

PRINCIPIOS REGULADORES DEL CONTROL PENAL LAS NORMAS RECTORAS

SILFREDO HUGO VIZCARDO

*Profesor titular principal de Derecho Penal UNMSM. Profesor de
Derecho penal Facultad de Derecho UIGV.
Miembro de la primera promoción Doctoral de la Facultad de
Derecho y C. P. de la UNMSM.
Director del Centro de Extensión
Universitaria y Proyección Social de la
Facultad de Derecho y C.P. de la UNMSM.*

SUMARIO: 1.- Límites del ius puniendi. 2.- Principios universales. 2.1) Conceptualización. 2.2) Principio de igualdad. 2.3) Principio de legalidad. 2.4) Principio de tipicidad objetiva. 2.5) Principio de materialidad. 2.6) Principio de ofensividad o lesividad. 2.7) Principio de culpabilidad. 2.8) Principio de dignidad. 2.9) Principio de necesidad o utilidad. 2.10) Principio de proporcionalidad. 2.11) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 2.12) Principio de humanidad. 2.13) Principio de oportunidad. 2.14) Principio de Derecho Penal Mínimo. 2.14.a) Carácter fragmentario. 2.14.b) Ultima ratio. 2.14.c) Carácter subsidiario. 2.14.d) Mínima intervención. 2.15) Principio ne bis in idem. 2.16) Principio de protección a la víctima.

RESUMEN:

La conceptualización subjetiva del Derecho Penal atribuye al Estado la facultad punitiva, esto es, el ius puniendi, la que se ve sujeta a ciertos límites, que se auto impone el Estado, en atención a la característica social y democrática en el que se sitúa como sistema político. Estos límites auto impuestos permiten al Estado ejercer legítimamente su potestad punitiva, señalando con precisión dentro de qué límites es legítimo el recurso del ius puniendi. Según este criterio, el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte heredera de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzado por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal.

SUMMARY: The subjective conceptualization of the Criminal Law attributes to the State, the Punitive faculty, it is, The ius

puniendi, which goes abide by certain limits that the state auto-imposes on itself, in attention to the social and democratic characteristic in which it gets a place as a political system. These auto-imposes limits allow to the state to exercise legitimately its punitive authority, indicating accurately under what limits is legitimate the resource of ius puniendi. According to this criterion, The Criminal Law of a democratic State of Law must comply the criminal prevention to another series of limits, partly heiress of the liberal tradition of the constitutional state and partly reinforced by the need to fill with democratic content the Criminal Law.

PALABRAS CLAVES: Regulación del control penal.

KEY WORDS: Regulation of the criminal control.



CITAS CONTEXTUALES: Las citas bibliográficas se insertan en el texto y se remiten a la bibliografía.

CONTENIDO TEMÁTICO

1.- Límites del ius puniendi

Desde la perspectiva subjetiva del Derecho Penal ya tratada, corresponde al Estado la facultad punitiva, esto es, el ius puniendi. Pero esta atribución no puede tener carácter libérrimo ni omnipotente, sino que, muy por el contrario, se ve sujeto a ciertos límites, que se auto impone el Estado, en atención a la característica social y democrática en el que se sitúa como sistema político (diferente es el caso de las dictaduras, en las que el sistema se distorsiona).

Estos límites auto impuestos permiten al Estado ejercer legítimamente su potestad punitiva, señalando con precisión dentro de qué límites es legítimo el recurso del ius puniendi. En este sentido, Santiago Mir Puig (1996, p. 74), manifiesta que el derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas, prefiriendo el partir de la concepción del Estado social y democrático de Derecho como fundamento del ius puniendi y sus límites (según este criterio, el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte heredera de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzado por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal).

Al respecto, Villa Stein (1998, p. 99), indica que un breve análisis de la propuesta de Mir Puig, nos informa entonces que el Estado social le atribuye al Derecho Penal una función de prevención limitada por la eficacia efectividad en la protección de los ciudadanos "según el principio de máxima utilidad posible". En cambio, sostiene el profesor sanmarquino, el Estado liberal y democrático de derecho, que

propugna y al que indica corresponde la Constitución Política del Perú, exige el máximo de garantismo en materia penal, dado que éste se torna verdaderamente severo y eficaz en salvaguarda de los bienes jurídicos penales.

