido, un Estado puede articular diversas estrategias para intentar prevenir la criminalidad adoptando un mayor o menor grado de intensidad o rigor penal como (i) la gravedad de las penas, (ii) incorporación de nuevos delitos, (iii) beneficios penitenciarios, (iv) tipos de penas, (v) garantías procesales, etc. en desmedro de los derechos individuales de los ciudadanos. Esto permite teóricamente

acerca o alejar a un sistema punitivo más a unos determinados “modelos” políticos-criminales que fomentan mayor o menor “exclusión/inclusión social” del ciudadano (Díez Ripollés, 2011)<sup>(4)</sup>.

Existe una variedad de políticas públicas que un Estado puede diseñar, implementar y valorar, bajo criterios de conveniencia y racionalidad, para obtener los resultados sociales esperados en un país en la lucha contra la criminalidad. No obstante, como lo ha observado Zaffaroni (2002, pp. 9 y siguientes), existe una tendencia latinoamericana por preferir modelos de política criminal con sesgos o estereotipos discriminatorios en su selectividad criminalizadora respecto de ciertos grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Es decir, existe un perfil de personas, que se encuentran en los niveles socioeconómicos más desfavorecidos o excluidos sociales, que aparecen con un mayor grado de vulnerabilidad o exposición frente a la efectiva aplicación, criminalización secundaria, del poder punitivo estatal.

El poder punitivo del Estado, en la práctica, se ejerce de manera selectiva y discriminatoria, de tal forma que se intensifican las baterías o rigor de las agencias persecutorias y sancionadoras del Estado frente a personas excluidas que delinquen, convirtiéndose en una política criminal aporofóbica<sup>(5)</sup>. En contraste, dicho poder se reduce o desaparece frente a otro tipo de criminalidad menos tradicional como delitos económicos, criminalidad de empresa o delitos de “cuello blanco”, la alta corrupción y lavado de activos, jefes de organizaciones criminales, capos del narcotráfico, etc. relacionada con perfiles criminales que pertenecen a estratos sociales favorecidos o con cierto poder político, económico y/o social, siendo una política criminal plutófílica<sup>(6)</sup> (Terradillos, 2020b, pp. 63-66; Ferré, 2022, pp. 51-63).

(3) Así también, refiriéndose al contexto español, véase Terradillos (2020b, p. 55).

(4) Entiéndase por reo no solo a la persona que comete concretamente el delito y es procesado, y eventualmente condenado, sino también al ciudadano en general que se ve expuesto a la amenaza de pena.

(5) La palabra “aporofobia” deriva del vocablo griego “aporos” que hace referencia a la pobreza o escasez de recursos.

(6) El término “Plutófilia” deriva del vocablo griego “pluto” que hace referencia a una deidad mitológica relacionada con la riqueza.



De esta manera, en la práctica, el rigor o intensidad del Derecho Penal suele aplicarse por parte los agentes estatales como el legislador penal, policía, fiscales, procuradores y jueces con ciertos estereotipos respecto del tipo de delito, nivel socioeconómico del agente, lugar de nacimiento y de vivienda, antecedentes, nivel educativo, oficio, cultura, etc. Esta aplicación termina por perpetuar su situación de exclusión social y mantener a ciertos grupos sociales desfavorecidos en una situación altamente expuesta a la incidencia criminal al no otorgarles reales y suficientes alternativas de vida distintas al delito como la ocupación, educación, entre otros<sup>(7)</sup>. Es decir, se aplica una política criminal aporofóbica.

En el contexto peruano, la política criminal denominada de “seguridad ciudadana” o “mano dura” es la que se ha visto más intensamente aplicada en las diversas medidas de legislativas en materia penal a lo largo de las últimas dos décadas. En efecto, es conocido que el Estado peruano se ha caracterizado por pretender resolver los problemas de la criminalidad de forma facilista, sólo modificando o creando normas penales de corte punitivista y populista, principalmente para delitos comunes cometidos por personas de niveles socioeconómicos desfavorecidos. Sin embargo, no se ha incidido en el fortalecimiento del sistema de prevención social, la detección, persecución y sanción del delito u otros mecanismos de control social de corte más comunitario, propio de una visión más omnicomprensiva de política criminal.

Este tipo de política legislativa penal parte de centrar el problema de la criminalidad exclusivamente en factores subjetivos o personales. De esta manera, los delincuentes serían seres “extraños” que han surgido espontáneamente de la sociedad y que han decidido autónomamente infringir la normas. En este sentido, las acciones del Estado deberían neutralizar o inocuar a los delincuentes excluyéndolos de la sociedad de diversas formas como las penas de larga duración, cadena perpetua, pena de muerte, deportación, etc.

Jakobs incluso llega a afirmar que en ciertos casos jóvenes desempleados que delinquen deben considerarse y tratarse por el sistema penal como “no personas” o “enemigos” (2000, p. 348). Como se dijo, este modelo busca incidir en los “síntomas” de la criminalidad (concretos delitos individuales) y no en las causas estructurales y sociales de la delincuencia.

Se parte de la consideración de que mientras más intenso o riguroso sea el Estado en la punición de la criminalidad, mayor sensación de seguridad se generará en la población a corto plazo (Díez Ripollés, 2015, pp. 13-44). No obstante, como señala Bergman (2023, pp. 15-45), las políticas punitivistas en

Latinoamérica que abogan por el aumento del encarcelamiento de delincuentes para solucionar el problema de la criminalidad, no han conseguido reducir significativamente la criminalidad en las últimas décadas. Así, por ejemplo, se identificó que los delincuentes patrimoniales que fueron encarcelados por el Estado, luego, fueron rápidamente reemplazados por nuevos delincuentes patrimoniales.

Y es que una de las características de este tipo de política criminal es el uso y abuso del “populismo penal”, se podría usar también la denominación “populacherismo penal”, que busca únicamente la aprobación ciudadana del Estado, a través de la aprobación de normas que satisfagan las emociones sociales de rechazo frente a la delincuencia -con especial énfasis en el interés de las víctimas, sin interesarle realizar un suficiente análisis criminológico objetivo y racional del problema (Quintero, 2024, pp. 281-301).

No se niega que el Derecho Penal detenta un componente “popular”, en la medida en que el propio concepto de “bien jurídico” nos remite a valoraciones sociales mayoritarias y que, además, se debe atender también a los intereses de las víctimas; no obstante, ello no debe enervar la razonabilidad y objetividad del análisis criminológico para articular estrategias político criminales eficientes en la dación de normas penales que tengan impacto real en la reducción de los índices de criminalidad.

Aparejado con este populismo penal, se echa mano también del denominado “Derecho Penal simbólico”, cuya finalidad es generar sentimientos de seguridad en las personas, denominado efecto expresivo; así como modificar la escala de valores de las personas sobre el delito, conocido como el efecto integrador. Sin embargo, no se pretende modificar de forma significativa la realidad social existente, generadora de conductas criminales (Díez Ripollés, 2002, pp. 63-97).

(7) Nótese aquello que señala MIR (2006, pp. 86-87 y 129), el cual reconoce que la finalidad de resocialización de la pena debe reinterpretarse de tal forma que busque apoyar la reinserción social voluntaria del delincuente; es decir, dar alternativas distintas al delito y evitar su desocialización en prisión.



Como ejemplo de normas penales meramente “símbólicas”, que a menudo son utilizadas por el legislador penal peruano, están las “leyes penales reactivas”. Estas tienen como objetivo principal demostrar la rapidez de reflejos del legislador para responder a cierta preocupación coyuntural de la ciudadanía, muchas veces influenciada por las noticias de medios de comunicación. Aquí solo cabe mencionar la cantidad de actores políticos que en los últimos años han salido a proponer la pena de muerte para ciertos delitos inmediatamente después de que las noticias difundieran un hecho criminal especialmente sensible y/o escandaloso, a pesar de que estudios demuestran que con este tipo de pena no se reduce de manera significativa la delincuencia<sup>(8)</sup>.

En tal sentido, la política criminal peruana de “seguridad ciudadana” o de “mano dura” se ha caracterizado por propugnar, sobre todo y principalmente, una exclusión social del delincuente como método para resolver el problema de la criminalidad, de forma tal que en un contexto peruano marcado, como ya se ha mostrado, por una significativa desigualdad y falta de oportunidades de grupos sociales desfavorecidos o vulnerables, esta política criminal estatal representa un mecanismo de perpetuación, intensificación y expansión de la situación de exclusión social de ciertos grupos sociales expuestos a una mayor criminalización. Como afirma Gargarella (2022, p. 11), el sistema penal trabaja a favor de la preservación y reproducción de las desigualdades sociales existentes.

A efecto de graficar con algunas cifras recientes del Perú, a diciembre de 2023, según cifras del Instituto Nacional Penitenciario (“INPE”), la mayoría de los internos en nuestras cárceles estaban recluidos por la comisión de delitos patrimoniales, específicamente el 34 % del total de internos, siendo una expresión de sociedades con marcada desigualdad económica. La mayor parte, el 52% del total de los internos, no había culminado el colegio por diversas razones (2024, pp. 18-27).

