

Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991

Fernando Velásquez V.

Profesor Titular y Emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín/Colombia

I. Introducción

Para intervenir en este Seminario, dedicado a la temática atinente a la Justicia penal y la aplicación de la pena, en buena hora organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú contando con los auspicios de la Universidad suiza de Fribourg, se ha elegido el tema de la determinación de la pena⁽¹⁾ tomando como punto de partida el derecho punitivo peruano; desde luego, dicho asunto se encuentra ligado con la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, uno de los acápites centrales de la Parte general del Derecho penal, al lado de las construcciones sobre la Ciencia penal y el hecho punible.

Por supuesto, como la cuestión elegida para el análisis se encuentra erizada de dificultades teóricas y prácticas, tanto en los distintos derechos positivos como en la doctrina y en la jurisprudencia, los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta parcela del saber jurídico unas reglas y unos criterios jurídicos racionalmente controlables y, por ende, no discrecionales⁽²⁾. Eso, justamente, explica el empeño de algunos teóricos encaminado a erigir una nueva rama del saber jurídico dotada de plena autonomía —el derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas— buscando, sin duda, ponerle coto al azar y a la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial de nuestros países cuando se trata de estas materias⁽³⁾.

Desde luego, obsérvese, no se trata —como a veces suele creerse— de elaborar una "penometría", sino de construir un derecho que contribuya al fortalecimiento de la seguridad jurídica y de las garantías individuales, más allá de los meros problemas prácticos de determinación y medición de la pena, contando con la concurrencia de aspectos constitucionales, procesales y criminológicos en esa realización jurídica, de tal manera que sea posible el impulso y desarrollo de una verdadera dogmática de la medición de la pena, gestada gracias a la tarea conjunta de jueces, legisladores y estudiosos⁽⁴⁾.

Así las cosas —después de mostrar los patrones legislativos más usuales en el derecho comparado—, la presente ponencia se ocupa de los lineamientos centrales de la determinación de la pena en el Código Penal Peruano de 1.991, e indica cuáles son los principios que deben gobernar este asunto. Finalmente, plantea algunas reflexiones a manera de conclusión para ambientar la discusión.

II. Los sistemas más usuales

Un examen atento del derecho comparado enseña que son posibles, por lo menos, seis formas distintas de regular el asunto en los códigos penales; ello, obvio es decirlo, sin descartar los sistemas mixtos que beben de dos o más de esos modelos originales⁽⁵⁾.

En primer lugar, es viable un sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, al estilo de lo establecido en los códigos penales francés de 1.791 y brasileño de 1.830, de la mano de una concepción filosófica racionalista, que muestra una inmensa desconfianza hacia el juez. De esta manera, se señalan de forma rígida las causas de agravación y atenuación estableciendo un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se detectan atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda en torno a su presencia.

En segundo lugar, un modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles, propio del Código Bávaro de 1.813, acorde con el cual se indican algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción —dentro del cual debe moverse el juez—, seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

Así mismo, en tercer lugar, un método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, como el consagrado en el Código penal francés de 1.810, gracias al cual se señala un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de medición, aunque sin indicar —como norma general— los criterios generales de medición de la misma.

También, en cuarto lugar, es viable un régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas, como el contenido en los C. P. Español de 1.822 (repetido hasta 1.870) y el C. P. Colombiano de 1.837. Acorde con este prototipo legal, se hace un largo listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se aplica el máximo; al segundo el término medio entre el máximo y el mínimo; y al tercero el mínimo de la pena.

Igualmente, en quinto lugar, se puede concebir un patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, que permita disminuir la pena en una proporción determinada (por ejemplo, la sexta parte), como el señalado en el Código Zanardelli para Italia de 1.889.

Finalmente, es factible un sistema de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, como el plasmado en el Código Suizo de 21 de diciembre de 1.937, que se asemeja bastante —aunque simplificándolo— al vertido en el Código Bávaro de 1.813. La previsión de criterios genéricos de tasación de la pena ha sido retomada por los Códigos Peruano de 1.924 y argentino de 1.921, influenciados ambos por los proyectos suizos; naturalmente, una fórmula del mismo corte se observa, aunque retocada, en el actual Art. 46 del C. P. Peruano de 1.991.

Explicados los diversos sistemas legales es pertinente, ahora, detenerse en la forma como la materia ha sido regulada en algunas de las más influyentes legislaciones contemporáneas que, por supuesto, son plasmación de esos arquetipos legales. En primer lugar, debe mencionarse el Código Penal alemán cuya Parte General fue introducida en 1.969 y se encuentra vigente desde 1.975, el cual establece lo siguiente en el § 46 —que se encuentra ubicado dentro del Título Segundo dedicado a la cuantificación legal de la pena—:

"Principios de la medición de la pena.

(1) La culpabilidad del autor es fundamento para la medición de la pena. Se deben tener en cuenta las consecuencias que son de esperar de la pena, para la vida futura del autor en sociedad.

(2) En la medición el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión del hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima.

(3) Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta".

Esta fórmula ha sido interpretada, casi de manera generalizada —aunque son plurales los matices—, en el sentido de que las pautas de determinación de la pena descansan tanto sobre la culpabilidad del agente (para algunos debe hablarse de un concepto de "culpabilidad de medición de la pena", distinto a la categoría dogmática del hecho punible que lleva dicho nombre) como en los fines preventivos (haciendo énfasis en la prevención general o en la especial, o en ambas con sus diversas variantes)⁶⁰. La fórmula alemana, con ligeros cambios en su redacción, ha sido copiada por el legislador paraguayo de 1.997 al expedir el nuevo Código Penal, vigente desde 26 de noviembre de 1.998 (Cfr. Arts. 65 y ss.).

Por su parte, en segundo lugar, el Código Penal austriaco de 1.975 en el Título IV, destinado a la cuantificación de la pena —siguiendo parcialmente el prototipo alemán—, consagra los principios generales en esta materia en el § 32, en cuyo párrafo 1º se afirma que la culpabilidad del autor es el fundamento para la cuantificación de la pena, sin mencionar los fines preventivo especiales que, sin embargo, parecieran encontrar asidero en los §§ 41 y 42 (cláusula o principio de necesidad) aunque excluyendo —en todo caso— las consideraciones preventivo-generales. En el párrafo segundo, dispone que la tasación se debe hacer teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación —consagradas, respectivamente, en los §§ 33 y 34, que no existen en la normativa alemana—, oportunidad en el cual concreta el principio de culpabilidad y dispone la prohibición de la doble valoración en este ámbito. En el párrafo tercero desarrolla, igualmente, el punto de partida consagrado en el párrafo 1º.

En tercer lugar, el Código Penal argentino —que ha servido parcialmente de matriz al legislador peruano—, al ocuparse del asunto en los artículos 40 y 41, dispone:

"40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del siguiente artículo.

41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

Esta previsión legal, no obstante sus parentescos con el Positivismo ferriano que son inobjectables, ha sido entendida en el sentido de que el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto el ilícito culpable —ilícito o injusto y culpabilidad, son conceptos graduables— como la personalidad del agente⁽⁷⁾, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad.

En cuarto lugar, el Código penal italiano de 1.930, en el Título Quinto dedicado a la "Modificación, aplicación y ejecución de la pena", señala en el capítulo I del mismo en los Arts. 132 y 133 lo siguiente:

"Art. 132. Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena. Límites. Dentro de los límites fijados por la ley, el juez aplicará la pena discrecionalmente; pero deberá indicar los motivos que justifiquen el uso de ese poder discrecional.

En el aumento o en la disminución de la pena, no se podrán exceder los límites establecidos para cada especie de pena, exceptuados los casos expresamente determinados por la ley".

Art. 133. Gravedad de la infracción. Apreciación para los efectos de la pena. En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo anterior, el juez deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción, deduciéndola:

- 1) De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción;
- 2) De la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción;
- 3) De la intensidad del dolo o del grado de la culpa.

El juez también deberá tener en cuenta la capacidad del culpable para delinquir, deduciéndola:

- 1) De los motivos para delinquir y del carácter del reo;
- 2) De los antecedentes penales y judiciales del reo y, en general, de la conducta y la vida de éste, anteriores a la infracción;
- 3) De su conducta contemporánea al delito, o subsiguiente a este;
- 4) De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo".

Naturalmente, esta regulación, al posibilitar disímiles interpretaciones, dista mucho de ser precisa y clara como para tenerla de prototipo de previsión legal⁽⁹⁾.

En quinto lugar, el Código Penal español de 1.995 no trae una norma tan amplia como la de los Códigos colombiano, argentino y peruano; sin embargo, en Art. 66 —de manera muy similar al Art. 61, 4ª del C. P. de 1.973: "la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente"⁽⁹⁾— señala diversas reglas, en la primera de las cuales dispone:

"Art. 66. En la aplicación de la pena, los Jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

- 1ª. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia".

De aquí se infiere, sin duda, que se debe atender tanto a las circunstancias personales del delincuente como a la mayor o menor gravedad del hecho, pautas que también se desprenden de los Arts. 65.1 y 4 apartado tercero⁽¹⁰⁾; asimismo, en los Arts. 21 y 22 se prevén las circunstancias de atenuación y de agravación.

Ahora bien, al vigente sistema español se le podrían adjudicar las siguientes notas: en primer lugar, a diferencia de la legislación anterior, no divide las penas en grados sino que señala la duración máxima y mínima de cada una de ellas; en segundo lugar, permite que el juez se mueva con libertad a la hora de elegir la cantidad de pena si no concurren circunstancias de agravación o de atenuación. En tercer lugar, como ya se dijo, establece un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sean atenuantes o agravantes; y, finalmente, en cuarto lugar, señala también de manera taxativa los efectos punitivos que tiene la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos⁽¹¹⁾.