Estas consideraciones han llevado a Jescheck (1981. P. 33), a referirse a un principio del Estado de Derecho, como otro baremo de la Política Criminal, erigido por la Constitución como principio rector de toda la actividad del Estado. Al respecto, indica el maestro alemán, hay un concepto formal y otro material del Estado de Derecho. En el sentido formal importan sobre todo al Derecho penal, aquellos elementos del principio del Estado de Derecho llamados a albergar la seguridad jurídica. Puesto que el Derecho Penal puede realizar las más graves injerencias en la esfera de libertad del ciudadano que conoce el ordenamiento jurídico, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso. El principio de predominio y exclusividad de la ley posee, indudablemente, mayor importancia en el Derecho Penal que en cualquier otra parte del Derecho vigente. Por ello se resalta la necesaria observancia del principio de legalidad

En sentido material, el principio del Estado de Derecho determina cómo ha de configurarse el Derecho Penal para que corresponda al ideal del Estado justo. Debe partirse para ello, de la protección de la dignidad humana como norma fundamental de todo el sistema de valores de nuestra Constitución. De esto y de la protección de la libertad general de actuación se sigue para el Derecho penal, su limitación a la intervención necesaria para asegurar la convivencia humana en la comunidad. De la dignidad humana se deriva, además, la exclusión de penas crueles o denigrantes y la prohibición de trato indigno a los reclusos durante el cumplimiento de la pena. El derecho fundamental de la libertad general de actuación condujo al reconocimiento del principio de culpabilidad como postulado constitucional. Otra consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho, es la



vinculación a la realidad de toda Política Criminal. Así, no pueden decidir la punibilidad de una acción criterios basados en el sentimiento ni en opiniones preconcebidas, sino sólo consideraciones fundamentales en la protección de la sociedad.

Por otra parte, las sentencias judiciales no pueden ser resultado de juicios de valor personales ni de emociones, sino solamente expresión de los juicios de valor del legislador, de consideraciones objetivas y de conocimientos de validez general.

Posee también naturaleza material el principio de igualdad y el principio de la proporcionalidad de los medios (prohibición de exceso).

En atención a lo dicho, el derecho de castigar (*ius puniendi*) atribuido al Estado, se legitima en relación directamente proporcional, al origen democrático de su normatividad (origen legislativo) y a las necesidades sociales de protección de bienes jurídicos fundamentales, que el conglomerado social en conjunto estime como valiosos (Estado social), de ahí la frase: *Nulle lex poenalis sine necessitate*.

Estos límites al *ius puniendi* tienen esencia político constitucional, en atención a que el Derecho Penal, como ordenamiento interno de cada país, se subordina a la Constitución Política del Estado, de modo que su contenido formal y material debe ajustarse a este magno marco, que a su vez se nutre de principios fundamentales, que universalmente se constituyen en el soporte de la identidad ecuménica del Derecho Penal.

Es así que Wolfgang Schone, señala que entre orden constitucional y orden jurídico-penal existe una interrelación muy peculiar y casi paradójica. El orden constitucional requiere protección por el derecho penal y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente a los posibles excesos del Derecho Penal (1992, p. 187).

2.- Principios universales

2.1) Conceptualización

El cabal entendimiento de los fundamentos y fines del Derecho penal, parte del estudio de los principios básicos que lo sustentan, es decir, de aquellos enunciados o conceptos juridicopenaes fundamentales, que sirven de fuente a la normatividad. En tal sentido, se constituyen en las ideas "básicas", "nucleares", "originales", que sirven de sustento y dirigen la creación, aplicación y ejecución de las reglas punitivas.

Estos principios, revisten una característica universal, ya que independientemente que las legislaciones las asimilen a su normatividad positiva, ellas subsisten y mantienen latente vigencia. No olvidemos que la normatividad penal responde a criterios directrices de una política criminal determinada por el régimen político imperante, que puede, como así nos lo ha demostrado la historia, utilizarlos y acomodarlos de acuerdo a sus especiales conveniencias. No obstante ello, Pérez Pinzón señala que importa tener en cuenta, sin embargo, que en nuestros días tales axiomas se encuentran ya en las Constituciones, en los tratados y en los códigos penales. Sintetizanse pues, los cimientos del Derecho penal contemporáneo según la doctrina actual en materia dogmática, criminológica y política (1987, p. 52). Los instrumentos supranacionales fundamentales, que informan y sustentan estos principios, son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) y la Convención Americana de San José de Costa Rica (1969).