Asimismo, en el Censo Penitenciario realizado en el 2016, se evidenció que el 48% de los internos sufrió maltrato físico en su niñez y que cerca del 46% también vivió en lugares con presencia de grupos delictivos (INEI, 2016). Estos datos del contexto social no pueden dejarse de lado, ya que los factores sociales son especialmente importantes para explicar la criminalidad. La teoría de la “asociación diferencial” del delito, formulada por Sutherland, postula que el comportamiento criminal no es un proceso individual, sino social, incentivado por el entorno más próximo del criminal como los amigos, familiares, barrios, etc. (Ponton, 2020, p. 114).

En el caso peruano, como señala Durand, el persistente altísimo grado de informalidad en las actividades económicas,

por desidia o complicidad estatal durante décadas, coloca o empuja a buena parte de la población a una situación de vulnerabilidad para participar y, a la vez, ser víctima de actividades criminales. A ciertos grupos sociales en el Perú se les ha excluido tácitamente de integrarse a la economía formal, por ejemplo, empleo. De esta forma, no se les ha otorgado oportunidades reales para ello, más allá de la mera declaración normativa de dichas intenciones (2013, pp. 19-37).

Adicionalmente, con la alta informalidad se potencian economías o mercados ilegales paralelos que favorecen el delito y el crimen organizado como la extorsión, corrupción, minería ilegal, lavado de activos, tráfico de drogas, sicariato, etc. En consecuencia, se refuerzan y perpetúan estas dinámicas criminógenas mediante actos de corrupción pública; por ejemplo, soborno a policías, autoridades, funcionarios, etc. (Dammert, 2021, pp. 41-50).

No sólo se trata, entonces, de un problema individual del que decide delinquir. Como bien señala Gargarella, “la pobreza, la desigualdad y el maltrato estatal potencian la normalización de la violencia, formas de vida degradadas, el resentimiento y enojo social y los sentimientos de injusticia de los excluidos” (2022, p. 272). Es, pues, un problema social o estructural, y no exclusivamente de algunos pocos que eligen delinquir espontáneamente.

## 2.2.1. Algunas manifestaciones concretas de la política criminal peruana

Se pueden mencionar algunos ejemplos concretos de las medidas legislativas y político criminales que el Estado peruano ha adoptado en los últimos años. Estas medidas presentaron un corte eminentemente punitivista y populista para cierto tipo de delitos, propio del modelo de política criminal de “seguridad ciudadana”, de la “exclusión social” o “plutóflica-aporofóbica”. Así, cabe apreciar la marcada diferencia que existe entre los internos en las cárceles peruanas por delitos patrimoniales frente a los internos

(8) Así lo ha evidenciado la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos a partir de una comparación entre Estados que tenían regulada la pena capital con los que no la tenían (El Mundo, 2012).



por delitos de corte empresarial, económico o alta corrupción denominados “delitos de cuello blanco”; los cuales tienen un perfil de delincuentes distinto.

Estos últimos responden a un perfil distinto. Por lo general, se trata de personas de niveles socioeconómicos no desfavorecidos y/o con cierta posición de poder económico, político o social. Como reconoce Terradillos, el sistema penal ha adoptado desde hace décadas una significativa tendencia a tratar de manera más benigna esta clase de delitos; es decir, con una política criminal de “mano blanda” o “plutofílica”, sobre todo en lo referido a su criminalización secundaria, a fin preservar el *status quo* del funcionamiento de la economía actual y las desigualdades sociales (2020a, pp. 21-46).

Como ejemplo, se identificó que, al 2023, cerca del 99% de los casos de corrupción que ingresaron al sistema penal se encontraban sólo en etapa de investigación (Defensoría del Pueblo, 2023). Esto evidencia que la gran mayoría de casos de corrupción se archivan y no llegan a la etapa de juicio oral ni a tener una pena privativa efectiva, a pesar de que nuestro Código Penal (en adelante, “CP”) establece penas no leves para muchos de los delitos de corrupción. A ello se puede agregar que, en algunos casos, los delincuentes de cuello blanco emplean estrategias de defensa e, incluso, mecanismos corruptores para obtener impunidad o dilatar los procesos penales.

Asimismo, en otro estudio se evidenció que, hasta el 2018, de las 404 investigaciones penales formalizadas contra representantes de empresas por delitos de corrupción, sólo en 16 de ellas, el 4%, se había incorporado a la propia persona jurídica también como investigada (Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, 2019, p. 49). Por su parte, el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (“GAFILAT”) evidenció en su última evaluación mutua a Perú, que las investigaciones penales por lavado de activos no atacaron a redes criminales importantes, sino que se aplicaron a casos de estructura simple o poca envergadura (2019, p. 49).

En el plano normativo, podemos mencionar como ejemplo la regulación de la eximente de responsabilidad penal para delitos tributarios cuando se regulariza oportunamente la deuda tributaria, artículo 189 del Código Tributario, o también la no regulación de la responsabilidad penal autónoma de personas jurídicas, Ley 30424, para delitos societarios, delito contra la seguridad y salud de trabajadores, la corrupción privada o delitos medioambientales.

En claro contraste, por otro lado, se ve una marcada tendencia punitivista político-crímenal “aporofóbica” frente a los delitos patrimoniales, los cuales han sido varias veces

modificados por el legislador en los últimos años a fin de incrementar sus penas y generar una percepción social de seguridad. La Ley 31787 del 14 de junio de 2023 modificó la falta de hurto establecida en el artículo 444 del CP. Lo anterior se realizó con el fin de considerar como delito y ya no como simple falta, a quien hurta bienes cuyo valor sobrepase el 10% de una unidad impositiva tributaria, equivalente a S/. 515 soles en el 2024. De esta forma, se redujo la valla respecto de la regulación anterior, la cual establecía que, para ser considerado delito y no solo falta, el monto debía superar la remuneración mínima vital fijada en S/. 1025 soles durante el 2024. Lo mismo podría decirse del Decreto Legislativo 1578, de 18 de octubre de 2023, que incorporó una nueva agravante del delito de robo con una pena de hasta veinte años, cuando se robe celulares o similares.

La alta selectividad discriminante y el punitivismo de nuestra política criminal en los delitos patrimoniales también se evidencian en el altísimo porcentaje de personas procesadas por delitos patrimoniales que terminan recluidas en cárceles antes de tener una sentencia que los declare efectivamente culpables. Es decir, se refleja a través del uso de la prisión preventiva. Así, en el año 2013, se identificó que el 95% de los internos que ingresaron a las cárceles del Perú por delitos patrimoniales no tenían condena aún (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 60)<sup>(9)</sup>. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que en el país también se pueden presentar casos de corrupción de alto perfil en los que se hace un mal uso de la prisión preventiva.

Cabe señalar que, desde hace años, se ha criticado el abuso de las medidas procesales de prisión preventiva como una equivocada “pena adelantada”, principalmente en este tipo de delitos patrimoniales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013). Máxime si, a menudo, ciertos operadores de justicia consideran la falta de trabajo estable o formal, la falta de estudios, la carencia de vivienda propia o dedicarse a actividades

(9) Cabe notar que, a diciembre de 2023, el 37% de todos los internos de las cárceles peruanas no tenían condena (INPE, 2024a, p. 25). Es decir, un porcentaje bastante menor al identificado sólo para delitos patrimoniales.



informales como fundamento y razón para dictar este tipo de medidas de coerción procesal. Con ello se desconoce nuestra propia realidad nacional en la que existen personas en permanente exclusión social, falta de oportunidades y una economía informal de más del 70% en la última década.

Recientemente, además, a través de la Ley 32182, de 11 de diciembre de 2024, se creó mediante el artículo 418 segundo párrafo del CP un nuevo delito. Este último sanciona penalmente al juez o fiscal que indebidamente libere una persona detenida en flagrancia, lo cual sobre todo terminará aplicándose para delitos patrimoniales menores y contra personas que se ven casi siempre más expuestas o vulnerables a la criminalización real del Estado; es decir al “ladrón de esquina” o “ladrón de mercado”. Sin embargo, se modificó el artículo 261.1, literal a) del Código Procesal Penal sobre detención preliminar sin flagrancia para hacer más difícil su aplicación al exigir un estándar probatorio más alto, lo cual principalmente termina beneficiando, plutofilia, a delincuentes de alto perfil, de “cuello blanco”, de corte económico o empresarial que no suelen estar expuestos o vulnerables a detenciones policiales en flagrancia.

Esta tendencia de mano dura también se puede reflejar en los delitos de protesta. Así, se puede mencionar la modificación legal producida a través del Decreto Legislativo 1589, de 4 de diciembre de 2023, el cual agravó penas de los delitos de entorpecimiento al funcionamiento del transporte establecidos en el artículo 283 del CP y de disturbios estipulados mediante el artículo 315 del CP. Asimismo, creó nuevos delitos de “colaboración” al entorpecimiento al funcionamiento del transporte a través del artículo 283-A del CP y de disturbios en el artículo 315-B del CP. Como es sabido, estos delitos son los que principalmente se suelen utilizar a menudo por el sistema penal para criminalizar protestas ciudadanas que pueden ser legítimas, y cuyos actores suelen ser personas pertenecientes a poblaciones vulnerables o excluidas que necesitan en mayor medida del Estado la prestación de servicios públicos de manera eficiente e igualitaria.