En sexto lugar, dentro de los códigos más recientes debe mencionarse el Portugués, cuya última gran reforma data de 1.995, que en los Arts. 70 a 79, Sección primera del Capítulo Cuarto del Título Tercero —Consecuencias Jurídicas del hecho—, dispone lo pertinente sobre la materia. En efecto, en el Art. 71 —norma que recuerda, para mejorarla, el § 46 del Código penal alemán— regula lo atinente a las pautas para la determinación de la pena e indica que ella se hará "dentro de los límites definidos en la ley" a partir "de la culpabilidad del agente y de las exigencias de prevención" (párrafo 1); así mismo, establece diversos criterios en los que desarrolla los dos puntos de partida en seis literales (Cfr. párrafo 2); y dispone que en la sentencia se deben indicar expresamente los fundamentos de la medida de la pena (Cfr. párrafo 3). En el Art. 72 se refiere a los eventos de atenuación especial de la pena, y en el Art. 73 señala las pautas a seguir en estos casos; y, finalmente, en el Art. 74 dispone la dispensa de pena en sanciones de corta duración (hasta seis de meses de prisión, y multa de hasta 120 días).

En séptimo lugar, el Código penal suizo destina el capítulo segundo del Título Tercero —dedicado a las penas, las medidas de seguridad y otras medidas—, intitulado "La fijación de la pena" (Arts. 63 a 69), a regular el asunto: en el Art. 63 establece como regla general, que el juez fijará la pena con base en la culpabilidad del delincuente, aunque teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y las condiciones personales del agente⁽¹²⁾; en el Art. 64 señala expresamente algunas circunstancias que atenúan la pena; y, en el Art. 65 indica los efectos de la atenuación. A su turno, el Art. 66 prevé qué hacer en casos de atenuación libre de la pena, mientras que en el Art. 66 bis —disposición introducida en 1.989— establece la posibilidad de renunciar a la sanción, a la revocación de la condena condicional, o a liberación condicional, cuando el autor de la infracción "ha sido afectado directamente con las consecuencias de su acto, al punto de que una pena sería inapropiada". Así mismo, en el 67 regula la posibilidad de agravar la pena dadas ciertas situaciones; en el Art. 68 se ocupa del concurso de infracciones o de leyes penales; y, para culminar, en el 69 anuncia la imputación del tiempo de la detención preventiva como parte cumplida de la pena.

En octavo lugar, debe mencionarse el modelo colombiano plasmado en el C. P. de 24 de Julio de 2.000 (Ley 599), susceptible de ser ubicado como una fórmula mixta. En efecto, así sucede en los Arts. 59 a 61 —a los que acompaña un amplio listado de las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, en los Arts. 55 y 58— que es bueno transcribir:

"ARTÍCULO 59 - Motivación del proceso de individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

ARTÍCULO 60 – Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

- 1.- Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
- 2.- Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
- 3.- Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
- 4.- Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
- 5.- Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

ARTÍCULO 61. – Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda".

Obviamente, se trata de una previsión legal muy amplia que debe interpretarse en armonía con las normas rectoras de la ley penal colombiana, en especial con los Arts. 3, 4 y 12⁽¹³⁾, y que se presta a plurales y disímiles interpretaciones las mismas que, textos como el alemán de 1.969, han suscitado.

Finalmente, no debe olvidarse que en el derecho anglosajón existe un patrón diferente al de los modelos del derecho occidental europeo, caracterizado por dos situaciones: de un lado, la posibilidad de que la pena surja de acuerdos entre las partes (juez, sindicado y fiscal), los llamados plea bargaining; y, del otro, la existencia de mecanismos que, a posteriori, permiten restringir el alcance de esos acuerdos mediante la aplicación de pautas estrictas de tasación de la pena, mecanismo que se conoce como las sentencing guidelines⁽¹⁴⁾.

III. El modelo peruano

Para un mejor entendimiento del asunto es pertinente dividir la materia en distintos acápite, los mismos que se corresponden con las diversas situaciones previstas en el estatuto penal en estudio.

A. Ubicación.

El sistema de penas adoptado por el Código en comento es muy similar al vigente en otros estatutos punitivos del continente —piénsese en los colombianos de 1.980 y 2.000—, dado que el mismo se hace descansar, casi como alternativa única de lucha contra la criminalidad, sobre las penas privativas de libertad (el 95%⁽¹⁵⁾); por eso, poca trascendencia práctica tienen las otras tres modalidades de sanción reguladas en el Título III del Libro primero: restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y la multa (Cfr. Art. 28)⁽¹⁶⁾. Naturalmente, ello marca un agudo contraste con sistemas punitivos más avanzados como el alemán, que —según datos de 1.989, reafirmados en la última década— al 83% de los condenados por delitos comunes les impone pena de multa, al 12% les atribuye pena privativa de libertad suspendida, y sólo al 6% pena privativa de libertad efectiva⁽¹⁷⁾. Este dato estadístico, que tiene hondas repercusiones en los planos criminológico y político criminal, debe ser muy tenido en cuenta a la hora de examinar las pautas de individualización de la pena previstas, máxime cuando los estudiosos tienden a tomar como marco de referencia las elaboraciones foráneas.

B. Los fundamentos constitucional y legal. No parece posible examinar los criterios de determinación de la pena en el Derecho penal peruano vigente (Cfr.

Arts. 45 y 46), haciendo abstracción de los principios generales plasmados en los Arts. I a X del Título preliminar del estatuto represor⁽¹⁸⁾ que, a su turno, son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales —en especial los Arts. 1, 2, 3, 138, 139, 162— y de las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la determinación de la pena, por lo cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia.

Ahora bien, siguiendo esas directrices constitucionales —para el caso las contenidas en la Carta Fundamental de 1.993— y legales, el legislador de 1.991 ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 45º. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen".

Artículo 46º. – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima".

C. La fundamentación y la determinación de la pena en sentido amplio. Alcances del Art. 45.

1. El origen de la fórmula. Este texto, que no armoniza con el plasmado en el Art. 46, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del Proyecto de reformas a la Parte general del Código penal de la Nación Argentina, presentado por los Diputados Nacionales Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista, donde sí tiene una explicación coherente⁽¹⁹⁾; de allí, al parecer, lo tomaron los redactores del Código de 1.991⁽²⁰⁾.

2. Las situaciones previstas en la disposición. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena —noción diversa a la de determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", consagrada en el Art. 46—; y del otro, señala tres pautas genéricas para que el funcionario judicial cumpla con dichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Por ello, parece pertinente ocuparse de cada uno de estos asuntos.

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión⁽²¹⁾; en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional⁽²²⁾ según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. Arts. 1 y 43 de la Const.). Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. No se refiere, pues, el codificador en el Art. 45 a la noción estricta utilizada por el Art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho.

La anterior distinción se impone, pues de lo contrario sería imposible armonizar el texto del Art. 46 — redactado a partir del Art. 41 del C. P. Argentino de 1.921— con el del Art. 45 —que se deriva del Proyecto argentino mencionado más arriba—, y éste último terminaría sobrando o posibilitando una duplicidad de patrones de individualización de la pena, llamada a sembrar el caos y la confusión, sobre todo cuando se piensa en las pautas contenidas en el Título preliminar del Código. Así, por lo demás, lo ha propuesto la propia doctrina⁽²³⁾.

3. Los criterios acogidos. Tres son las pautas para cumplir con las tareas mencionadas, en sentido amplio: en primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito⁽²⁴⁾, recordando similar previsión legal en el Código penal argentino: "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" en la que, justamente, la doctrina de aquél país —citada por la peruana— ve tal figura⁽²⁵⁾. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, "en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad"⁽²⁶⁾.

En segundo lugar, pensando en el agente, deben evaluarse "su cultura y sus costumbres" —que es similar al Art. 41 argentino: "...la educación, las costumbres", con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1.989, en su Art. 50 inc. 2—, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, pues, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad ya mencionada, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: "...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación"⁽²⁷⁾.

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen" (núm. 3), con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Desgraciadamente, la fórmula se ha quedado corta⁽²⁸⁾ y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente

relacionado con el injusto —por ende, con su graduación—, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito⁽²⁹⁾ temática que, se repite, no ha quedado comprendida en el texto.

Así las cosas, el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que de todas maneras opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales.

No obstante lo dicho, parece indiscutible que los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente —sea para enfatizar en sus carencias sociales, su cultura y sus costumbres—, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva del fallo condenatorio, de la exención de pena, de las conversiones de pena, etc. (Cfr. Arts. 41 y ss.; 52 y ss.; 57 y ss.; 62 y ss.), en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena. Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no sólo los fines retributivos sino los preventivo especiales (positivos).

D. La determinación de la pena en sentido estricto y el Art. 46.

1. El origen de la fórmula. La previsión legal contenida en esta disposición tiene como primer antecedente el Art. 51 del C. P. de 1.924, sobre todo porque a partir de ella se hace la mención de los once criterios de tasación ya transcritos aunque, a diferencia del inciso 1º del Art. 51 —que hacía descansar dicho proceso en "la culpabilidad y el peligro del agente"—, el inciso primero de la actual se refiere a "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido". Así mismo, la norma examinada tiene un innegable segundo antecedente en el Art. 41 del Código Penal Argentino de 1.921 —en cuya confección tuvieron su influjo los Arts. 90 a 96 del Código Bávaro de 1.813, amén de los proyectos de Código penal suizos, cuya ascendencia sobre el Código peruano de 1.924 es también evidente⁽³⁰⁾—, aunque limándole ciertas expresiones de claro alcance peligrorista.

2. Los criterios acogidos. Si es cierto que "la responsabilidad y gravedad del hecho punible" son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad —responsabilidad en sentido estricto— suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad⁽³¹⁾, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como límite al ejercicio del ius puniendi del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (cfr. Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar).

Desde luego, resulta extraño que ni en el Art. I ("Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad") ni en el IX del citado Título ("La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora") —que confunde los fines con las funciones— se haya mencionado el fin retributivo de la pena que, obviamente, se infiere no sólo de las disposiciones acabadas de citar sino del propio Art. 46. De entrada se observa, pues, una incongruencia manifiesta en una materia que no admite dubitaciones, como es la del engranaje filosófico que anima a un determinado plexo normativo⁽³²⁾.