En efecto, como sostiene Peña Cabrera, los principios rectores son fórmulas abstractas, generales e inductivas que sirven de sustento o apoyatura a la más variada legislación positiva.

Además, ayudan en la tarea hermenéutica y permiten cimentar una mejor coherencia sistemática (1994, p. 34). Con acertada técnica, nuestros legisladores, han recogido legislativamente muchos de estos principios y los han convertido en verdaderos enunciados normativos en el Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991.

Entre los principios generales más importantes tenemos:

2.2) Principio de igualdad

También el principio de igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales. El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual en el caso concreto. Resulta fácil entender que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un reducido grupo de personas, o incluso para una sola (cualificación de los sujetos), si de acuerdo a la naturaleza del delito, sólo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los ciudadanos, como en el caso de los funcionarios públicos, magistrados, etc. Y de igual modo, es necesario otorgar una tutela específica a determinadas personas en función al papel que desarrollan en la vida social (como el caso del Presidente de la República, Congresistas, representantes diplomáticos, etc.), y ello por que la necesidad de tutela de su función es diferente.

2.3) Principio de legalidad

Denominado también "principio de reserva", se constituye en un axioma fundamental, que significa que al delito, la contravención, la pena, la medida de seguridad y el proceso, debe preceder específicamente la descripción legal estricta.

En su aspecto formal, y por influjo de Feuerbach, el principio de legalidad se expresa con el aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que en su momento vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa (Anselmo Von Feuerbach sostenía al respecto, que las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las consecuencias de su acción, pues "la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazado por una ley").

En su sentido actual, indica Mir Puig (ob. cit. p.75), el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular (al respecto, Beccaria, que fue quien mejor trasladó el espíritu de la ilustración al Derecho Penal, escribió que: "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". Los jueces no pueden, consiguientemente, <aumentar la pena establecida> por las leyes, ni siquiera <bajo pretexto de celo o de bien público>).



Así concebido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que determina la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Así, el postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, pasó a inspirar las legislaciones más vanguardistas y consideradas democráticas. En el caso peruano, tanto la vigente, como también las derogadas Constituciones, ungiéron a la categoría constitucional este principio, que a orientado nuestra legislación y que el Título Preliminar de nuestro Código Penal ha recogido en su artículo II.

La conceptualización de este principio, reviste los siguientes presupuestos:

a) Legalidad del hecho punible: Nadie puede ser imputado por un hecho delictuoso, si antes de su realización no se encontraba previa y específicamente descrito como punible en la ley penal.

b) Legalidad de la pena: A nadie se puede imponer sanción penal alguna, si ella no se encontraba previa y plenamente determinada en la ley, cuantitativa y cualitativamente, antes de la realización de la acción delictuosa.

c) Legalidad de la medida de seguridad: A los inimputables sólo se les puede someter a las medidas de seguridad predeterminadas en la ley.

d) Legalidad del proceso: El moderno concepto del debido proceso, informa la necesidad y obligatoriedad de la observancia irrestricta de la normatividad procesal. En tal sentido, debe respetarse estrictamente la legalidad del rito, descrito con anticipación al despliegue de la conducta; el procesamiento por parte del "juez natural", es decir, del ordinario, preestablecido, independiente y autónomo; y, la prohibición de tribunales y procedimientos de excepción.

e) Legalidad de la ejecución de pena: La ejecución objetiva de la pena impuesta, debe observar los parámetros legales establecidos por las normas de ejecución penal.

Dentro de este mismo principio debe ser incluido el de reserva, según el cual la ley penal, concretamente los códigos, tienen que emanar del legislativo normal y jamás del ejecutivo, por cuanto la ley penal debe ser planificada, obedecer a una política criminal determinada y, por tratarse del área más cruel del ordenamiento, debe nacer del querer popular, es decir, de quienes representan las varias corrientes culturales, sociales y políticas. Es acudir simplemente al pluralismo inherente a las democracias (Pérez Pinzón, 1988, p. 60).