En general, se pueden mencionar algunos delitos que se pueden explicar, en cierta medida, a partir de la limitación o privación del efectivo disfrute de ciertos derechos fundamentales por parte de grupos vulnerables que han sido permanentemente excluidos. Así, se puede mencionar a los delitos de usurpación recogidos en el artículo 202 al 204 del CP y su relación con la limitación al derecho al acceso a una vivienda digna; el delito de violación de domicilio establecido en el artículo 159 y 160 del CP y su relación con la situación de desamparo y falta de vivienda de vagabundos o *homeless*; o la punición de la microcomercialización de “drogas blandas”

como, por ejemplo, la marihuana, a través del artículo 298 del CP sumado al alcance muy limitado de la eximente de responsabilidad por posesión de drogas para autoconsumo estipulado en el artículo 299 del CP<sup>(10)</sup>, lo cual puede acentuar la situación de exclusión social de ciertas personas con problemas de adicción, informalidad económica y falta de oportunidades laborales y educativas.

Evidentemente, no se sostiene aquí que esta clase de condicionamientos personales especiales de exclusión social deba ser *per se* una justificación suficiente para la comisión de todo tipo de delitos. Existen formas de criminalidad (como, por ejemplo, delitos patrimoniales leves) que pueden tener como explicación principal estos factores de marginación social, económica y/o política, pero no así otras que guardan relación con la “noción de dignidad humana”, esto es, actividades delictivas especialmente violentas (homicidios, lesiones graves, violaciones, secuestros, extorsiones, etc.) (Cigüela, 2015, p. 143) o propias de organizaciones criminales con estructuras complejas y de un perfil criminal distinto.

## 2.2.2. La alternativa de la política criminal bienestarista

Frente a esta decisión político-criminal populista, simbólica, punitivista, excluyente y, a fin de cuentas, ineficaz, cabe suscribir una alternativa de modelo político-criminal que resulte realmente eficiente para enfrentar las formas de criminalidad contemporánea, manteniéndola en sus tasas más bajas posibles. La sola creación abstracta de nuevos delitos, el incremento de las penas y/o la reducción de beneficios penitenciarios, por sí solos, no tienen un significativo efecto preventivo-disuasorio. Pero sí, por el contrario, el incidir en la eficacia del sistema de justicia penal en la identificación, persecución y sanción del delito (Silva, 1992, p. 219). Esto debido a que, hasta ahora, la política criminal peruana ha demostrado un fracaso en el cumplimiento de este objetivo social.

(10) Se utiliza el factor de la cantidad de droga y su variedad para eximir o no de responsabilidad penal, cuando en realidad lo razonable sería atender a criterios materiales de peligrosidad y subjetivos de autoconsumo.



De acuerdo con el INEI, en el 2023, un 27.1% de la población mayor de 15 años de edad fue víctima de algún delito; porcentaje superior al de los seis años anteriores que fluctuó entre el 22% y 26% (2024a, p. 107). Es decir, según estas cifras, la victimización criminal aumentó en el Perú. Sin dejar de considerar que se estima que cerca del 80% de los hechos delictivos no se denuncian en el país, siendo esta una “cifra oculta” (Ministerio del Interior, 2021), por lo que el porcentaje de victimización podría ser mayor. Del mismo modo, la población que denunció ante las autoridades ser víctima de algún delito fue del 15.6% en el 2023; porcentaje superior al registrado en años anteriores (INEI, 2024a, p. 108). Por otro lado, es importante notar las cifras de homicidios dolosos en el Perú, dado que no tiene el inconveniente de un alta “cifra oculta” por falta de denuncia, el cual, efectuando un balance general, tuvo un crecimiento o no disminución significativa desde el 2011, con 1617 homicidios, al 2021, con 2853 (INEI, 2018, p. 15 e INEI, 2023, p. 21).

Bergman (2023, pp. 13-47) expresa que el hecho de que en las últimas décadas en Latinoamérica se haya producido un crecimiento económico y se haya disminuido la pobreza, la desigualdad y el desempleo, no ha significado que el crimen disminuya, sino lo contrario. Ello en la medida en que la capacidad disuasoria de los Estados no ha sido suficiente, en parte, por la desidia o complicidad de atacar y contrarrestar las economías o mercados ilegales paralelos vinculados con el crimen organizado muchas veces que se enraízan en las dinámicas sociales, sustituyendo al Estado en la provisión de bienes y servicios en favor de la ciudadanía. Adicionalmente, en varios contextos, el crimen organizado en el Perú ha penetrado el ámbito público y político, capturando el Estado en la toma de decisiones<sup>(11)</sup>. Bajo esta lógica, las agencias de persecución penal en vez de combatir el crimen, solo lo estarían “dosificando”.

La alternativa político-criminal que se propone no debería distraerse atacando solo los “síntomas” de la criminalidad desde un enfoque netamente subjetivo del problema, “el delincuente es delincuente porque quiere”, sino también principalmente intervenir en los factores o causas sociales o estructurales de fondo que generan, expanden y perpetúan la delincuencia en el país. De esta forma, se articulan medidas diversas no solo de corte punitivo-penal que permitan hacer más eficiente al sistema penal en su conjunto e incidirán realmente en la reducción de las tasas de criminalidad, más allá del efecto simbólico. Como señala Gargarella (2022, p. 273), mientras no se preste atención a estas cuestiones estructurales de la delincuencia no habrá mapas del delito, ni patrulleros, ni manos duras que puedan resolver este problema social.

Es así que Díez Ripollés propone la alternativa de una política criminal “bienestarista” o de “inclusión social”. Esta alternativa reconoce que el Estado también es responsable de la corrección de las situaciones y políticas existentes que favorecen el delito y de la adopción de nuevas iniciativas para tratarlas, atendiendo sobre todo a factores estructurales (2024, pp. 24-35).

Desde luego que, entre las medidas a las que debe atenderse también en este nuevo esquema de política criminal, está la mejora del tratamiento penitenciario de los internos. De tal forma que el Estado pueda darles reales y suficientes alternativas de vida distintas del delito, esto es, alternativas de resocialización voluntaria, la cual se encuentra establecida en el artículo 139.22 de la Constitución. Así, se evita, por el contrario, la desocialización de los internos y que las cárceles se conviertan en “escuelas del delito”.

Según data del INPE, a diciembre de 2023, la tasa de reincidencia criminal en el Perú de personas privadas de libertad en prisiones fue de 24.24% (2024a, p. 30). Asimismo, la cobertura de programas educativos y de ocupación laboral para los internos en cárceles en el país fue sólo del 45.6%, esto es, menos de la mitad de los internos (INPE, 2024b, p. 49). Estas cifras evidencian los importantes problemas y desafíos que tiene el Estado en el tratamiento penitenciario.

Este nuevo enfoque de la política criminal debe traer consigo, además, una necesaria democratización del Derecho Penal. De esta manera se penaliza efectivamente también a las otras formas de criminalidad moderna igual o más dañosas para los intereses sociales. Por ejemplo, los “delitos de cuello blanco”, la alta corrupción, el lavado de activos de alto perfil, la criminalidad empresarial, a los jefes de organizaciones criminales y capos del narcotráfico. Pero también por una democratización de los procesos a través de los cuales se organizan y funcionan las agencias estatales que persiguen y/o

(11) Así también lo han reconocido Prado Saldarriaga y Prado Manrique (2021, pp. 176-177).



sancionan el crimen, como el Congreso, la Policía, el Ministerio Público, el Poder Judicial, etc.

Esta democratización busca revertir la suerte de “elitismo penal” en la creación y aplicación de las normas penales, que con frecuencia se elaboran sin la oportunidad de una participación y/o debate ciudadano efectivo con la sociedad civil, barrios, víctimas, familiares, delincuentes, academia, grupos sociales interesados, etc., por ende, sin una adecuada “deliberación” (Gargarella, 2022, pp. 130-133).

Ahora bien, esta propuesta de política criminal inclusiva también debe tener como correlato dogmático que los operadores de justicia tomen en cuenta en cada caso concreto la situación especial de exclusión social de ciertas personas, conforme se ha hecho referencia *supra*. De esta manera se puede atemperar o eximir su responsabilidad penal en el marco de la categoría dogmática de la “culpabilidad”, o “exigibilidad”, para ser más estrictos.

Como se explicará *infra*, Cigüela (2015, p. 143) señala que los factores de exclusión social deben tomarse en cuenta por parte del Derecho Penal para atenuar o, incluso, excluir la sanción en delitos relacionados con la “noción de ciudadanía”. Es decir, delitos cuyo mandato normativo entra en conflicto con la imposibilidad o muy limitada posibilidad de ejercicio efectivo de ciertos derechos tales como la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, etc. por la propia desidia, omisión o defecto de las funciones prestacionales del Estado.

Aquí se podrían incluir a delitos leves contra el patrimonio, delitos sin víctimas específicas como la micro comercialización de “drogas blandas” o la punición de ciertas formas de posesión para autoconsumo. También varios delitos de “peligro abstracto”, cuyo peligro para la comunidad se suele presumir *per se*. Asimismo, se incluyen los delitos contra el orden público como el entorpecimiento de vías de comunicación o disturbios en contextos de protestas sociales legítimas. En la misma línea puede considerarse la extorsión en estos contextos; así como la desobediencia y resistencia a la autoridad ante legítimas demandas ciudadanas.