Por supuesto, los dos criterios centrales de la individualización de la pena en sentido estricto aparecen desarrolladas en los once numerales contenidos en la disposición, y se corresponden con las mismas pautas tenidas en cuenta por el legislador al momento de señalar las penas en las normas vertidas en la Parte especial; naturalmente, téngase en cuenta, a diferencia del legislador colombiano del 2.000⁽³³⁾, el codificador peruano no prevé disposiciones de corte genérico destinadas a regular un listado detallado de las circunstancias de atenuación y de agravación⁽³⁴⁾ aunque, como luego se advierte (Infra F y G), sí se enlistan en la Parte general eventos que cumplen dicho cometido.

3. Las once pautas del inc. 1º del Art. 46. Son varios los aspectos que es necesario precisar para un mejor entendimiento del texto. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", porque el Código en comento —como norma general— señala en su Parte especial un marco penal determinado dentro del cual se debe mover el juzgador, constituido por un mínimo y un máximo, que posibilita al juez una relativa potestad de obrar.

Obvio es decirlo, por sustracción de materia, ello no es posible en tratándose de la pena privativa de libertad de carácter perpetuo señalada en el Código —cuya constitucionalidad, de cara a lo establecido en los Arts. 1, 2 y 3 de la Carta, es más que dudosa—, pues se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada⁽³⁵⁾, y sólo se explica en cuanto que el legislador acude a criterios preventivo-generales negativos para intimidar o aterrorizar al conglomerado social.

Así mismo, en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado principio de la inherencia o de la prohibición de la doble valoración⁽³⁶⁾, cuando dispone que los criterios de determinación de la pena en sentido estricto —"el Juez atenderá (sic) la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido"—, sólo se toman en consideración a condición de que no hayan sido previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad; en otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código, o en el derecho penal complementario, no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del non bis in idem. Así se infiere, con toda claridad, del aparte respectivo del texto legal: "...en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad".

En tercer lugar, se mencionan en once numerales las situaciones especiales que el Juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente. En efecto, dentro de las pautas del primer orden deben mencionarse las siguientes: la naturaleza de la acción (núm. 1), los medios empleados (núm. 2), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3) —también plasmadas en Art. 41 del Código penal argentino—, aunque hubiera bastado con mencionar la primera para comprender las dos últimas⁽³⁷⁾; de igual forma⁽³⁸⁾, se señala como regla del mismo género la concerniente a "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" (núm. 5) —también repitiendo casi textualmente el Art. 41 inciso 1°, núm. 2°, del Código de la Nación Argentina—. Así mismo, se hace referencia a "la unidad o pluralidad de los agentes" (núm. 7), comprendiendo los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal en sentido amplio), yendo desde las diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría, previstas en el Art. 23 del Código) hasta las modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad, a que hacen referencia los Arts. 24 y 25)⁽³⁹⁾; obviamente, esta última previsión legal es más clara que la contenida en el Art. 41 del Código Argentino cuando habla de "la participación que haya tomado en el hecho" el agente.

También, se regulan "los móviles y fines" (núm. 6) que animan al autor buscando auscultar cuál era el contenido de su voluntad al momento de realizar la trasgresión a la ley penal, esto es, se persigue precisar el grado de injusto que quepa atribuirle (desvalor de acción); naturalmente, como gramaticalmente ambas expresiones son sinónimas, el legislador habría ganado en claridad refiriéndose sólo a los "fines" que hayan motivado al autor a realizar el injusto. Finalmente, también supone una referencia al grado de injusto la fórmula vertida en el núm. 3, cuando expresa que para la individualización de la pena se debe tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos", pues se pretende precisar la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos (desvalor de resultado) que, de contera, conllevan una trasgresión especial de ciertos valores ético-sociales (desvalor de acción), en la medida en que los "deberes" sólo tienen repercusión penal en tanto se traduzcan en una amenaza o lesión para el bien jurídico tutelado, como lo exige de manera perentoria el Artículo IV del Título Preliminar.

Igualmente, en segundo lugar, aparecen clarísimas referencias al grado de culpabilidad en los siguientes eventos del Art. 46: "la edad, educación, situación económica y medio social" (núm. 8) que, por lo demás, es repetición parcial del segundo criterio contenido en el Art. 45 ("la cultura y sus costumbres"); por supuesto, estos tópicos al aludir a la personalidad del autor son indicativos de su capacidad de autogobernarse, de donde cabe inferir un mayor o menor grado de exigibilidad a la hora de formular el juicio de culpabilidad⁽⁴⁰⁾. También, sucede lo mismo con la primera parte de la redacción consignada en el núm. 11 cuando habla de "las condiciones personales" del agente, haciendo una mención clara de la personalidad del autor, aunque también se concibe este texto desde la perspectiva del grado de injusto⁽⁴¹⁾; ello, desde luego, implica tener en cuenta el grado de culpabilidad a la hora de tasar la pena imponible al trasgresor de la ley penal, dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto. Cosa distinta sucede con la confusa e ininteligible segunda parte, en cuanto se refiere a las "circunstancias que lleven al conocimiento del

agente", que no tiene ningún contenido definido y resulta convertida en un verdadero galimatías no susceptible de ser aplicada.

Ahora bien, en tercer lugar, aparecen los textos plasmados en los núms. 9 y 10, esto es, "la reparación espontánea que hubiere hecho del daño", y "la confesión sincera antes de haber sido descubierto", que no suponen referencias expresas a ninguna de las dos pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto, dado que se trata de situaciones posteriores a la realización del hecho como sucede con la situación contenida en el núm. 2 del Art. 45, pero que de todas maneras —de forma indirecta— posibilitan valorar el injusto y la culpabilidad con posterioridad al hecho.

4. El conocimiento del agente por parte del juez. Así mismo, la parte final del Art. 46 —que también es reproducción del artículo 41 del Código argentino—: "El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima" menciona, esta vez de manera más amplia que en el Art. 45 —con un innegable trasfondo procesal—, a la víctima, con lo cual se reconoce que ella juega un papel decisivo al momento de fijar la pena como elemento neurálgico para la graduación del ilícito⁽⁴²⁾.

Sin embargo, lo anterior no significa que se trate de un nuevo criterio de tasación de la pena porque el estudio de los sujetos activo y pasivo —y dentro de él a la víctima—, es una problemática ligada con el injusto. Por supuesto, esta consagración legal persigue un doble cometido: de un lado, garantiza la inmediatez entre el juez o fallador y el reo; y, del otro, asegura que la determinación de la pena sea fruto de la actividad del órgano de la rama jurisdiccional⁽⁴³⁾, que debe tomar conocimiento directo del agente.

5. ¿Un tercer criterio de determinación de la pena en sentido estricto?. El planteamiento hasta ahora esbozado no es, sin embargo, aceptado totalmente por algunos comentaristas, para quienes —al parecer dando un alcance distinto al estatuto—, existiría un tercer criterio de tasación que operaría a manera de correctivo: la necesidad de pena, que se traduce en la utilización de criterios preventivos a la hora de individualizar la sanción. En efecto, se afirma que "la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales", y que "se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social"⁽⁴⁴⁾.

Por supuesto, esta referencia no legal a "la necesidad de la pena" no deja de ser contraproducente y equívoca —como lo es en textos que la consignan expresamente, como el Art. 61 inc. 3 del C. P. colombiano de 2.000—, pues se trata de una fórmula hueca susceptible de ser rellenada con contenidos diversos e imprecisos, que tornan la individualización no en una tarea judicial llamada a brindar seguridad jurídica, sino en una actividad de adivinación que posibilita afianzar las cacerías de brujas en nuestros países. Con semejante punto de partida, pues, de espaldas al derecho positivo, se puede plantear que en la individualización de la pena en sentido estricto tienen cabida los fines preventivos especiales⁽⁴⁵⁾ o generales⁽⁴⁶⁾, o ambos al mismo tiempo⁽⁴⁷⁾, al estilo de lo que sostiene —aunque con diversas variantes— gran parte de los estudiosos alemanes del § 46 del C. P. vigente⁽⁴⁸⁾.

Una conclusión distinta se impone, pues, cuando se parte del contenido de los Arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar, que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos —"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley", de culpabilidad —"la pena requiere de la responsabilidad penal del autor"— y de proporcionalidad —"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"—; esos axiomas, no se olvide, son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Carta: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Así las cosas, un Derecho penal como el peruano sólo puede tomar en cuenta la prevención general —desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva— a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede —en la cual, se repite, sólo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma—, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración⁽⁴⁹⁾; y, en lo

que a la prevención especial respecta, ello sólo puede suceder en el momento de la ejecución de la pena y, por supuesto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio⁽⁵⁰⁾ aunque, como ya se dijo, al estudiar el artículo 45, sin descontar los fines retributivos.

6. Conclusión. De la exposición del Artículo 46 cabe concluir lo siguiente: aluden al grado de injusto los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 46; al grado de culpabilidad los numerales 8 y 11 en su primera parte. Igualmente, no tienen naturaleza jurídica autónoma, al punto de erigirse en criterios de la tasación de la pena independientes, los núms. 9 y 10⁽⁵¹⁾ que —de todas maneras— son un indicativo de la gravedad del hecho (injusto) y de la culpabilidad del autor; serían, pues —para recordar una construcción propia de la doctrina y la jurisprudencia germanas—, una especie de indicio⁽⁵²⁾, dado que se trata de factores a partir de los cuales se pueden extraer consecuencias sobre el injusto y la culpabilidad. Y, por supuesto, no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto.

E. Los criterios de determinación de la pena de multa: el Art. 41. Pese a que las disposiciones hasta ahora examinadas, parecieran contener las pautas genéricas de tasación de la pena —tanto en sentido estricto como amplio— en el Derecho penal peruano, como lo demuestra el hecho de que aparezcan insertas en el Capítulo II del Título III, dedicado a "la aplicación de la pena", la verdad es que en tratándose de la pena de multa se prevén unos criterios específicos que deben ser mencionados en esta sede. En efecto, el inciso 2° del Art. 41 señala que la multa "se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza". Obviamente, la pregunta que fluye es la siguiente: ¿estas reglas de "determinación" como los llama la propia Ley, operan de manera independiente, con prescindencia de los señalados en los Arts. 45 y 46, o han sido establecidos como pautas adicionales a éstas?