Por otro lado, y desde la óptica ya tratada, se impone, de cara a la norma jurídica, la observancia de ciertas garantías que tienen que ver con la exigencia de: *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de la ley penal (salvo el caso de la retroactividad benigna, en cuyo caso la nueva ley resulta más favorable). Con la exigencia de una *lex scripta*, queda, desde luego, excluida la costumbre como fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo. El requisito de *lex stricta* impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado "mandato de determinación", que exige la que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. El "mandato de determinación" se concreta en la



teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial. Igualmente, el "mandato de determinación" plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho (conforme: Mir Puig, 1996, p. 78).

Otro aspecto de importancia en el tratamiento del principio de legalidad, es el que se refiere a la incidencia que al respecto tiene la analogía, entendida como la posibilidad de extender la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero.

La principal utilidad de la analogía se evidencia cuando el legislador trata de integrar ciertas lagunas del ordenamiento jurídico positivo de un Estado, al faltar una disposición legal específica que regule el supuesto de hecho problemático. Su aplicación supone, como bien precisa Urquiza Oláechea (Principio de legalidad, ob. Cit., p. 94): a) Que falte una disposición precisa en el caso que va a decidirse; y, b) Que exista semejanza esencial entre el caso que se va a regular y el caso ya regulado.

Asimismo, agrega el referido profesor sanmarquino (loc. Cit.), que en el campo de la teoría general del Derecho se distingue entre analogía legis y analogía iuris. La primera consiste en aplicar a un caso no regulado por una disposición particular, pero semejante a los

supuestos en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley; mientras que la segunda consiste en aplicar ya no una disposición particular, sino un conjunto de normas o principios al caso no regulado. En el Derecho penal, la principal problemática que atañe a este tema es la que se deriva de la aplicación de la analogía legis, por lo cual se desborda el sentido literal posible del texto cuando se pretende aplicar a un caso no previsto por la norma. Sin embargo, cabe precisar también la posibilidad que se atente contra la fundamentación jurídico-política del principio de legalidad cuando, apelando a principios superiores, generalmente éticos o morales, se busca castigar como delito una conducta que no se encuentra prevista como tal en la ley. De allí que el peligro de vulneración al fundamento de la prohibición de analogía se localice, por un lado, cuando se busca extender la aplicación de la ley más allá del sentido idiomático-jurídico (analogía legis), y, por el otro, cuando se quiere incriminar conductas que no se encuentran previstas por la ley sin extender ningún sentido literal, apelando al sencillo recurso de que el hecho no regulado atenta contra el sano sentimiento del pueblo, como sucedió en la Alemania nazi; o la consideración del hecho como un acto inmoral grave (analogía iuris).

Dentro del marco normativo nacional, la Constitución introduce una norma prohibitiva con respecto a la aplicación de la analogía. Así, el inciso 9 del artículo 139 de la Carta magna establece la "inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos" (éstas últimas pueden ser de cualquier naturaleza extra penal). Este dispositivo constitucional informa a su vez, que si no se trata de normas penales o de otras que puedan limitar derechos, entonces la analogía sí es permitida como instrumento integrador, básicamente aplicado en el ámbito del derecho civil y otros ordenamientos. En este sentido el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, establece que: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o



deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

Por otro lado, la prohibición de la aplicación de la analogía en materia penal se refuerza mediante la norma contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que prescribe que: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad, o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde".

Pero, desde la perspectiva penal, es necesario precisar que la doctrina hace ya una clara distinción entre las dos modalidades que puede asumir la analogía: "la analogía in malam partem" y "la analogía in bonam partem". Distinción que se basa en la posibilidad que la analogía beneficie o en su caso perjudique al reo o imputado.

La analogía in malam partem es la que permite ampliar el alcance de los tipos penales o de presupuestos de punibilidad, así como la creación o agravación de las penas, medidas de seguridad u otras consecuencias accesorias (Cfr. Roxin, Claus, ob. Cit. P. 120). Por su lado, la analogía in bonam partem es aquella que desincrimina los hechos o sirve para atenuar la pena. Esta distinción permite ya aseverar, que la doctrina penal rechaza la aplicación de la analogía in malam partem y privilegia la analogía in bonam partem.

Conforme lo aprecia Maurach, con la prohibición de la analogía in malam partem el legislador busca proscribir la creación o agravación de delitos y sanciones penales, más allá de lo expresamente descrito en la ley o de lo que fluye de su sentido literal posible. La creación de delitos como la incorporación de figuras agravadas, así como la fundación de la pena y su agravamiento, solo pueden establecerse mediante una ley penal estricta y

escrita. "En efecto, el Derecho penal contemporáneo prohíbe la creación de un Derecho penal ajeno o nuevo, distinto al previsto por el legislador (analogía iuris), o la ampliación a supuestos que no encajan en su texto (analogía legis) (Urquiza Olacoea, Principio de Legalidad, ob. Cit., p. 98).