### **3. El principio de culpabilidad penal, exigibilidad y exclusión social**

El término “culpabilidad” se encuentra en una serie de contextos en el sistema penal. Es usado para aludir al principio de culpabilidad en el Derecho Penal; así, también, a la categoría de la reprochabilidad en la teoría del delito y, por último, a la situación a la que arriba un procesado al momento de ser sentenciado. Si bien pueden guardar relación, ello no implica que signifique lo mismo.

Como menciona Mir Puig, el principio de culpabilidad alude a todas aquellas exigencias, destinadas a legisladores y jueces, a limitar la pena a los hechos cometidos por un determinado sujeto, mientras que la culpabilidad como categoría del delito alude a una de dichas exigencias que permitan atribuir el injusto cometido (2006, pp. 123-127). De esta manera, la categoría dogmática penal de la culpabilidad es una de las manifestaciones de dicho principio de culpabilidad.

Este principio no encuentra un reconocimiento explícito en la Constitución, siendo que el Tribunal Constitucional peruano lo ha reconocido como un principio constitucional implícito, el cual deriva del principio de legalidad y del de proporcionalidad de las penas. Así, en la sentencia No. 00014-2006-PI/TC, menciona lo siguiente:

[...] El principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico (fundamento 36).

Conforme se señala en la sentencia, a raíz del principio de legalidad, solo podrá ser sancionado el comportamiento calificado como reprobable previamente y de manera clara por la ley penal a un determinado sujeto que lo haya realizado. En ese sentido, se encuentra una relación entre el principio de legalidad y culpabilidad en la medida de que las conductas criminalizadas son, a la vez, las conductas reprobables por el legislador. Por otro lado, respecto al principio de proporcionalidad de las penas, guarda relación con el principio de culpabilidad en la medida que deberá existir una proporción entre la pena impuesta por el legislador y el grado de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado sobre el sujeto<sup>(12)</sup>.

Además de ello, el principio de culpabilidad, también, deriva del principio general de dignidad humana establecido en el artículo

(12) Véase así, lo señalado por la sentencia del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente No. 0014-2006-PI-TC de 19 de enero de 2007.



1 de la Constitución Política. Lo anterior en la medida que la pena a imponerse debe ser a un sujeto con capacidad suficiente de ser motivado y conducirse conforme a Derecho, por lo que implica un reconocimiento de las diferencias y condiciones en las que cada sujeto se encuentra al momento del acto delictivo. De esta manera, lesionaría la dignidad humana el imponer una pena a una persona por lo que no ha hecho o no es culpable (Montoya, 2020, p. 130).

Así, entendiendo que la culpabilidad encuentra un reconocimiento constitucional, la doctrina ha reconocido una serie de subprincipios del principio de culpabilidad, los cuáles contribuyen a construir su definición. Conforme lo detalla Pérez Manzano y Cancio Meliá, el principio de culpabilidad exige que la pena se imponga sólo por el hecho, que es propio, y al que está vinculado subjetivamente su autor en condiciones de normalidad, de modo que la pena refleje la magnitud de la culpabilidad. De esta manera, ambos autores aluden a los principios de prohibición de Derecho Penal de Autor, la responsabilidad por el hecho propio y la responsabilidad subjetiva (2015, pp. 123-133).

El subprincipio o garantía de culpabilidad en sentido estricto abarca a la culpabilidad como categoría de la teoría del delito. En líneas generales, esta garantía alude a que no debe configurar como delito las acciones de quiénes no se les pudo exigir actuar conforme a Derecho. La culpabilidad como categoría del delito analiza el contexto y las circunstancias internas de un sujeto que influyen en su comportamiento ante la comisión de un delito (Montoya, 2020, p. 140).

Así, para conceptualizar la culpabilidad, la doctrina ha esbozado una serie de fundamentos que desarrollan su contenido, algunos de los cuales vamos a detallar a continuación sin el ánimo de agotar, por supuesto, el recuento y análisis de ellos.

### 3.1. La reprochabilidad penal

Tradicionalmente, la doctrina penal mayoritaria ha entendido a la culpabilidad penal como "reprochabilidad". En este sentido, desde un punto de vista material, el fundamento de la reprochabilidad se hallaría en la capacidad del sujeto para obrar de otro modo. El reproche presupondría que el sujeto hubiera podido, hipotéticamente, omitir voluntariamente su actuación delictiva y comportarse conforme a Derecho (Díez Ripollés, 2015, p. 414).

Para Frank, el concepto de reprochabilidad sería un resumen de cada uno de los elementos de la culpa, los cuales serían reconocidos haciéndonos la pregunta de cuándo se puede reprochar a alguien por su comportamiento y qué es necesario para ello (2002, p. 40).

Este autor, quien es pionero del concepto normativo de la culpabilidad, postuló que la culpabilidad no solo implicaba una relación psíquica del sujeto con el resultado, sino que se deben

cumplir los siguientes tres presupuestos para que a alguien se le pueda reprochar por su conducta:

- a) La imputabilidad del autor, entendida como la aptitud espiritual normal del mismo;
- b) una relación psíquica entre el autor y el hecho, pudiendo manifestarse en dolo o culpa; y,
- c) la normalidad de las circunstancias en las que el actor actúa, no pudiendo ser reprochado por una acción prohibida ejecutada en función de repeler un peligro para sí o para un tercero (Frank, 2002, pp. 40-41).

No obstante, como se puede apreciar, este concepto de culpabilidad aún mantenía una visión psicológica, a pesar de pretender reemplazar a la culpabilidad subjetiva. En realidad, el abandono de la visión psicológica se produjo recién con la doctrina finalista, la cual ubicó sistemáticamente el dolo y la imprudencia en el tipicidad, dejando únicamente en el contenido de la culpabilidad a aquellos elementos que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico (Mir, 2005, p. 532), se trata de la imputabilidad (minoría de edad, por ejemplo), la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad (error de prohibición) y la exigibilidad de otra conducta (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, por ejemplo) (Roxin, 1997, p. 796).

### 3.2. La concepción funcional de la culpabilidad penal

Una concepción muy diferenciada es la de Jakobs, quien postula un concepto funcional de culpabilidad, pues considera que el contenido de la culpabilidad es el fin preventivo general de la pena. Para Jakobs, el reproche penal no atiende a las circunstancias que radican en el autor, sino en lo que sea necesario para la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico (1997, p. 581).

Para esta concepción, la relación entre culpabilidad y pena tiene la siguiente lógica: (i) la pena requiere siempre de culpabilidad, por lo que no se puede justificar una pena que contradice este último principio, aunque existan necesidades preventivas para su



imposición; no obstante, (ii) la punibilidad de un comportamiento culpable está limitada a las necesidades preventivas de la pena (Jakobs, 1997, pp. 575-592).

La reprochabilidad debe estar condicionada entonces a la necesidad de la pena, es decir, a su finalidad preventiva. Para esta concepción de la culpabilidad, una conducta puede no ser reprochable penalmente cuando, por ejemplo, median finalidades de humanidad que hagan innecesaria la imposición de una pena al autor de una conducta antijurídica. Aunque es cierto que este postulado no ha dejado de ser objeto de críticas, puesto que, estaría instrumentalizado al imputado para estabilizar la expectativa social en el Derecho, siendo tratado, así como un medio para un fin como generar fidelidad al ordenamiento jurídico, sin considerar su dignidad como persona (Roxin, 1997, p. 806).

### 3.3. Situación de “vulnerabilidad” y culpabilidad penal

Zaffaroni postula que el sistema penal opera en base a estereotipos criminales, en tanto la sociedad atribuye, de manera preconcebida, la condición de criminal a una persona por sus características (i) físicas, (ii) sociales, (iii) económicas, (iv) raciales, etc.; de forma que cada persona tiene un estado de vulnerabilidad al poder punitivo cuyo grado depende de su grado de correspondencia con los estereotipos criminales (2007, p. 12).

Es así como, la persona que encuadre en más estereotipos criminales, digamos, por ejemplo, por su lugar de residencia, costumbres, fenotipo, nivel socioeconómico o su nacionalidad dentro de un país abiertamente xenófobo, tendrá un estado de vulnerabilidad mayor al que de una persona que, por ejemplo, domicilia en su país de origen y en el que además cuenta con privilegios sociales por su color de piel y condición económica.

No obstante, la culpabilidad, que es el juicio necesario para vincular el injusto con su autor, no se concreta por el estado de vulnerabilidad de una persona. Este juicio, en realidad, resulta de “la síntesis del juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho [...] con el juicio de reproche por el esfuerzo de agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad” (Zaffaroni, 2007, p. 656).

Sobre el juicio de reproche del esfuerzo, Zaffaroni afirma que, la situación de vulnerabilidad, que es la concreta posición de riesgo criminalizante, es la situación en que la persona se coloca mediante un esfuerzo realizado, cuyo nivel puede ser de una forma u otra dependiendo al estado de vulnerabilidad que tenga (2007, p. 12).

Es así como, quien encuadra en todos los imaginarios sobre las características de un criminal, no deberá realizar el mayor esfuerzo para ser alcanzado por el poder punitivo, le bastará nada más con “dar la cara” para ser criminalizado. Desventaja que no puede ser reprochada de la misma manera que a aquella persona cercana al poder económico, político y/o social que

decide autónomamente delinquir.