La respuesta a este interrogante parece clara: como los mandamientos señalados en el Art. 45 se refieren a la determinación de la pena en sentido amplio, ellos no operan a efectos de tasar la pena pecuniaria en concreto, salvo que se trate de otros aspectos como, por ejemplo, la fijación de un plazo para su pago (Cfr. Art. 44). Así mismo, dado que los cánones acogidos por el Art. 46 se refieren a la determinación de la pena en sentido estricto, comprendiendo todas las sanciones previstas en el título III —privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y, por ende, la pena de multa—, es indudable que sí se aplican a título de pautas genéricas por parte del Juez, máxime que éste debe partir de las mismas reglas de determinación tenidas en cuenta por el legislador al redactar las normas penales, trátase de la gravedad del injusto o de la culpabilidad.

F. Una agravante genérica: el Art. 46A. Esta disposición, introducida por la Ley 26.758 de catorce de marzo de 1.997, al tenor de la cual se incrementa la pena impuesta hasta en un tercio del máximo legal previsto —sin exceder el monto de la pena privativa de libertad señalada en el Art. 29, esto es, treinta y cinco años— cuando el sujeto activo detenta determinadas calidades propias de los servidores públicos (miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público), y realiza el hecho punible utilizando "armas proporcionadas por el estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público", hace una referencia inequívoca al injusto cometido⁽⁵³⁾. Sin duda, se trata de un incremento punitivo que mira con las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción lo cual se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado.

Por supuesto, no se necesitan mayores elaboraciones teóricas para darse cuenta de que la disposición descansa en los mismos fundamentos inspiradores del Art. 46 inciso 3° que, como ya se dijo, introduce "la importancia de los deberes infringidos" como pauta de individualización de la pena.

Así mismo, obsérvese, el hecho de que la norma en comento manifieste que la situación en ella contemplada "constituye circunstancia agravante de la responsabilidad", no significa que el legislador haya optado por la noción de "responsabilidad" —tal como la entiende el Art. 46 al aludir a las pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto— y no "por la gravedad del hecho punible cometido".

Igualmente, téngase en cuenta, la parte final de la disposición contiene una muy importante y necesaria referencia al principio de la inherencia o de la prohibición de doble valoración —ya

contemplado también en el inciso 1° del Art. 46—, al señalar que "no será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible"; ello es producto, no se olvide, de la vigencia de los axiomas del acto, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad, entre otros. Por lo demás, este postulado se convierte en una importante directriz hermenéutica que ayuda, de mejor manera, a comprender el alcance de las reglas de tasación de la pena establecidas en la Ley penal⁽⁵⁴⁾

En fin, se debe advertir que tal como está concebida esta "circunstancia agravante", también calificable de genérica, ella sólo opera en tratándose de penas privativas de libertad temporal, como con toda claridad se desprende del inciso segundo del artículo—"el juez podrá aumentar la pena en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, **no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este código**"—quedando excluidas, por sustracción de materia, la cadena perpetua (Cfr. Art. 29), las penas pecuniarias de multa (Cfr. Arts. 41 y ss.), las restrictivas de libertad (Art. 30), y las limitativas de derechos (Arts. 31 y ss.).

G. Las pautas de individualización en otras disposiciones. Naturalmente, también de múltiples previsiones legales se desprende que el mismo legislador emplea los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto, ya estudiados en el Art. 46, a título de directrices para los jueces o falladores. En efecto, en la Parte general aparecen consignados los siguientes casos de menor graduación de la pena: el Art. 14 prevé, respectivamente, en los errores vencibles de tipo (menor injusto) y de prohibición (menor culpabilidad), la punición a título de culpa y con una pena atenuada; el Art. 15 regula el error de comprensión culturalmente y establece, por tratarse de un menor grado de culpabilidad, la atenuación de la sanción en casos de evitabilidad. Así mismo, el Art. 16 señala la disminución prudencial del castigo en la tentativa (menor injusto); el Art. 21 consigna una pena atenuada—hasta límites inferiores al mínimo legal— para aquellos eventos en los cuales, por no darse alguna de las exigencias contempladas en las causales de exención de responsabilidad del Art. 20, se presentare un grado de responsabilidad restringido (menor culpabilidad). Igualmente, también el Art. 22 anuncia una situación similar a ésta última, por razones de edad (más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años); finalmente, también se atenúa la sanción en el Art. 24 inciso 2° en materia de complicidad secundaria (menor injusto).

Así mismo, existen casos como los del Art. 68 en los cuales se señala la exención de pena en tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad de menos de dos años, pena limitativa de derechos, o multa, lo cual supone un menor grado de injusto.

De igual forma, fuera de la hipótesis del Art. 46 A acabada de estudiar, existen otros casos de incremento punitivo: con base en el mayor grado de injusto se aumenta en un tercio la máxima sanción prevista para el hecho punible más grave, cuando se tratare del delito masa (Art. 49 inciso 2°); y se castigan—como injusto más grave— con la pena establecida para el delito mayor entidad, los eventos de concurso ideal de delitos (Art. 48), delito continuado (Art. 49), y concurso real o material (Art. 50).

Por supuesto, también en la Parte especial (Libros Segundo y Tercero) y en el derecho penal complementario se aprecian diversas hipótesis en las cuales el codificador indica incrementos o disminuciones punitivas, fundadas en los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto ya examinados, que sería largo enumerar en esta sede.

H. Las pautas de tasación de las medidas de seguridad (Arts. 73 y 75). Así parezca paradójico, las reglas de determinación de la pena en sentido estricto estudiadas también imperan, de manera parcial, en el ámbito de las medidas de seguridad—las otras consecuencias jurídicas del hecho punible, de naturaleza penal, diseñadas por el legislador peruano de 1991⁽⁵⁵⁾—, como se desprende de las previsiones del Título IV de la Parte general del Código. En efecto, se consagran como tales la internación y el tratamiento ambulatorio, las cuales se aplican a partir del principio de proporcionalidad—rótulo que la dogmática alemana ideó para llamar a la peligrosidad criminal—: "Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado" (Cfr. Art. 73). Así las cosas, son dos los patrones vigentes en esta materia: la gravedad del hecho cometido y la peligrosidad, la primera de las cuales también impera en el ámbito de las penas.

No obstante, cuando el Art. 75 afirma que "la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido", remite a las pautas de determinación de la pena en sentido estricto que, por esta vía, terminan desempeñando un papel fundamental para la individualización de esta medida de seguridad, no así para el tratamiento ambulatorio que no tiene duración alguna prevista en la ley.

IV. Principios básicos

Acorde con la exposición anterior, se puede constatar que la determinación de las penas —lo que también es válido para las medidas de seguridad, con las observaciones ya plasmadas— en el derecho penal peruano, como cualquiera otra tarea propia del Derecho penal liberal, está gobernada por diversos postulados que emergen tanto de los estatutos penales como de la Constitución (Cfr. Arts. 1 a 3; 139, entre otros) —las llamadas fundamentaciones constitucional y legal de la pena, a las que se debe someter la tarea judicial⁽⁵⁶⁾— la cual, como norma de normas, es de aplicación prioritaria y gobierna todo el entramado legislativo, tal como se infiere del contenido preciso del Art. 138: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes./En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior". El siguiente examen de la legislación abordada lo corrobora.

A. El principio de humanidad. Acorde con el más importante de los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, al penado se le debe preservar no sólo su autonomía ética sino su indemnidad personal, cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible; por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes. Así se desprende, de los Arts. 1 y 2 núm. 24 h de la Constitución, cuyos textos rezan de la siguiente manera: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes"; I del C. P.; y III del Código de ejecución penal de 1.991; 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

No obstante, algún sector doctrinario al aludir al tema distingue tres axiomas distintos. En efecto, en primer lugar, se habla del principio de humanidad, para designar un postulado vigente en el ámbito de la ejecución penal según el cual al condenado se le deben respetar unas condiciones mínimas de reclusión, que no le desconozcan su dignidad de persona; en segundo lugar, se alude al principio de respeto de la dignidad humana (que se hace derivar del Art. 1 de la Const.), pues la persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al prever, imponer o ejecutar penas⁽⁵⁷⁾. Y, además, en tercer lugar, se hace referencia al principio de la prohibición de someter al individuo a actos violentos, torturas o a tratos inhumanos o humillantes, que se hace emerger del Art. 2, núm. 24 h, de la Constitución⁽⁵⁸⁾.

B. El principio de legalidad. Según este apotegma, la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan; igualmente, este postulado implica —por eso se le conoce también como principio de reserva—, que sólo la ley expedida por el órgano legislativo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad, pues el poder legislativo es el único legitimado para restringir los más elementales derechos humanos. Así mismo, se conoce como de intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del Estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del derecho penal mismo.

Del axioma emergen garantías substantivas, procesales, y de ejecución penal que también cobijan a las consecuencias jurídicas del hecho punible. Las del primer orden implican que no hay pena o medida de seguridad sin ley escrita (está prohibido el derecho consuetudinario), estricta (esta prohibida la analogía, salvo favorabilidad), cierta (deben estar consagradas de manera clara, precisa, y determinada en la ley, para que no haya dudas en torno a su contenido y alcance), y previa (han de ser creadas por una ley anterior al hecho, aunque en casos de favorabilidad se puede acudir a una

posterior). De aquí emergen diversos postulados que también tienen profunda incidencia en la tasación de la pena.

Así mismo, las garantías de orden procesal comportan que toda consecuencia jurídico penal tiene que ser impuesta en virtud de un proceso legal, rituado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función. Como es obvio, se alude a los principios del debido proceso legal — comprensivo, a su turno, de todos los postulados inspiradores del derecho procesal penal— o legalidad del proceso.

Finalmente, en el campo de la ejecución penal, la regla en estudio le garantiza a todos los ciudadanos condenados que no puede haber pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, sin resocialización dando origen a otros tantos axiomas.