El principio de legalidad amplía también su ámbito de protección al amparo constitucional de la persona, en cuanto a la preservación de sus fundamentales derechos constitucionales. Así, la conducta delictiva imputada puede perder su carácter típico en cuanto el operador penal, apelando al control difuso de la constitucionalidad, constata, por ejemplo, una evidente colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación y la vigencia protectora de la norma constitucional.

2.5) Principio de materialidad

La sola intención o idea criminal, no genera reproche ni pena (nemo cogitationem poenam patitur), de donde se deduce que, para que el pensamiento delictivo sea punible debe ser exteriorizado. El comportamiento, entonces, requiere de una objetiva corporeidad, debe ser perceptible sensorialmente. Por ello se afirma que "...El hecho material es la base primaria e imprescindible de todo juicio de desvalor penal".

2.6) Principio de ofensividad o lesividad

En virtud de este principio se establece que, para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (nullum crimen sine injuria). Materialidad y lesividad u ofensividad equivalen al llamado también principio de "Antijuricidad Material".

El principio de ofensividad descansa en la consideración del delito como un acto



desvalorado; esto es, contrario a la norma de valoración. La antijuricidad comportará el desvalor propio del resultado; esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y derivado de una acción desvalorada; esto es, peligrosa para la integridad del objeto o de los objetos de tutela. La desvaloración viene dada, por tanto, por la doble consideración de la acción y del resultado como objetos de la misma. Y el principio de ofensividad determinará la no tipificación de conductas que no resultan peligrosas para los bienes jurídicos o que no pueden comportar lesión o puesta en peligro de valores con relevancia constitucional.

Desde la perspectiva tratada por Carbonell Mateu (1995, p. 213), en el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia del bien jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado, en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas -ni obligar a la realización positiva- si no es en virtud de que ellas puedan resultar lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valorada de la norma, el principio de ofensividad, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado. Pues no se trata aquí de referirnos a la no aplicación de la pena cuando de la conducta realizada no se desprenda lesión al bien jurídico, cuanto de que el legislador democrático no tipifique conductas delictivas que no sean necesarias para la tutela de un bien jurídico digno de protección penal. Y la dignidad tiene, a nuestro juicio, una doble vertiente. En primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico,

ya que sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal.

Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensividad, también es necesario atender a su concepción material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción; esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente, y necesitado de tutela penal. Desde luego, la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de su tutela penal, ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático, la tutela penal del bien jurídico, lo que, por cierto, sólo sucede con el urbanismo, ha de ser ésta interpretada como una exclusiva actuación del ordenamiento punitivo. También en este punto rige el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del Derecho Penal.

2.7) Principio de culpabilidad

Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo). Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho).

Modernamente en la Ciencia Penal, se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación. Por un lado, la culpabilidad



como fundamento de la imposición de la pena, exige la confluencia en el sujeto de capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta, que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de la culpabilidad como categoría de la estructura de la teoría del delito (la ausencia de cualquiera de estos elementos determina la imposibilidad de aplicar la pena). El fundamento material común a estos elementos es bastante discutido e incluso se prefiere por alguno hablar de "responsabilidad" en lugar de "culpabilidad" para denominar la categoría en la que ubicar sistemáticamente estos elementos (Jescheck, 1981, p. 36).

Por otro lado, está la culpabilidad como fundamento o como elemento de la determinación o medición de la pena. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso, se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc. (loc. cit.). Finalmente, se emplea el concepto de culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible (hecho fortuito), reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a la preterintencionalidad.

Conforme a lo reseñado, el principio de culpabilidad se basa en la concurrencia de los siguientes sub principios:

- a) Responsabilidad por el acto;
- b) Responsabilidad subjetiva;

- c) Responsabilidad personal (imputación personalísima); y,
- d) Imputación personal (atribuibilidad).

a) El principio de responsabilidad por el acto o acción, informa que lo que verdaderamente trasciende al campo penal es el reproche del comportamiento desviado y trasgresor del agente, quien sólo debe responder por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que se auto incrimina, aceptando la consecuencia de la acción delictiva se su esposa o de su hijo, sancionar al padre del violador o asesino). Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho).