Dado que su posición social conlleva un bajo estado de vulnerabilidad y, por lo mismo, le implicaría un mayor esfuerzo personal para ser criminalizado. De esta forma, el juicio de reproche del esfuerzo se legitima, porque castiga la medida del esfuerzo realizado por la persona para conspirar contra el esfuerzo pacificante del Derecho Penal (Zaffaroni, 2007, p. 655).

No obstante, tal como hemos expuesto, en la práctica, el poder punitivo del Estado se sigue ejerciendo de manera selectiva, intensificando la persecución contra personas que sufren algún tipo de exclusión social y cometan delitos menores de corte patrimonial. Así, se termina por perpetuarlos en esta situación altamente expuesta a la reincidencia criminal al no otorgarles reales y suficientes alternativas de vida distintas al delito.

### 3.4. La “exigibilidad” penal y personas en situación de exclusión social

Un concepto importante que se aborda en la fundamentación de la culpabilidad es la “exigibilidad”. Esta posición se considera acertada y se suscribe en este trabajo en la medida en que permite un mejor entendimiento y tratamiento de las situaciones de exclusión social de determinadas personas que entran en conflicto con las normas penales.

La exigibilidad es entendida como aquella exigencia, por parte del Estado, para que una determinada persona actúe conforme a la norma penal. Dicha exigencia no se manifiesta de manera absoluta. Así, como lo detalla De la Cuesta Aguado, existen límites a tal exigencia como el ámbito regido por la capacidad autonormativa del sujeto y por el principio de respeto a la dignidad de la persona (2003, p. 222). En esa línea, se pueden considerar tres criterios para excluir la culpabilidad o exigibilidad de una persona ante una conducta antijurídica: (i) el respeto a la integridad moral, (ii) la dignidad humana y (iii) la igualdad.

En primer lugar, respecto de la integridad moral, se parte de que la capacidad autonormativa del sujeto es un límite al *ius puniendi*. Así, cuestiones como la objeción de conciencia podrían encontrar un sustento,



en la medida que un sujeto no reconozca la racionalidad de la norma y le surjan disensos normativos, sean ideológicos como, por ejemplo, los religiosos o prácticos (De la Cuesta, 2003, p. 229 y siguientes).

En segundo lugar, no serán exigibles aquellas conductas que atenten contra la dignidad de la persona, entendiendo que toda persona detenta un conjunto de derechos y deberes reconocidos, en la actualidad, a nivel constitucional y convencional. En otras palabras, el *ius puniendi* del Estado no puede exigir actuar de una manera que implique un menoscabo a los derechos y facultades reconocidos por el mero hecho de ser persona (De la Cuesta, 2003, p. 229 y siguientes).

En tercer lugar, se considera al principio de igualdad ante la ley como parte del juicio de exigibilidad. De la Cuesta Aguado menciona que “[...] existen razones de carácter social que hacen que todos los destinatarios de las normas jurídico – penal no se encuentren en idéntica situación frente a la norma” (2003, p. 241). Así, se considera que la situación de marginación por razones culturales, de formación, entre otras, genera que no todos los sujetos destinatarios se encuentren en un mismo nivel de igualdad ante la norma, por lo que dicha cuestión debería de ser tomada en consideración a fin de entender si el *ius puniendi* debería de exigirle a todo sujeto actuar conforme a derecho de igual forma, sin que se tomen en consideración su situación de desigualdad en la que se ha desarrollado.

De esta manera, surge la cuestión de qué es lo que puede exigir el sistema social, de una persona frente a una situación concreta. Así, la exigibilidad como fundamento de la culpabilidad implica analizar la relación Estado - individuo y qué tanto el estado puede exigirle actuar conforme a derecho, y no desobedecer la norma, a un sujeto en un determinado momento, teniendo en consideración su rol social. En esa línea, y, en otras palabras, Bustos & Hormazábal (1999, p. 335) mencionan que:

El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo, el respeto a la norma.

En tal sentido, cabe suscribir lo señalado por Cigüela, quien considera que la exclusión o atenuación de la pena de aquellos que se encuentran en una situación de exclusión social puede evidenciarse por “falta de exigibilidad”, entendiendo a la misma como causa de “excusa” o “disculpa” por exigir un comportamiento adecuado a derecho sin brindar alternativas de actuación para evitar ello (2015, pp. 145-146).

En específico, el autor manifiesta que dicha cuestión está referida para delitos conectados con la idea de ciudadanía, los cuales protegen bienes jurídicos que no perturben de manera drástica a la ciudadanía, como lo son el patrimonio o la propiedad. Ello, “[...] en la medida en que si el Estado les castigase estaría incurriendo en grave contradicción al obligar

a reconocer un vínculo jurídico-político que la propia comunidad les había negado con anterioridad” (Cigüela, 2015, p. 146). Y es que como reconoce Pawlik:

En muchas partes del mundo y, de forma particular, en América del Sur, sigue existiendo un gran número de personas que son evidentemente excluidos sociales. Esto obliga a plantearse la pregunta de si no es de entrada inadmisible declarar como destinatarios del deber de cooperación ciudadano y, por consiguiente, como potenciales autores de un genuino injusto criminal, a aquellos habitantes de barrios marginales que, atrapados en un círculo vicioso de violencia, drogas y miseria, deben luchar cada día para obtener los bienes vitales mínimos para su subsistencia (2022, p. 18).

Dicha cuestión se puede sustentar en cierta medida en una “corresponsabilidad” estatal, y social también en algún grado, de cierto tipo de delitos cometidos por personas excluidas. Asimismo, alude a una suerte de hipocresía estatal, en la medida en que puede resultar cuestionable que el Estado exija plenamente cumplir la obligación de respetar determinadas normas penales a un excluido, si es que aquel no ha cumplido cabalmente con la suya, esto es, no les ha brindado una adecuada protección social (Silva, 2018, pp. 236-237 y Cigüela, 2015, pp. 146-147).

Así pues, como señala Silva Sánchez (2018, pp. 88-98), el Estado tiene un deber de garantía respecto de la protección subsidiaria de ciertos grupos sociales que, por sus condiciones, no pueden acceder a alimentación, vivienda, sanidad, seguridad, educación, trabajo, etc., de tal forma que cuando se incumple con este deber estatal, por omisión, se propicia o contribuye a una situación criminógena que incide en la criminalidad cometida por personas de estos grupos excluidos. En tal sentido, podría disminuir la legitimidad estatal para “exigir” la responsabilidad penal frente a ciertos delitos de quienes sufren dicha injusticia distributiva.

Asimismo, Pawlik (2022, p. 17) refiere que la fuerza vinculante de la norma penal se podría relativizar para aquellos que, si bien formalmente son “ciudadanos”, en la práctica y materialmente no se benefician de las prestaciones del sistema al ser “excluidos”.



Por, por ejemplo, no contar con trabajo, ingresos, documentos, sin acceso a la vida contractual, sin protección judicial, etc.

Como se dijo *supra*, el tratamiento penal especial más benigno por cuestiones de exclusión social cobra aplicación sobre todo en aquellos delitos que guardan una relación intensa con la “noción de ciudadanía”. Es decir, cuando pueda evidenciarse con un grado alto de significancia una corresponsabilidad estatal en la situación social y estructural de exclusión o marginación social, económica y/o política que influyó intensamente en el accionar delictivo de alguien.

Este tratamiento se aplicaría para delitos como (i) los patrimoniales leves, (ii) usurpaciones, (iii) microcomercialización de drogas o posesión diversa para autoconsumo, (iv) delitos contra la tranquilidad pública leve en el marco de protestas sociales<sup>(13)</sup>, etc.; al ser delitos relacionados con una limitación práctica o imposibilidad de ejercicio de derechos fundamentales.

Es decir, el Estado debería, a través del sistema penal, “compensar” su displicencia e ineeficacia social prestacional, reduciendo, atemperando o eliminando la exigibilidad penal de estas personas frente a este tipo de delitos. Ahora bien, como señala Cigüela (2015, p. 143), quedarían fuera de este tratamiento penal especial, entonces, delitos relacionados con la “noción de dignidad humana”. Por ejemplo, delitos violentos contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual, etc., los cuales han sido reconocidos históricamente como reprochables al margen de la configuración social y el accionar de Estado.

En sentido similar, Silva Sánchez señala que debe distinguirse el tratamiento penal de los delitos vinculados con “deberes naturales” o *malam in se* crímenes violentos o intimidatorios contra la persona, que son criminalizados por consideraciones pre-políticas. Es decir, son malos en sí mismos. Por otro lado, los delitos vinculados con “obligaciones adquiridas” o *malam quia prohibita* como los delitos no violentos que tienen su fundamento en la existencia de obligaciones estatales y por una vinculación política entre los ciudadanos.

Señala este autor que, en este último tipo de delitos, para ciertas personas la exigibilidad estatal del cumplimiento de la norma penal puede decaer (2018, pp. 68-70). Existen razones referidas a la relación del ciudadano excluido con el Estado excluyente que “podría comportar desde la impunidad en algunos casos pasando por la atenuación de la responsabilidad en otros, hasta la plena sanción de los restantes (más graves), si bien acompañada siempre de una oferta de resocialización” (Silva, 2013, pp. 722-724). En esta línea, también, Martínez Escamilla señala que “(...) no parece en principio rechazable que en determinados tipos penales el legislador, con el fin de garantizar la toma en consideración, incorpore un tratamiento

especial para estas situaciones de exclusión” (2018, p. 29).