El postulado acabado de mencionar emerge de los Arts. 2 núms. 24 a y 24 d de la Const. —que recogen los Arts. 5 y 11 núm. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, según los cuales es imposible sancionar a un ciudadano con penas no previstas en la Ley: "Toda persona tiene derecho:...24. A la libertad y a la seguridad personales: en consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe... d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Lo mismo acontece con los Arts. II y VI del C. P.

C. El principio del acto. Según el axioma del hecho o de la objetividad material, el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, referido a un actuar del hombre; el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una exterioridad, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres sólo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto.

Por ello, justamente, el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que se es. Es tan importante el principio del acto que un derecho penal inspirado en él solo impone pena a quien ha realizado un injusto culpablemente, pues el juicio de exigibilidad dirigido sobre el infractor se basa en el hecho cometido; se conforma, así, la dupla derecho penal de acto-culpabilidad por el acto.

Así mismo, para el derecho penal de acto uno de los criterios básicos de individualización de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, enlazando así con el apotegma de culpabilidad que suministra uno de los pilares fundamentales para la tarea de cuantificación penal; y, por supuesto, engarzando con el postulado de protección de bienes jurídicos a partir del cual —como luego se dirá— se erige el grado de injusto como criterio de la tasación de la pena (Cfr. Infra D).

De igual manera, este axioma implica la imposibilidad de agravar la sanción a quien ha reiterado la comisión de hechos criminosos (reincidencia), y a los autores habituales o de comisión profesional, pues la pena atiende al hecho cometido y no a la calidad personal del sujeto activo del mismo.

El axioma del acto también es de consagración constitucional y legal (Cfr. Arts. 2 núm. 24 d de la Const.; II y VIII del C. P.) y, por supuesto, emerge del Art. 46 del Código Penal.

D. El principio de taxatividad. De la mano del axioma de legalidad, como ya se dijo, aparece este apotegma también conocido como de certeza, o de determinación, en virtud del cual no hay pena o medida de seguridad sin ley cierta. Como producto de ello, las consecuencias jurídicas deben aparecer consignadas en la ley de manera clara y precisa estableciéndose su clase, grado y duración, poniendo al alcance del juzgador marcos de tasación punitiva precisos que le permitan moverse con

toda certeza, sin atentar contra la seguridad jurídica. Esta exigencia es aún mayor en materia de medidas de seguridad, normalmente alejadas de los postulados inspiradores del Estado de derecho.

Como es obvio, la indeterminación en esta materia puede surgir por ausencia del límite temporal, cuando no se señala la duración de la consecuencia —piénsese en la cadena perpetua prevista en la legislación peruana—; si no se indica el monto de la sanción, esto es, cuando el legislador no indica un límite preciso. Así mismo, si no se prevé la clase de consecuencia jurídica imponible, o ésta no existe; incluso, puede acaecer que su determinación se deje librada al capricho del juzgador.

También, este axioma está ampliamente previsto en el ordenamiento peruano (Cfr. Arts. 2 núm. 24 d de la const.; II del C. P.), pese a que el mismo legislador lo ha quebrantado como se acaba de mostrar.

E. El principio de protección de bienes jurídicos. Otro postulado fundamental es el de ofensividad, del bien jurídico, de lesividad, o de la objetividad jurídica del delito, gracias al cual no hay delito sin daño, lo cual significa que no existe hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado. Esta concepción surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con los dictados de la teoría del contrato social, y se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico. Por ello, justamente, se utiliza en codificaciones penales como la peruana el grado de injusto como criterio de tasación de la pena, pues para el legislador no es lo mismo cometer una conducta típica y antijurídica de hurtar una mercancía en un almacén de cadena que una de asesinar a un grupo de niños con un coche-bomba.

Este apotegma se deriva también de los Arts. 2 núm. 24 b y d de la Const.; y IV y 46 del C. P.

F. El principio de culpabilidad. Otra directiva básica en esta materia es la de la responsabilidad subjetiva, según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle "reprochado" o "exigido" al agente⁽⁵⁹⁾, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad⁽⁶⁰⁾.

Como producto de ello, la sanción debe ser individual o estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc. Naturalmente, se transgrede este axioma si se agrava o fundamenta la pena por el mero resultado, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; o si se da vía libre al versari in re illicita haciendo responder al autor de todas las consecuencias de su acto —aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Así mismo, cuando se condena a penas a un inimputable, o no se le reconoce al agente una causal de inculpabilidad; si se asigna mayor pena a reincidentes, delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de culpabilidad respectivo. Esto sin olvidar, claro está, eventos en los cuales se deduce responsabilidad penal al agente por el hecho de otro.

Y, para terminar, en la que constituye la consecuencia más importante de cara al tema examinado, se vulnera este axioma cuando no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de determinación o tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para su medida⁽⁶¹⁾.

Este apotegma tiene amplia consagración en los Arts. 2 núm. 24 d y 139 Inc. 1 tercer párrafo de la Const.; y VII, 12 y 46 del C. P.

G. El principio de igualdad ante la ley penal. En virtud de éste postulado todos los ciudadanos deben ser tratados respetándoseles las mismas oportunidades y derechos, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna a la hora de la imposición y la ejecución de las consecuencias jurídicas dependiendo, claro está, de la entidad del hecho cometido. Dicho axioma tiene asidero constitucional y legal en el ordenamiento peruano, como se desprende de los Arts. 2 núm. 2: "Toda persona tiene derecho: ... 2. A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole" de la Const.; 1 y 10 del C. P.

H. El principio de la teleología de las sanciones penales. Según esta directriz cuando el Estado, representado en la persona del juez, impone al transgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad⁽⁶²⁾ vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Es de tal trascendencia esta exigencia, que, de un lado, si la imposición de las consecuencias juridicopenales se librara al capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada.

Pero, de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir los hechos punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material tanto a través de una adecuada ejecución penal como de la imposición y ejecución de sanciones equitativas que se adecuen al hecho cometido. Lo que debe perseguir un Estado de derecho no es la causación de un mal al infractor, sino su readaptación, su resocialización, su reeducación —cuando ella sea posible y no se afecten sus derechos humanos fundamentales—, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad; se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico buscando su desquiciamiento.

Este apotegma emerge de los Arts. 1, 2 núms. 2 a 24, 3, 139 núms. 21 y 22⁽⁶³⁾, 162 primer párrafo de la Constitución; I y IX del C. P.; II y III del Código de ejecución penal.

I. El principio de proporcionalidad. También, dentro de las directrices para la imposición de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible (básicamente la pena) no podía faltar esta pauta, dado que la sanción penal debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor entidad; justamente, una de las conquistas del moderno derecho penal, desde la época de C. Beccaria⁽⁶⁴⁾, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la ley penal de diversa gravedad. En otras palabras: la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa —pues a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes— como cuantitativa —en tanto que a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia—. Desde luego, contra este rasgo de la pena se alzan los castigos draconianos y ejemplarizantes que se imponen con la pretensión de reprimir ciertas formas de delincuencia, olvidando que el canon de proporcionalidad representa un límite lógico al poder punitivo en el Estado de derecho, derivado del concepto retributivo de pena.

El apotegma ha sido entendido, sin embargo, de manera distinta por la doctrina peruana: en primer lugar, se afirma que supone la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin perseguido, pues de conformidad con las múltiples funciones asignadas a la pena, ésta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente. En segundo lugar, se dice que la proporcionalidad se mide en función de su necesidad que se concreta, principalmente, en las penas privativas de libertad que deben constituir la última ratio de la política criminal. Y finalmente, en tercer lugar, que en sentido estricto limita el uso o la intensidad de una sanción de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura⁽⁶⁵⁾.

El axioma está previsto en los Arts. 2 núm. 24 b y d; 43 ("la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana"), y 45 inc. 1° ("el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"); y VIII del C. P.

J. El principio de irrevocabilidad. Igualmente, la pena una vez impuesta debe cumplirse estrictamente sin que —en principio— sea susceptible de revocación o suspensión; desde luego, esto no significa que en algunas hipótesis previamente señaladas por el legislador no pueda suspenderse o revocarse, atendiendo a diversas situaciones: piénsese en lo que sucede —por ejemplo— cuando se concede un subrogado penal (suspensión de la ejecución de la pena); la amnistía o el indulto; la prescripción de la pena impuesta; la sentencia de revisión; la pérdida del carácter delictivo de un hecho por presentarse un tránsito de legislaciones. En fin, en los eventos de aplazamiento de su ejecución por parto o enfermedad del procesado (a) o de un pariente, o de rebaja de penas.

Dos desarrollos legales de este postulado —que dimana de la cosa juzgada— son, por supuesto, los contenidos en los Arts. 51 y 90 del C. P.

K. El principio de publicidad También, las consecuencias jurídicas impuestas deben ser conocidas por todos los ciudadanos, han de ser de carácter público, de tal manera que la opinión se entere del comportamiento de sus jueces; no en vano una de las funciones que se le ha asignado a la pena en sentido estricto es la prevención general (Cfr. Art. I del C. P.) lo cual no significa, por supuesto, que el codificador o el juez estén autorizados a utilizarla para escarmentar al reo o a la comunidad jurídica, cayendo en el terrorismo punitivo.

V. Conclusiones

Después de examinar las reglas de determinación de la pena vigentes en el derecho penal peruano, se pueden consignar las siguientes reflexiones.

Primera. Pese a los esfuerzos del legislador por dotar de racionalidad esta materia, suministrado pautas como las ya expuestas, son evidentes las dificultades para llevar a la vida práctica estas exigencias que más bien —como en otras latitudes— dejan librada la cuantificación penal a consideraciones puramente intuitivas e irracionales⁽⁶⁶⁾. Por supuesto, y este Seminario es una invitación a ello, de lo que se trata es de cambiar esa mentalidad y de asumir esta tarea con criterios racionales, velando por el fortalecimiento de la seguridad jurídica, verdadero norte y guía de un Estado de derecho social y democrático.