Así, el principio de responsabilidad por el acto (sea comisivo u omisivo), privilegia y fundamenta el denominado "derecho penal de acto" desechando el ya superado "derecho penal de autor" (el objeto del reproche penal debe circunscribirse exclusivamente a la manifestación objetiva del hecho). Por tanto, este principio se relaciona estrechamente con los de tipicidad objetiva, lesividad, materialidad y legalidad, que en el caso peruano, se encuentra consagrado constitucionalmente en el Art. 2, Inc. 24, letra d), de nuestra Constitución: "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".

El objeto del tratamiento normativo penal es la conducta o comportamiento humano, y que en materia punitiva es indistintamente aludida como: "acción", "acto", "hecho", que corresponde a conceptos que engloban tanto las



acciones propiamente dichas como también a las omisiones (resulta entonces válido hacer referencia a acción de comisión como a acción de omisión). (El artículo 11 del C.P. establece que "son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley").

A diferencia del "hecho" como concepto genérico, que significa la modificación de la realidad externa mediante las fuerzas de la naturaleza (aire, agua, terremotos, etc.), en la acción (que se representa como especie del género hecho), la modificación de la realidad externa se produce por el comportamiento humano que presupone conciencia, voluntad, orientación en determinado sentido, dirección o fin.

Conforme lo aprecia Jakobs, en la comisión concurren impulsos conscientes o inconscientes conducentes a la formación de un motivo para ejercitar el movimiento corporal correspondiente al resultado y que en la omisión, se produce un hecho que no se habría producido si el autor se hubiere motivado a impedirlo, actuando como corresponde y añade que "si se equipara evitabilidad y acción y se define acción como suceso diferenciador entre un hacer y un omitir con independencia de cual de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción y la acción es un supraconcepto que abarca tanto la comisión como la acción".

En tal sentido, y desde la perspectiva valorativa y finalista que lo caracteriza, el Derecho penal selecciona las conductas consideradas más nocivas (por afectar bienes jurídicos fundamentales), y las conmina con una pena (o medida de seguridad), construyendo así el catálogo de delitos que corresponde a su parte especial (o leyes penales especiales).

Es así que la fundamentación de la responsabilidad penal en el Derecho penal moderno, es consecuencia directa del disvalor

de la acción y nunca en razón de la persona del sujeto. Por ello se atiende contemporáneamente a un derecho penal de acto y no a un derecho penal de autor. Ello trae como consecuencia una garantía fundamental, ya que así se pone un límite y control en la intervención punitiva del Estado, ya que en su función legislativa, sólo podrá atender la tipificación de conductas constitutivas de realizaciones externas y observables en la realidad. Al respecto, Muñoz Conde refiere que de la concepción del Derecho penal como de acto, se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas, mientras no se traduzcan en actos externos ("cogitatione poenam nemo patitur").

El carácter necesariamente direccional de la conducta, determina que ésta se manifieste en dos fases: La fase interna y la fase externa. La fase interna comprende una conducta anticipatoria de meta integrada por manifestaciones psicológicas que se suceden en el ámbito cognitivo y motivacional (es aquí donde el sujeto se define en su intención, enfoca su direccionalidad, elige los medios y la oportunidad). En su fase externa se aprecia ya la materialización de la conducta, la que objetivamente modifica la realidad externa.

Titular del comportamiento.- Conforme lo aprecia Muñoz Conde, desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual. En tal sentido, sólo el ser humano individualmente considerado es capaz de comportamiento jurídico penal relevante, ya que la acción requiere realización voluntaria, conocimiento, direccionalidad y finalidad.

Por tanto, no es posible imputar responsabilidad penal a los animales, a las cosas y a las personas jurídicas "societas delinquere non potest" (no obstante en el ámbito de la actividad de las personas jurídicas es de aplicación el principio de representación o el actuar por otro; Art. 27 C.P.).