Como ya se mencionó anteriormente, en el Perú es innegable la inefficiencia que en las dos últimas décadas ha tenido el Estado en sus políticas de (i) formalización económica, (ii) la educación de calidad, (iii) el desarrollo humano, (iv) las oportunidades y la reducción de las desigualdades, (v) la pobreza, (vi) el desempleo y subempleo. Por consiguiente, su sistema penal debería atender a estas circunstancias para evaluar en cada caso concreto la culpabilidad penal del delincuente y el grado de corresponsabilidad del Estado.

Por último, el artículo 20 del Código Penal no sólo se refieren a causas de exclusión de culpabilidad o, en específico, a la inimputabilidad, sino que también abarcan causas de atipicidad y justificación. Inclusive, casos de ausencia de acción, las cuales no serán desarrolladas en el presente artículo por no responder a sus fines.

Como es bien sabido, las causas de atipicidad se configuran cuando una conducta no supera el riesgo permitido por lo que no alcanza a ser típica, mientras que, por su lado, las causas de justificación excluyen la antijuridicidad de un hecho que ya es típico. Ambas se diferencian de las causas de exclusión de culpabilidad, porque estas últimas no convierten el hecho en lícito, sino que solo impiden la pena por ciertas circunstancias del sujeto (Villavicencio, 2017, p. 116). Así, las causas de exclusión de la culpabilidad se resumen en: “inimputabilidad, desconocimiento de la prohibición y la inexigibilidad de otra conducta” (Villavicencio, 2017, p. 125).

No obstante, no todas estas se encuentran contempladas en dicho artículo, sino que también podemos encontrarlas en el segundo párrafo del artículo 14 y el artículo 15 del CP. Precisamente, este último artículo es el que se analizará, a continuación, a efectos de proponer una reinterpretación de su alcance y abarcar supuestos de personas condicionadas en su accionar por contextos de exclusión social.

(13) Señalando que la legitimidad del Estado para castigar decae, por ejemplo, en delitos como el vandalismo u otros delitos que suponen fuerza o violencia sobre las cosas (Silva, 2018. p. 107).



#### 4. El artículo 15 del Código Penal y su aplicación a personas en situación de exclusión social: propuesta de reinterpretación

La doctrina y jurisprudencia nacional no han sido ajenas en reconocer la influencia de la cultura en el comportamiento humano como un elemento que debe tener incidencia en la teoría del delito, siendo que suele ser ubicada como un elemento inmerso en la categoría de la culpabilidad bajo la figura denominada “error culturalmente condicionado”. Esta fue presentada por Zaffaroni, a fin de brindar un tratamiento jurídico a las conductas antijurídicas de la población originaria ante las diversas regulaciones peyorativas que se evidenciaban de países latinoamericanos.

Un ejemplo de ello era el Perú, pues antes de la vigencia del Código Penal peruano de 1991, se expresaba de manera explícita que al indígena que obraba degradado por el alcohol y la servidumbre se le podría eximir de la responsabilidad penal. Ello, evidentemente, colocaba a esta población en una situación inferior a la occidental, en la medida que presentaba eximenes arraigados a características discriminatorias y estigmatizantes de la población originaria. Sobre ello, actualmente, el Código Penal señala lo siguiente:

Artículo 15. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión [énfasis agregado], será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena. [...]

Al respecto, si bien suele aludirse a un “error cultural” para identificar dicho artículo, lo cierto es que la doctrina no es unánime en asegurar ello. Así, para Zaffaroni, es una cuestión de error de prohibición en la medida que “el error de comprensión culturalmente condicionado se da [...] cuando la diversidad cultural (o cultura condicionante) es un factor para la no exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad del comportamiento por parte del sujeto” (Meini, 2007, p. 24). En esa misma línea, para Villavicencio, se trata de un error de prohibición invencible en la medida que el condicionamiento cultural del individuo impide que este comprenda la antijuridicidad de la conducta criminalizada (2015, p. 54).

Esta posición doctrinal dominante reconocería una suerte de supuesto de “error *sui generis*”, en cual el contexto cultural puede llegar a impedir que un sujeto comprenda e interiorice la norma penal<sup>(14)</sup>. En otras palabras, se exime la culpabilidad a razón de que el Estado no puede exigirle a sujeto un comportamiento conforme al Derecho predominante, pues su contexto cultural le impidió interiorizar dicha la normativa con

su escala de valores personal.

Sin embargo, otras posturas han considerado al artículo 15 como un supuesto de “inimputabilidad por diversidad cultural”. Así, Meini considera que es cuestionable aceptar al error, pues ello implica que una cosmovisión centralista sería la correcta, mientras que una indígena no, ya que la segunda implicaría incurrir en un error. Así, el autor considera que existe una inimputabilidad por diversidad cultural (Meini, 2022, pp. 153-156). En el mismo sentido, Hurtado Pozo señala “que esta disposición, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretada, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad” (2008, p. 71).

El debate sobre la verdadera naturaleza dogmática del Artículo 15 del CP ha sido reconocida por la Corte Suprema en el fundamento 16 del Acuerdo Plenario 1-2015 de 2 de octubre de 2015 y también recientemente en el fundamento 7 de la Casación No. 2936-2021-Selva Central, de 6 de diciembre de 2023:

El artículo 15 del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho, que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien, por su cultura y valores originarios, no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a esta comprensión. [...] En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de inimputabilidad o incapacidad penal.

Ahora bien, más allá de esta disquisición teórica interesante que no es propia de los objetivos del presente trabajo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el marco del Recurso de Nulidad No. 3230-2013 Apurímac, ha determinado dos elementos imprescindibles para que una conducta califique como “costumbre” y pueda ser aplicable el artículo 15 del Código Penal:

7. a) Uso repetitivo y generalizado [énfasis agregado]: solo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad. Se debe tener

(14) Véase así, también, la opinión de (Chanjan, 2017. p. 62).



en cuenta que cuando hablamos de comunidad lo hacemos en el sentido más estricto posible, aceptando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas. Asimismo, esta conducta debe ser una que se repita a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. b) Conciencia de obligatoriedad [énfasis agregado]: todos los miembros de una comunidad deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio que regulaba la vida de la comunidad.

Como se puede observar, la Corte Suprema entiende al artículo 15 como una causa de exculpación que opera únicamente en casos en los que se imputa un hecho ilícito a una persona que, por pertenecer a una cultura diferente (pueblos originarios), sus prácticas y sus valores son diferentes, por lo que no puede comprender o interiorizar la naturaleza delictiva de sus actos, así como tampoco adecuarlas conforme al derecho estatal.

Sin embargo, a nuestro juicio, el artículo 15 del CP expresamente distingue dos causas alternativas de exculpación absoluta o relativa: (i) la “cultura” o (ii) la “costumbre”. Y es que, en realidad, no se trata de una sola causal, como ha venido entendiendo la jurisprudencia nacional, confundiendo ambos conceptos.

Al respecto, Villavicencio también hace una diferenciación cuando señala que el artículo 15 del CP distingue dos modalidades de condicionamientos que afectan la culpabilidad penal del sujeto: la “cultura”, por un lado, y la “costumbre”, por otro. El primer condicionante, referido a la cultura, se vincula al error de comprensión cultural, mientras que, en el segundo, referido a la costumbre, se vincula con lo que denomina “conciencia disidente”. Según el autor, este último abarcaría cuestiones de objeción de conciencia, supuestos en los que los sujetos no se ponen a medida de las normas estatales por cuestiones religiosas, políticas o ideológicas, más no por patrones culturales diferentes (2006, p. 624).

En esta línea, Pérez López (2016, p. 111) refiere que el término “costumbre” no solo implica una práctica de un sujeto inmerso en una cultura distante de la hegemónica, sino que más bien éste puede formar parte del medio dominante, pero no haberse integrado con sus pautas y valores, situación que conllevaría a que no pueda cumplir con las normas estatales establecidas por no ser compatibles con sus convicciones individuales y/o minoritarias. Como se explicará, el término “costumbre” del artículo 15 del Código Penal haría referencia a una causal de exclusión y atenuación de la culpabilidad penal distinta al denominado “error culturalmente condicionado”.

En efecto, a nuestro juicio, se puede entender que la comisión de delitos vinculados con la “noción de ciudadanía” o de “obligaciones adquiridas” por parte de personas motivadas intensamente por su situación de exclusión social es un supuesto que encaja en el término “costumbre” del artículo

15 del CP como causal de exclusión o disminución de la culpabilidad, exigibilidad en estricto; por lo que se podría eximir o, en todo caso, atenuar la pena de esas personas. Como señala Silva Sánchez, un cierto esfuerzo por parte del Estado en la tarea de reducir la situación de extrema desigualdad social podría generar que no desapareciera su legitimidad para castigar, pero la insuficiencia de este esfuerzo debería conducir a la disminución de su legitimidad y, por ende, a la necesaria atenuación de la pena de ciertas personas (2018, p. 110).