Segunda. Por supuesto, los inocultables abismos entre lo que la Ley penal señala y la realidad, no pueden generar en el estudioso la convicción de que una tarea racional como ésta —que en todo caso debe estar ceñida a los principios propios del ideario demoliberal—, pueda ser reemplazada por pautas mensurables sin discusión alguna como las brindadas por las ciencias exactas. No es, pues, posible reemplazar al hombre por una máquina computarizada, como en un magistral relato de PAPINI⁽⁶⁷⁾, porque ello llevaría al desastre y a la cosificación de la persona humana, perdiéndole todo respeto a su dignidad, ahogándonos en las náuseas del despotismo y la arbitrariedad.

Tercera. Así mismo, la existencia de vacíos e incongruencias —sobre todo en materia de los principios cardinales del Derecho penal, como sucede con la legislación peruana— en la Ley, tampoco puede servir de pretexto para que, en lugar de una pena democrática, se entronice el terrorismo punitivo como a veces se pretende. Por el contrario, se trata de realizar una verdadera tarea hermenéutica que —a partir de disciplinas como la lógica formal y material, las modernas construcciones del lenguaje, y de los principios constitucionales del Estado democrático— permita dotar de profundo humanismo la tarea de cuantificación penal.

Cuarta. Naturalmente, no debe olvidarse que para poder cumplir de mejor manera la tarea de medición penal es indispensable que el funcionario judicial haya llevado a cabo, previamente, una adecuada calificación de la conducta o conductas objeto de valoración, emitiendo con rigor y coherencia, los juicios de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como lo exigen las construcciones dogmáticas del delito. Pero, más allá de esas elaboraciones, se trata también de impulsar una verdadera dogmática de la tasación de la pena, cuyos principios posibiliten valorar de mejor manera el injusto y la culpabilidad del agente e imponer, de conformidad con ellos, la pena correspondiente en el caso concreto.

Quinta. En esta tarea judicial, como en todas, se requiere de la más absoluta desprevención, ecuanimidad y sobriedad en los juicios, para no caer en cuantificaciones penales abusivas o inhumanas, ridículas o insignificantes. La democracia real exige que los jueces, dotados de un inmenso poder, limiten los derechos fundamentales de la persona humana sólo en cuanto ello sea necesario y, por supuesto, dentro de los cánones propios del ideario liberal que la Constitución y la Ley peruanas han señalado. Desde luego, esto no significa que el fallador se tenga que limitar a ser "la boca que pronuncia las palabras de la Ley" en este ámbito, como dijera MONTESQUIEU, pues es evidente que él no sólo aplica el Derecho sino que también lo crea⁽⁶⁸⁾. Ese margen de creación, justamente, es el que debe estar sometido a severos controles para que deambule dentro de criterios de racionalidad y ponderación⁽⁶⁹⁾.

Sexta. Si algo debe quedar claro después de la exposición anterior es que, pese a la juventud del texto legal peruano, no así la de alguna de las fórmulas adoptadas en esta materia, urge debatir con profundidad todo el sistema de determinación de las penas con miras a tornarla, de un lado, en un instrumento más eficaz en la lucha contra la criminalidad; y, del otro, sin que esto excluya lo primero, en un mecanismo respetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana.

Séptima. Ese replanteamiento es todavía más urgente si se tiene en cuenta que, a diferencia de los sistemas de penas de los países europeos, cuyos textos legales hacen hincapié en los fines preventivos en este ámbito, en nuestras naciones —y, por supuesto, en el Perú— los modelos penales siguen aferrados a las penas privativas de libertad de larga duración, haciendo muy pocas concesiones a nuevas especies de sanción e incluso a sustitutivos penales, con lo cual son mayores los riesgos que se corren de cara a la preservación de la seguridad jurídica. Lo anterior, es producto de que en Latinoamérica es una constante el endurecimiento de penas como única herramienta de lucha contra la criminalidad⁽⁷⁰⁾.

Octava. El estudioso y el administrador de justicia peruanos, pues, deben ser muy cuidadosos a la hora de interpretar los textos legales en materia de determinación de la pena —sobre todo a raíz de la encrucijada interpretativa generada por la dualidad de reglas en los textos de los Arts. 45 y 46, como ya se mostró a lo largo de este trabajo—, para no caer en el equívoco de creer que ellos se corresponden con la doctrina hispano-germana en este ámbito, sobre todo porque se trata de codificaciones y de sociedades bien distintas en las cuales la pena privativa de libertad tiene también alcances muy diferentes.

VI. Bibliografía consultada

Achenbach, Hans: *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1.974.

Alibrandi, Luigi: *Il Codice Penale Commentato per articolo con la giurisprudenza*, Piacenza, Casa Editrice la Tribuna, segunda edición, 1.993.

Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, traducción, introducción y notas de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1.979.

Borja Jiménez, Emiliano: "el principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal" en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo CLV, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de publicaciones, 1.991, págs. 165 y ss.

Bramont Arias, Luis/Bramont-Arias Torres, Luis Alberto/García Cantizano, Maria del Carmen: *Código Penal anotado*. Lima, Editorial San Marcos, 2ª ed., 1.998.

Bruns, Hans Jürgen: *Das Recht der Strafzumessung*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymananns Verlag, 2ª ed., 1.985.

Cobo del Rosal, Manuel/Tomas Santiago Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tiranto lo Blanch, 5ª ed., 1.999.

Código Penal. Sumillado, concordado, notas, índice analítico, cuadro de modificaciones, Lima, 4ª Edición oficial, Grijley, 1.999.

Código Penal de la República del Paraguay. Asunción, Instituto de ciencias penales del Paraguay, 1.998.

Code Pénal Suisse, Berne, Edición oficial, 1.991.

Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón, trad. de Perefecto Andrés Ibáñez y colaboradores, Madrid, Trotta, 1.995.

Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo: Diritto penale. Parte generale, Bologna, Zanichelli, 3ª ed., 1.995.

Foregger, Egmont/ Bachner-Foregger, Helene: Strafgesetzbuch, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1.998.

Hassemer, Wienfried: Fundamentos de Derecho penal, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1.984.

Hirsch, Andrew von: Censurar y castigar, trad. y prólogo de Elena Larrauri, Madrid, Trotta, 1.998.

Hurtado Pozo, José: Manual de Derecho Penal, Lima, Eddili, segunda edición, 1.987.

"Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al Proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano", en Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1.999, págs. 17 a 29.

"Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal" en Anuario de Derecho Pena 1.993, Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1.993, págs. 44 y ss.

Jakobs, Günther: Estudios de Derecho penal, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1.997.

Jescheck, Hans Heinrich: Tratado de Derecho Penal, Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 4ª ed. alemana, 1.988.

Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1.996.

Luzón Peña, diego Manuel: Código penal, Madrid, Mc Graw Hill, 2ª ed., 1.998.

Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1.979.

Maia Gonçalves, M.: código Penal Portugês. Anotado e comentado e legislação complementar, Coimbra, 12ª ed., 1.998.

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Derecho penal. Parte general 2, Trad. de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1.995.

Mir Puig, Santiago: El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona, Ariel, 1.994.

Derecho penal. Parte general, Barcelona, Tecfoto S. L., 5ª ed., 1.998.

Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., 1.998.

Navarro Altaus, Martín: "El sistema de penas en el CP peruano de 1.991", en Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1.999, págs. 73 a 100.

Papini, Giovanni: Gog. El libro negro, trad. De Mario Verdaguer, Barcelona, Círculo de Lectores, 1.973.

Peña Cabrera, Raúl: Tratado de Derecho penal, tomo I, Estudio programático de la Parte General, Lima, Grijley, 1.995.

Prado Saldarriaga, Víctor: Comentarios al Código Penal de 1.991, Lima, Editorial Alternativas, 1.993.

Quintero Olivares, Gonzalo: "Determinación de la pena y política criminal" en Cuadernos de Política criminal Nº 4, Madrid, EDERSA, 1.978, 49 y ss.

Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín/Prats Canut, J. Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Madrid, Aranzadi, 1.999.

Roxin, Claus: Derecho penal, Parte general, tomo I, trad. de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1.997.

_____ : Problemas básicos del Derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1.976.

_____ : Culpabilidad y prevención en Derecho penal, Trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1.981.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Eser, Albin/Stree, Walter: Strafgesetzbuch. Kommentar, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 25ª ed., 1.997.

Stratenwerth, Günter: El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, traducción de Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía E., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, , 1.980.

Vaello Esquerdo, Esperanza: "Panorama del sistema de penas de los códigos penales español y peruano", en Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1.999, págs. 33 a 71.

Velásquez V., Fernando: Derecho penal, Parte general, Bogotá, Temis, 3ª ed., 1.997.

_____ : "Las normas rectoras del Proyecto de Código penal peruano de 1.986", en Anuario de Derecho penal 88, Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1.988, págs. 11 y ss.

_____ : "las medidas de seguridad. Aproximaciones al Código Penal peruano de 1.991", ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Universidad de Lima (Perú), celebrado entre los días 28 de agosto al 1 de septiembre de 1.995. Documento original.

Villavicencio Terreros, Felipe: Código penal, segunda edición, Lima, Grijley, 1.997.

Zafarroni, Eugenio Raúl: "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", en Revista del Colegio de Abogados penalistas del Valle, Nº 8, 1.983, Medellín, Señal Editora, 1.983, págs. 49 y ss.

_____ : Tratado de Derecho penal. Parte general, tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1.983.

Zamora, Fernando Marcelo: Código Penal, Buenos Aires, Zavalía, 1.987.

Ziffer, Patricia S.: Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1.996, con prólogo de Julio B. Maier.

_____ : El sistema argentino de medición de la pena. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.996.

Zipf, Heinz: "Principios fundamentales de la determinación de la pena" en Cuadernos de Política Criminal, Nº 17, Madrid, Edersa, 1.982, págs. 353 y ss.

Notas:

(1) Este concepto, en sentido estricto, se entiende como el acto o proceso mediante el cual el juez —en el caso concreto— fija las consecuencias jurídicas imponibles a quien ha realizado una conducta punible. En un sentido amplio, se concibe como el procedimiento relativo a todas aquellas cuestiones atinentes a la ejecución penal como la suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento en un determinado establecimiento, la imposición de especiales deberes, la indemnización de los perjuicios, la forma como se paga la multa, etc. Cfr. JESCHECK: Tratado, págs. 785 y 786; BRUNS: Das Recht, págs. 43 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal, 2, pág. 695; ZIFFER, Lineamientos, pág. 24.

(2) Cfr. BRUNS, Das Recht, págs. 1 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/zipf, Derecho penal 2, pág. 688; ZIFFER/GÖZIFFER, Lineamientos, pág. 18.

(3) Con razón, dice MAIER en el "Prólogo" al libro de ZIFFER, lo siguiente: "la elección de la clase y de la cantidad de la pena, incluidas ciertas características de su ejecución, es hoy, entre nosotros, poco menos que un ejercicio de adivinación que, en última instancia, comparece sólo ante el "sentimiento jurídico" de los jueces que integran el tribunal sentenciador. Su debate, incluso, escasamente conforma la cuestión en juicio, porque cualquier argumento, incluidas apreciaciones generales o abstractas sobre la aplicación de circunstancias a tomar en cuenta para la medición, con cualquier grado de aproximación a la verdad —o a la falsedad— y sin discusión previa, puede ser y es utilizada para fundar la clase y la cantidad de pena elegida, y la manera particular según la cual será ejecutada, sin que rijan para ello principios básicos, incluso de carácter constitucional, que gobiernan la aplicación del Derecho Penal material y el procedimiento penal" (Cfr. Lineamientos, pág. 14). Y ZAFFARONI: "En pocas materias penales el magistrado latinoamericano está más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado un delito y calificado penalmente el mismo, debe cuantificar la pena a imponer. Pareciera que allí termina la doctrina y se cae de pleno en terreno de las meras consideraciones personales, subjetivas, intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está falta de sustento racional" (Cfr. "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", pág. 49).

(4) BRUNS, Das Recht, págs. 3 y ss., 29. Como dice ZIFFER: "Una dogmática refinada sobre la determinación de la pena debería estar en condiciones de ofrecer una gama de recursos para argumentar con rigor a favor o en contra de una clase de pena y de su medida concreta. Para ello sería necesario superar previamente un estado de la discusión dada entre nosotros, que no vaya más allá de oscuras intuiciones sobre una "pena justa"; y añade: "El objetivo de la dogmática de la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible, todos los elementos irracionales de la decisión" (Cfr. Lineamientos, págs. 17, 29 y 30).

(5) Sobre ello ZAFFARONI, Tratado, tomo V, págs. 275 y ss. Una clasificación distinta en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT (Cfr. Manual, págs. 706 y 707), quienes señalan los siguientes caminos legales: los que ofrecen un complejo sistema métrico, pseudoaritmético, compuesto de grados, circunstancias, etc. de manera que el juez queda reducido a realizar una especie de operación aritmética (códigos españoles del siglo XIX y el vigente hasta 1.995); aquellos que dejan el problema absolutamente en manos del libre arbitrio judicial, a fin de que el juez pueda valorar por sí mismo las circunstancias personales y fácticas que concurren en el autor y en el hecho; sistemas que indican unos criterios orientadores no vinculantes que le sirven al juez como orientación para individualizar la pena (por ejemplo, el sistema alemán vigente). Y, finalmente, sistemas en los cuales se establecen unos máximos y unos mínimos legales, acompañados de unas reglas de medición que dejan al juez un campo razonablemente amplio para la medición.

(6) Así SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, págs. 637 y ss.; también ZIPF, "Principios fundamentales", págs. 353 y ss.; JESCHECK, Tratado, págs. 785 y ss.; STRATENWERTH, El futuro del principio, págs. 43 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, págs. 717 y ss.

(7) Por todos véase ZIFFER, Lineamientos, pág. 116.

(8) Cfr. FIANDACA/MUSCO, Diritto penale, pág. 705.

(9) Formulación que algunos estudiosos españoles —aunque el legislador la había concebido desde el plano de la retribución— entendían a la luz de los fines de prevención general y especial. No obstante, este predicado "abandono" de la retribución pareciera desembocar en una verdadera "estafa de etiquetas" cuando a la prevención general se le asignan los mismos cometidos de la retribución (Cfr. LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, págs. 21 y ss. y 84). Para una crítica de dicho sistema, Cfr. QUINTERO OLIVARES, "determinación de la pena", págs. 54 y ss.

(10) Sobre ello, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho penal, pág. 931 y ss.

(11) Véase QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, Manual, pág. 708; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, págs. 581 y ss.; MIR PUIG, Derecho penal, págs. 743 y ss.

(12) Ello no ha impedido, desde luego, que se intente interpretar el Código suizo de la misma manera que el alemán. Cfr. ROXIN: Culpabilidad y prevención, pág. 102.

(13) Dicen así: "Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan" (Art. 3); "Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión" (Art. 4); "Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva" (Art. 12).

(14) Sobre ello, ZIFFER, Lineamientos, págs. 187 y ss.; VON HIRSCH, Censurar y castigar, págs. 11 y ss, con prólogo de LARRAURI.

(15) Cfr. NAVARRO ALTAUS, pág. 83.

(16) Sobre ello, NAVARRO ALTAUS, págs. 82 y ss.; VAELO ESQUERDO, págs. 33 y ss. haciendo una comparación con el sistema español plasmado en el C. P. de 1.995.

(17) Cfr. DIETER DÖLLING, "El desarrollo...", pág. 102.

(18) Sobre estos axiomas PRADO SALDARRIAGA, Comentarios, pág. 21 y ss.; para el Anteproyecto de 1.986, véase VELÁSQUEZ, "Las normas rectoras...", págs. 11 y ss., 27 y 29.

(19) El Proyecto, según generosa información del Profesor HURTADO POZO, aparece en Trámite Parlamentario, N° 121, del 13 de noviembre de 1987, Buenos Aires, 1.987.

(20) Véase HURTADO POZO: "Responsabilidad y culpabilidad" en Anuario 93, págs. 54 y ss.

(21) Hoy, después del dogma de la discrecionalidad judicial en este ámbito, que imperara durante mucho tiempo en los modernos derechos penales, se discute si la medición judicial comporta una decisión libre por parte del juez pero vinculada al derecho —tesis dominante en el derecho alemán—, o se trata de la mera aplicación del derecho a partir de unas reglas determinadas (Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, pág. 793, 794 y 795, optando por la última postura). Sobre ellos se afirma, con razón, ZIFFER: "La individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es "aplicación del derecho". Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica" (Cfr. Lineamientos, pág. 96 y 97). Por supuesto, ello se torna imprescindible para no tener que concluir con BRUNS (Das Recht, pág. 9) que, analizada la práctica judicial, se evidencian cuatro fundamentos distintos para determinar la pena: los consultados, los manifestados, los que se quedan escritos, y los reales.

(22) El Art. 139 núm. 5 de la Const., dispone: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional...5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos".

(23) Por ello, son compartibles las reflexiones de HURTADO POZO sobre el asunto: "En el Art. 45, se trata del "momento de fundamentar y determinar la pena" y, en el Art. 46, del momento de "determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley". Y es respecto al primero, recurriendo a la terminología del proyecto argentino, que se ordena al juez de tener en cuenta "las carencias sociales que hubiere sufrido el agente" y "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que ellas dependen". Pero, cómo fundamentar la pena en las carencias sociales que haya padecido el agente o en los intereses de las personas que dependen de la víctima? Por el contrario, se comprende, en la perspectiva del proyecto argentino, que se trate, por ser factible a nivel de la ejecución de la pena, de "tutelar los intereses de la víctima ..." (Art. 46, n. 1, Proyecto argentino) o "suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado" (Art. 46, n. 4, Proyecto argentino). Estos defectos de técnica legislativa van obligar a realizar una serie de piruetas de interpretación para dar un sentido y hacer posible su aplicación. Explicar, por ejemplo, la relación entre el hecho de "fundamentar" la pena según las causas establecidas en el Art. 45 y las declaraciones formuladas en los Arts. VII y VIII del Título preliminar: "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Declaraciones que conciernen al fundamento y el límite de la pena. Conforme a la exposición de motivos, se diría "la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena" y "la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho". Podría pensarse que la fundamentación indicada en el Art. 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el Art. 46), sino más bien a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del Art. 45, resultaría superfluo porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas" (Cfr. "Responsabilidad y culpabilidad" en Anuario 93, págs. 54 a 57). La distinción se puede apreciar también en BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES (Código Penal, pág. 243), aunque sin precisar los alcances anteriores.

(24) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Código penal, págs. 193 y ss.; PEÑA CABRERA, Tratado, tomo I, 526. Para Bramont Arias/Bramont Arias-Torres (Código penal, pág. 241), en cambio, los tres numerales del Artículo en comento se deben entender a la luz del principio de co-culpabilidad.

(25) Así ZAFFARONI: "La referencia puede identificarse con lo que actualmente se denomina "co-culpabilidad", es decir, aquella parte de la culpabilidad por el hecho con que debe cargar la sociedad, en razón de no haberle brindado las posibilidades que hubiesen ampliado su ámbito de autodeterminación. Por otra parte, a este respecto, cabe tener presente que la miseria no sólo puede reducir la culpabilidad, sino que puede motivar una conducta dirigida a salvar otro bien jurídico, aunque sin que se den —por supuesto— los requisitos del estado de necesidad" (Cfr. Tratado, tomo V, pág. 314).

(26) ZAFFARONI, Ob. cit., tomo V, pág. 314.

(27) Así VILLAVICENCIO TERREROS, Código Penal, pág. 195.

(28) Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, ídem, pág. 195.

(29) Cfr. ZIFFER (Lineamientos, pág. 125): "es indudable que la víctima debe jugar un papel decisivo al momento de fijar la pena, en tanto es uno de los elementos decisivos para la graduación del ilícito".

(30) Así ZAFFARONI, Tratado, tomo V, págs. 276 y 277; también HURTADO POZO: "Responsabilidad y culpabilidad", pág. 54.