Cabe considerar, además, que la Real Academia de la Lengua Española entiende por “costumbre”, en su primera acepción, a la “manera habitual de actuar o comportarse” (2024). Es decir, no se vincula necesariamente a un tema cultural de pueblos originarios. Por ende, de cara al respeto del principio de legalidad penal, la interpretación que se plantea se encuentra dentro del sentido literal posible (Roxin, 1997, pp. 148-149).

Se trata, entonces, de supuestos en los cuales ciertas personas se ven intensamente motivadas a cometer ciertos delitos, vinculados con la “noción de ciudadanía o de “obligaciones adquiridas”. Esta motivación proviene de su persistente y habitual contexto social de exclusión por corresponsabilidad estatal, lo cual se convierte en un factor criminógeno conforme se explicó *supra*.

Como se ha indicado, en muchos casos, la situación de exclusión social de un individuo está determinada, principalmente, por motivos de desidia o ineficacia estatal, en la medida que no pueden acceder de manera plena e igualitaria a servicios básicos. De esta manera, construyen su proyecto de vida en una situación limitada y excluyente frente a otros sectores sociales. Dicha cuestión puede ser abordada bajo el concepto de “costumbre” previamente suscripto.

Es importante considerar que la exclusión social es evidenciada no sólo en ámbitos culturales que distan de la cultura hegemónica. La exclusión también se evidencia en individuos que se encuentran inmersos en esta, pero que su situación de exclusión les impide interiorizar los mandatos de delitos vinculados con la “noción de ciudadanía” o



de “obligaciones adquiridas” y adecuarse a ellos. Por ello, se plantea que no podría serles exigible un comportamiento conforme a Derecho, cuando el Estado ha contribuido a colocarlos en esa situación de exclusión.

Nótese que nuestra Corte Suprema de Justicia en la Casación 274-2020/ Puno de 9 de diciembre de 2020 (fundamento 12º), reconoció expresamente que se puede fundamentar una disminución de la penalidad sobre la base de apreciar en el concreto delito cometido una “corresponsabilidad estatal”, entendida esta como “*aquella parte de la culpabilidad por el hecho con que debe cargar la sociedad, y se lo descarga al autor, en razón de no haber brindado las posibilidades para responder frente a las tareas que le exige el sistema para comportarse según las normas de convivencia social, y cuyo efecto, como dice la Exposición de Motivos del Código Penal, es de envar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad*”.

No puede dejarse de lado, además, que el artículo 45 del CP establece que el Juez, para la fundamentación y determinación de la pena, es decir, luego de la confirmación de la existencia del delito, deberá tomar en consideración las “carencias sociales” que hubiese tenido el agente delictivo como (i) la posición económica, (ii) formación, (iii) oficio, (iv) profesión o rol que ocupe en la sociedad, así como su “cultura” y sus “costumbres”. Ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional han dado un contenido unívoco a estos últimos dos términos. Pero, por ejemplo, Prado Saldarriaga los ha reducido, al igual que en el tradicional entendimiento del artículo 15 del CP sólo a situaciones de interculturalidad o contextos pluriétnicos (2018, p. 195).

Se discute si estas circunstancias del artículo 45 del CP son circunstancias que afectan la punibilidad o solo pautas generales que el operador de justicia debe tener en cuenta para fundamentar su determinación de la pena concreta sobre la base de las reales circunstancias atenuantes y agravantes del artículo 46 del CP. En esta última línea, Prado señala que “no debe confundirse con circunstancias atenuantes o agravantes, ni mucho menos con causales de disminución o incremento de la punibilidad” (2018, p. 194).

Asimismo, persiste la controversia sobre si las carencias sociales, la cultura y las costumbres mencionadas en el Artículo 45 del CP generan una atenuación por debajo del mínimo legal de la pena abstracta del delito, posición seguida, por ejemplo, por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad No. 1747-2021-CSNJ de 19 de diciembre de 2022. Otros sostienen que sólo debe atenuarse dentro del marco legal estipulado, posición seguida, por ejemplo, por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad No. 1034-2018-Lima Norte, de 26 de febrero de 2019.

En contraste, sí queda claro que el artículo 15 del CP regula una causal de excusación absoluta; es decir, una exclusión de

la responsabilidad penal por no exigibilidad o relativa por reducción de la exigibilidad. En este último supuesto, tanto Prado (2018, p. 184), como también la Corte Suprema en la Casación No. 66-2017-Junín, de 18 de junio de 2019, han reconocido que la atenuación a la que hace referencia expresamente el artículo 15 del CP es una que debe darse por debajo del mínimo legal de la pena del respectivo delito.

En el caso específico de la persona que, por sus “costumbres”, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, habrá que interpretarlo como un supuesto especial de inexigibilidad o exigibilidad reducida. Esta situación se relaciona con contextos de exclusión social relacionados con cierto tipo de criminalidad, conforme ya se tuvo oportunidad de explicar.

Evidentemente, en el marco del proceso penal, esto deberá ser acreditado a través de una suficiente actividad y debate probatorios. En este proceso, los informes sociales y/o psicológicos podrán ser de utilidad. Deberán valorarse especialmente la existencia de dicha situación de exclusión social y en qué grado esta condicionó la conducta delictiva de la persona.

## 5. Conclusiones

El presente trabajo plantea reinterpretar el elemento “costumbre” del artículo 15 del Código Penal peruano con la finalidad de incluir la situación de exclusión social de ciertas personas ante delitos vinculados con la “noción de ciudadanía” o de “obligaciones adquiridas” como un factor que exime o atenúa su culpabilidad (exigibilidad). Esto sobre la base de reconocer a la exclusión social como un factor que incide especialmente en formas de criminalidad, a la cual el Estado, en aplicación de una eficaz política criminal, debe contrarrestar y tomar en consideración al momento de aplicar la acción punitiva. En esa línea, las principales conclusiones obtenidas son las siguientes:

- La exclusión social se define como aquel escenario que impide a determinados



sujetos o grupos el ejercicio pleno, y en condiciones de igualdad, de derechos fundamentales por motivos ajenos a su voluntad, siendo el Estado un actor responsable de tal situación. En esa línea, se evidencia que el Perú es un país que se caracteriza por sus altos índices de exclusión y desigualdad en su población, cuestión que se manifiesta como un importante factor que contribuye a la criminalidad.

- El Estado peruano se ha caracterizado por adoptar un modelo político criminal de “seguridad ciudadana” o de “exclusión social”, el cual se caracteriza por el uso de un populismo punitivo y del Derecho Penal simbólico, a fin de satisfacer emociones de seguridad de manera inmediata en la población y no incidir realmente en la disminución de la criminalidad social. Asimismo, se ha adoptado una política criminal aporofóbica-plutófílica, con sesgo discriminatorio, en la medida en que se ha sido muy riguroso frente a delitos cometidos por grupos excluidos, pero muy benigno con delitos del perfil criminal vinculados al poder económico, político y/o social.
- Al ser la exclusión social un factor que influye en la comisión de delitos vinculados con la “noción de ciudadanía” o de “obligaciones adquiridas” (no violentos contra la persona), dicha cuestión merece ser considerada en el análisis teórico del delito. Siendo así, debe ser incluida en la categoría de la culpabilidad, pues es allí en donde se evalúan los factores internos al sujeto.
- Para considerar a la exclusión social como una causa de exculpación absoluta o relativa, el fundamento de la culpabilidad a considerar es la “exigibilidad” de actuar conforme a Derecho. Ello en la medida que un Estado que no ha brindado las condiciones mínimas para el acceso a servicios fundamentales, de manera igualitaria, a todos sus ciudadanos, no les puede exigir que estos se comporten conforme a derecho o a las normas que el mismo Estado ha colocado.
- El artículo 15 del Código Penal peruano, cuenta con el elemento “costumbre” que se debe diferenciar del tradicional “error culturalmente condicionado”, de tal forma que se le interprete como una causa de inexigibilidad por situaciones de exclusión social de ciertas personas. Es decir, será una causa de exculpación absoluta o relativa, en este último caso, generará una atenuación de la pena por debajo del mínimo legal fijado para el respectivo delito.

## Referencias bibliográficas

Acuerdo Plenario No. 1-2015/CIJ-116 (2015, 2 de octubre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Banco Interamericano de Desarrollo. (2007) ¿Los de afuera? La exclusión social en América Latina. *Ideas para el desarrollo en las Américas*, 4, pp. 1-16. <http://dx.doi.org/10.18235/0008221>

Benito Sánchez, D. (2022). Capítulo 4: La alteración de la percepción: ¿Exímente para delitos cometidos en contextos de exclusión social? En D. Benito & M. Gil (Coord.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de la aporofobia* (Vol. 14). Tirant lo Blanch.

Bergman, M. (2023). *El negocio del crimen: el crecimiento del delito, los mercados ilegales y la violencia en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.

Bustos, J. & Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Vol. 2). Trotta Editorial.

Casación No. 2936-2021-Selva Central (2023, 6 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/casacion-2936-2021-Selva-Central-LPDerecho.pdf>

Casación No. 66-2017-Junín (2019, 18 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casacion-66-2017-Junin-LP.pdf>

Chajan Documet, R. (2017). Sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes. En F. Heydecker (Coord.), *Comentarios de los Acuerdos Plenarios I. Derecho Penal Parte General y Especial* (pp. 55 - 68). Instituto Pacífico.