(31) Por supuesto, no puede dejarse pasar por alto la inmensa polémica que ha despertado el concepto de culpabilidad, yendo desde las formulaciones más tradicionales hasta las contemporáneas (sobre ello VELASQUEZ, Derecho penal, págs. 528 y ss.); también ZIFFER: Lineamientos, págs. 59 y ss. Obviamente, sería importante discutir cual es el concepto de culpabilidad que se esconde tras la noción de responsabilidad utilizada por el legislador peruano, tema sobre el cual ya ha avanzado HURTADO POZO (Cfr. "Responsabilidad y culpabilidad", en Anuario, pág. 51 y ss.); de todas maneras, la locución **responsabilidad** se emplea en un doble sentido: uno estricto, que la hace equivalente a culpabilidad (Art. 46); y, otro amplio, como comprensiva de cualquier situación atinente a las diversas categorías del hecho punible noción que, por lo demás, el legislador peruano utiliza en diversas disposiciones como el Art. 20 cuando —recordando el viejo modelo español plasmado en los códigos decimonónicos de la Madre Patria— señala las causales de exclusión de la responsabilidad criminal..

(32) Incluso, en la Exposición de motivos publicada en la edición oficial del Código (Cfr. Código penal, pág. 22) se menciona la función retributiva como si formase parte del Art. IX del Código; sobre ello, PRADO SALDARRIAGA (Comentarios, pág. 15), aunque afirmando —cosa que ningún jurista democrático debería hacer— que los Arts. I y IX "están de más" en el C. P. peruano (Cfr. pág. 16).

(33) Así lo hace, también, el legislador austriaco de 1.975 en los §§ 33 y 34.

(34) Aunque los sistemas son bien distintos, igual sucede con el legislador alemán en el inciso segundo del § 46.

(35) Igual sucede en el derecho alemán (Cfr. § 220a inc. 1°). Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, págs. 692 y 697.

(36) Sobre ello, ZIFFER, Lineamientos, págs. 106 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, "El principio de la inherencia...", págs. 165 y ss.; VELASQUEZ: Derecho penal, pág. 703. No se olvide que el postulado en examen tiene carta de naturaleza en legislaciones como la alemana [Cfr. § 46 párrafo (3)].

(37) Así ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 296): "los medios empleados y la extensión del daño y del peligro son indicadores del grado de afectación del bien jurídico tutelado, es decir, del grado de injusto, que en la terminología legal es "la naturaleza de la acción".

(38) Así ZIFFER, Lineamientos, pág. 131.

(39) Como dice ZIFFER: "el delito cometido por varios intervinientes revelará un ilícito más grave, en tanto representa un aumento del poder ofensivo" (Véase Lineamientos, pág. 132).

(40) En sentido similar ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 312), comentando el Art. 41 del Código argentino.

(41) Incluso se le concibe desde el ángulo de la prevención especial. Véase ZIFFER, Lineamientos, págs. 137 y ss.

(42) Cfr. ZIFFER, Lineamientos, pág. 125; VILLAVICENCIO TERREROS, Código Penal, pág. 195. Naturalmente, el alcance de texto no puede ser el mismo de la legislación argentina, en la cual se incluye la "peligrosidad" del agente como criterio de tasación, al punto de poder afirmar que ella obliga al juez "a valorar la peligrosidad del autor tal como la reconoce al momento de sentenciar, sin que dicha misión pueda delegarla" (Cfr. ZAFFARONI, Tratado, tomo V, pág. 335).

(43) Así, ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 336), comentando el mismo texto gauchó: "cumple una doble función, garantizando un mínimo elemental de inmediatez, cualquiera sea la legislación y le sistema procesal, y la jurisdiccionalidad real de la determinación penal".

(44) Así Véase BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, Código penal, pág. 250; según ello, "conforme a esta interpretación, la pena se mide en el caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la magnitud de la responsabilidad y admitiendo el correctivo de la necesidad de pena" (Cfr. Pág. 249). Este último, según se dice, es "consustancial a la facultad de sancionar del Estado, y...al concurrir como criterio correctivo podrán tener importancia los criterios preventivos, generales o especiales, para fundamentar que, en casos concretos, muchas veces la pena no es necesaria" (véase pág. 249), todo ello a partir del modelo de Estado de derecho social y democrático acogido por el Art. 43 de la Carta fundamental peruana. La pregunta obvia es: ¿A cuál de las corrientes prevencionistas contemporáneas se pliegan los autores? Sobre ello, ZIFFER: Lineamientos, págs. 67 y ss.

(45) Así, por ejemplo ROXIN, en culpabilidad y prevención, pág. 103, aunque sin renunciar a la retribución.

(46) Así JAKOBS, Estudios, págs. 75 y ss. Como dice ZAFFARONI ("Ejemplarización", pág. 53): "El argumento constitucional más contundente para rechazar las consideraciones de prevención general en la cuantificación de la pena, es que la pena que "ejemplariza",

fundada en la proliferación del delito, no es por entero una pena por un hecho propio, sino que parcialmente lo es por hechos ajenos (ajenas comisiones de delitos o disposiciones de otros a cometer delitos)".

(47) Véase, por ejemplo, JESCHECK: Tratado, págs. 790 y 791, quien no olvida la retribución.

(48) Para una exposición de las mismas, véase SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, págs. 637 y ss.

(49) Véase ZAFFARONI, Tratado, tomo V, pág. 311.

(50) Esta postura, la que más se compadece con las previsiones legales peruanas, se asemeja a la defendida por algunos autores alemanes (Henkel, Horn y Schöch) quienes la denominan como Teoría del valor relativo o Teoría gradual (Stellenwerttheorie o Stufenwerttheorie), rechazada —según la opinión mayoritaria— por no ajustarse a los dictados del § 46 y no comprender todos los casos (Cfr. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, pág. 880; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, págs. 637 y 638); naturalmente, tal concepción parte de un concepto de culpabilidad distinto y entiende que la determinación en sentido amplio está presidida sólo por los fines preventivo especiales. Un estudio crítico de la misma en ROXIN: Culpabilidad y prevención, págs. 117 y ss., para quien "su defecto principal reside sólo en la eliminación de la prevención especial a la hora de determinar la duración de la pena" (pág. 144).

(51) No es unívoca la forma como la doctrina peruana entiende el Art. 46: de un lado, para VILLAVICENCIO TERREROS (Código Penal, pág. 199) los núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6 (al hablar de los fines) y 7, aluden a la gravedad del injusto; los núms. 6 (al referirse a los móviles) 8 y 11, se refieren al grado de culpabilidad; y los núms. 9 y 10 son expresión de la figura del arrepentimiento posterior. De otro lado, BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES (Código penal, pág. 250) concibe como correspondientes al injusto los núms. 1 a 5, y a la culpabilidad los núms. 6 a 11.

(52) Sobre ello BRUNS, Das Recht, págs. 220, 231; en contra ZIFFER, Lineamientos, pág. 149.

(53) Así Bramont Arias/Bramont Arias-Torres, Código penal, pág. 250.

(54) No obstante, para BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES (Código penal, pág. 250), se trata de "una regla innecesaria" pues lo contemplado en la disposición "es lógico por cuanto, en caso contrario, se estaría vulnerando el principio del non bis in ídem".

(55) Sobre ello, VELÁSQUEZ, "Las medidas...", págs. 1 y ss.

(56) Sobre ello, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, Manual, pág. 702.

(57) Cfr. Navarro Altaus: "El sistema de penas...", págs. 76 y 78.

(58) *Ibidem*, pág. 78.

(59) Naturalmente, si algún concepto no es pacífico en la discusión contemporánea es el de culpabilidad. ACHENBACH (Historische und dogmatische, págs. 2 y ss.) ha demostrado como se trata de una idea polivalente; sobre los desarrollos contemporáneos, señalando la relación entre el concepto de culpabilidad y las teorías de la pena, es esclarecedora la lectura de ZIFFER, Lineamientos, págs. 59 y ss.

(60) Sobre ello JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, pág. 23.

(61) Cfr. ZIFFER, Lineamientos, pág. 60.

(62) Sobre las diversas funciones de la pena Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, págs. 749 y ss.; también FERRAJOLI, Derecho y razón, págs. 258 y ss.; HASSEMER: Fundamentos, págs. 347 y ss.; ROXIN: Problemas, págs. 11 y ss.; el mismo: Derecho penal, págs. 78 y ss.

(63) Dicen así los textos: "El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados...El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

(64) Así decía el famoso Marqués: "Deben, por tanto, ser elegidas aquellas penas y aquél método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo" (Cfr. De los delitos y de las penas, pág. 111). Y concluye, resumiendo los principios orientadores de la imposición de la pena: "Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser especialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes" (Cfr. pág. 188).

(65) Navarro Altaus, *ob. cit.*, pág. 77.

(66) Como ha dicho ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 270): "se debe confesar que se trata del campo más arbitrario en el ámbito de nuestra práctica tribunalicia y, por consiguiente, una fuente tremenda de inseguridad jurídica...el fenómeno puede tener diferencias de grado en los distintos países, pero no puede pasarse por alto que se genera en todos y ...le cabe a la doctrina gran parte de responsabilidad, especialmente por la escasa atención que le ha prestado al mismo y por el consiguiente magro resultado que el desarrollo dogmático ha alcanzado al respecto".

(67) Cfr. El libro negro, págs. 284 y ss.

(68) Véase BRUNS, Das Recht, pág. 1.

(69) Con razón, pues, acota ZIFFER (Lineamientos, pág. 28): "reconocer que la pena debe ser "individualizada", y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso o reflejarse en la gravedad de la sanción".

(70) Así HURTADO POZO: "no hay país en América Latina donde la legislación penal no haya evolucionado hacia un sistema punitivo más estricto. Parecería que se considera que sólo la amenaza de penas bastante severas constituye el medio más eficaz para combatir la delincuencia, en lugar de admitir que la eficacia del sistema depende más de la certeza de la represión mediante sanciones adecuadas y proporcionadas a la responsabilidad del delincuente. Sanciones que no deben constituir siempre la privación de la libertad, pues ésta produce, generalmente, efectos contrarios a los que se tratan de conseguir" (Véase "Propuesta