Cigüela Sola, J. (2015). Derecho Penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido. *Revista de teoría y filosofía del Derecho*, (43), 129 - 150. <https://doi.org/10.5347/43.2015.75>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-PP-2013-es.pdf>

Dammert, L. (2021). La elusiva relación entre corrupción y crimen organizado: el caso del Perú. En S. Aldas & G. Rodríguez (Coords.), *Seguridad, corrupción e impunidad en América Latina*. Real Instituto Elcano.

Defensoría del Pueblo. (2023). *Corrupción en cifras: casos en trámite a nivel nacional* (Reporte Mapas de la Corrupción No. 3). <https://www.defensoria.gob.pe/documentos/reporte-mapas-de-la-corrupcion-n-3-2023/>

De la Cuesta, P. (2003). *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Editorial Dykinson S.L. <http://hdl.handle.net/10498/26858>

De La Mata, D. & et al. (2022). *Desigualdades heredadas: El rol de las habilidades, el empleo y la riqueza en las oportunidades de las nuevas generaciones*. Banco de Desarrollo de América



- Latina y el Caribe. <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1981>
- De la Mata, D. & Berniell, L. (2022). *Desigualdad y baja movilidad social en América Latina y el Caribe*. CAF. Banco del Desarrollo de América Latina y el Caribe. <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2022/12/desigualdad-y-baja-movilidad-social-en-america-latina-y-el-caribe/>
- Díez Ripollés, J. (2002, enero-abril). El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 25(103), pp. 409-447. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>
- Díez Ripollés, J. (2011). La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13), 13-12.
- Díez Ripollés, J. (2015a). *Derecho Penal Español. Parte general* (4.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés , J. (2015b). *La política criminal en la encrucijada* (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial B de F.
- Díez Ripollés , J. (2024). El modelo político criminal de la inclusión social. *Boletín criminológico*, 30(Extra 230), pp. 1-44.
- Durand, F. (2013). Socioeconomías informales y delictivas. En M. Pradel (Coord.), *Perú Hoy. El Perú Subterráneo*. DESCOP.
- El Mundo. (2012, abril). *¿Disuade la pena de muerte a otros asesinos?* El Mundo. <https://www.elmundo.es/america/2012/04/18/estados Unidos/1334780517.html>
- Ferré Olivé, J. (2022). Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en Derecho Penal. *Revista Penal México*, 11(20), 51-64. <https://revistacienciasinacipe.fgr.org.mx/index.php/01/article/view/526>
- Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Editorial B de F.
- Gargarella, R. (2022). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho Penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Siglo veintiuno Editores.
- Gil Villa, F. (2002). *La exclusión social*. Ariel
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2019). *Informe de evaluación mutua del Perú*. <https://www.gaflat.org/index.php/en/espanol/19-noticias/78-informe-de-evaluacion-mutua-del-peru>
- Gutierrez, G. (1975). *Teología de la liberación. Perspectivas* (7.<sup>a</sup> ed.). Ediciones Sigueme. [www.revistatiempolatinoamericano.com/rev/093/TL-093S14.pdf](http://www.revistatiempolatinoamericano.com/rev/093/TL-093S14.pdf)
- Hurtado Pozo, J. (2008). Derecho Penal y diferencias culturales: El caso peruano. *Derecho Penal y criminología*, 29(86-87), 59-94.
- Ibáñez Martín, M. & Poggiese, M. (2023). Exclusión social: definición y su diferencia con la pobreza. *Revista Temas Sociológicos*, (33). <https://doi.org/10.29344/07196458.33.3580>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2016). *Perú: Primer Censo Nacional Penitenciario 2016. Perfil de la población penal*.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Homicidios en el Perú. Contándolos uno a uno. 2011-2017*.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2023). *Homicidios en el Perú. Contándolos uno a uno*.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2024a). *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales. 2011-2023*.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2024b). *Estadísticas de seguridad ciudadana. Enero-junio 2024* (No. 4).
- Instituto Nacional Penitenciario. (2024a). *Informe Estadístico. Diciembre 2023*.
- Instituto Nacional Penitenciario. (2024b). *Tratamiento penitenciario. Informe estadístico. 2023*.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2.<sup>a</sup> ed.). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.
- Jakobs, G. (2000). Sobre la génesis de la obligación jurídica. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (23), 323-348. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.12>
- Martínez Escamilla, M. (2018). La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, (1), 1-37. [indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1363.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1363.pdf)
- Meini Méndez, I. (2007). Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. *Derecho PUCP*, (60), 17-50. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.001>
- Meini Méndez, I. (2022). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. Fondo Editorial PUCP.
- Meini Méndez, I. & Villavicencio Terrenos, F. (2015). ¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (68), 53-59. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15581>
- Ministerio del Interior. (2021). *¿Por qué las personas no denuncian?* (Boletín del observatorio No. 3). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4031189/Bolet%C3%ADn%20del%20Observatorio%20N%C2%B00%2003%20-%20C2%BFPor%20qu%C3%A9%20las%20personas%20no%20denuncian%3F.pdf?v=1673300951>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). *Política Nacional frente a los delitos patrimoniales*. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/07/pndp.pdf>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal: Parte general* (8.<sup>a</sup> ed.). Repertor, S.L.
- Montoya Vivanco, Y. (2020). *Derecho Penal de Principios: los principios penales fundamentales* (Vol. II). Palestra Editores.
- Paredes Castañón, J. (2013). *La justificación de las leyes penales*. Tirant lo Blanch.
- Pawlak, M., & López, H. D. O. (2022). *El deber de cooperación ciudadano en Derecho Penal y la*



posición de los excluidos. *Colección Cuadernos de Conferencias N.º 64* (1.ª ed.). Universidad del Externado. <https://doi.org/10.2307/jj.3205982>

Pérez, M. & Cancio, M. (2015). Lección 4: Principio del Derecho Penal (III). En J. Lascuraín (Coord.), *Introducción al Derecho Penal* (2.ª ed.). Editorial Civitas.

Pérez López, J. (2016). *El error en el Derecho Penal. Un enfoque legislativo, doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

Pontón Cevallos, D. (2020). El aporte de Edwin Sutherland al análisis del crimen económico global. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (27), 112-124. <https://doi.org/10.17141/urvio.27.2020.4266>

Prado Saldarriaga, V. (2018). *La dosimetría del castigo. Modelos, reglas y procedimientos*. Ideas. Solución Editorial.

Prado Saldarriaga, V. & Prado Manrique, B. (2021). *Políticas Públicas y Criminalidad. Una introducción a la Política Criminal*. Ideas. Solución Editorial.

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. (2019). *Informe especial: La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción*.

Quintero Olivares, G. (2024). Populismo y Derecho Penal. *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, (48), 281-30. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.10>

Real Academia de la Lengua Española. (2024). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (23.8a ed.). <https://dle.rae.es/>

Real Academia de la Lengua Española. (2024). *Diccionario de la Real Académica de la Lengua Española* (23.8a ed.). <https://dle.rae.es/costumbre?m=form>

Recurso de Nulidad No. 3230-2013 APURÍMAC (2014, 11 de julio). Corte Suprema de Justicia de la República. [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/12/Recurso-de-Nulidad-3230-2013-LPDerecho\\_watermark.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/12/Recurso-de-Nulidad-3230-2013-LPDerecho_watermark.pdf)

Recurso de Nulidad No. 1747-2021-CSNJ (2022, 19 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de

la República. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/01/RN-1747-2021-CSNJ-Penal-Especializada-LPDerecho.pdf>

Recurso de Nulidad No. 1034-2018-Lima Norte, (2019, 26 de febrero). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/RN-1034-2018-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (Tomo I.). Editorial Civitas.

Serrano Tárraga , M. (2014). Exclusión social y criminalidad. *Revista de Derecho UNED*, (14), 587-617. <https://doi.org/10.5944/rduned.14.2014.13312>

Sentencia No. 0014-2006-PI/TC (2007, 19 de enero). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.pdf>

Serrano Tárraga , M. (2014). Exclusión social y criminalidad. *Revista de Derecho UNED*, (14), 587-617. <https://doi.org/10.5944/rduned.14.2014.13312>

Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial B de F.

Silva Sánchez, J. (2013). Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal. En F. Teruelo, M. González & S. Villa (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* (pp. 715-726).

Silva Sánchez, J. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier.

Terradillos Basoco, J. (2020a). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. J.M. Bosch.

Terradillos Basoco, J. (2020b). Mito igualitario y plutofilia penal. *Jueces para la democracia*, (99), 53-67.

United Nations Development Programme. (2024). *Human development report 2023/2024*.

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal: Parte General*. Editora Jurídica Grijley.

Villavicencio Terreros , F. (2017). *Derecho Penal básico*. Fondo Editorial PUCP.

World Economic Forum. (2020) *The Global Social Mobility Report 2020*.

World Inequality Lab. (2021). *World Inequality report 2022*.

Zaffaroni, R. (2002). *Derecho penal. Parte General*. Ediar.

Zaffaroni, R. (2007). *Derecho penal: Parte general* (2.ª ed.). Ediar.

Zúñiga, L. (2001). *Política criminal*. COLEX. 