Ausencia de comportamiento.- Como ya ha quedado establecido, la voluntad es el ingrediente fundamental del comportamiento, por lo que si ésta falta, nos dice Mir Puig, no existe comportamiento desde el punto de vista jurídico, aunque si de éste desde un criterio psicofisiológico. Tres son los estados o situaciones excluyentes de comportamiento: a) la fuerza física irresistible, b) la conducta refleja, y c) la conducta inconsciente:

- La fuerza física irresistible: Situación en la que no se aprecia motivación ni voluntad en el accionar, que existe físicamente, pero que no puede ser atribuido en responsabilidad al autor ya que sobre él se ha ejercido un estímulo externo que le imprime a su cuerpo un movimiento involuntario (producto del hecho de otro ser humano, de la naturaleza, de los animales, etc.). Ejemplo de ello se da cuando la persona es empujada por otra, produciéndose la muerte de la víctima.

Se trata del ejercicio de la fuerza física o vis absoluta, no de la vis compulsiva o amenaza, ya que si el comportamiento se motiva por la vis moral (que no mueve el cuerpo sino la mente), se afectaría no la acción sino la tipicidad.

El artículo 20, inciso 6 del C.P. establece que: "está exento de responsabilidad penal el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de tercero o de la naturaleza".

- Conducta refleja: Se trata de conductas desplegadas como respuesta natural y automática a un estímulo determinado y que no involucran voluntad o direccionalidad al daño (no se considera actos reflejos los llamados "reacciones en corto circuito o reacciones explosivas", que podrían incluirse en el tratamiento de la imputabilidad).

- Estados de inconciencia: La teoría dominante sostiene que la acción se excluirá cuando el autor haya obrado en estado de inconciencia absoluta (como el caso del sueño profundo o

sonambulismo, o en estado de inconciencia inducida por sustancias tóxicas diversas). Ello no significa que la tipicidad del comportamiento no pueda derivarse del comportamiento anterior al estado de inconciencia absoluta. Por ejemplo: la madre que dormida ahoga con su cuerpo a su hijito de pocos días, produce el resultado muerte de su hijo en estado de inconciencia absoluta; sin embargo, sería falso excluir la tipicidad de este comportamiento por esta razón: la tipicidad de la acción derivará del hecho de haber puesto el niño a su lado sin el cuidado debido (acción típica de homicidio culposo).

En la actualidad resultan problemáticos desde el punto de vista del concepto de acción los llamados "comportamientos automatizados" (p. ej. los que se realizan en la conducción de vehículos de motor) y los comportamientos llevados a cabo en un estado de alta excitación emocional. En tales casos habrá que admitir el carácter de acciones de forma consciente. Por ejemplo: el conductor de un automóvil que realiza un brusco movimiento ante lo que cree es un obstáculo, que en verdad no existe, realiza una acción, dado que su comportamiento tenía la posibilidad de ser evitado mediante un mejor dirección del mismo. Naturalmente que esta afirmación deja abierta la cuestión de la culpabilidad. (En el caso que el chofer se queda dormido y mata, el caso ha sido resuelto por la doctrina en el marco del acto culposo).

No es pacífica la posición frente a la hipnosis o estados sugestivos intensos. La posición dominante niega la posibilidad de ausencia de acción aunque hay un sector doctrinario que si considera estos estados como posibles de excluir la acción

a) El principio de responsabilidad subjetiva, obliga a que el reproche penal, fundamento de la imputación, debe basarse en la apreciación no sólo de un acto objetivo lesivo y trasgresor, sino que fundamentalmente, el hecho se haya verificado mediante un comportamiento doloso



o culposo.

Una de las exigencias que conlleva el principio de culpabilidad, a nivel de presupuestos de la pena, se refiere a la imposibilidad de responsabilizar por su acción a quien ha actuado sin dolo ni culpa: nadie puede ser castigado sino por las consecuencias queridas (dolosas) o previsibles (imprudentes) de sus propios actos. Esta exigencia, que algunos autores denominan con acierto "principio de responsabilidad subjetiva", merece una consideración detallada por su importante trascendencia práctica.

En efecto, sería absolutamente arbitrario (y absurdo desde todos los puntos de vista) un Derecho Penal que pretendiera exigir responsabilidad a las personas por cuestiones que no dependen en absoluto de su voluntad. Igual que no se le puede exigir a nadie que "no llueva" y no se puede sancionar al Director de un Centro Sismológico por el hecho de que se produzca un terremoto, no se puede sancionar a quien, al salir de un establecimiento en donde acaba de comprar un carro nuevo, atropella y mata a una persona debido a una falla del mecanismo de frenado del automóvil, que ni el comprador conocía ni había podido en absoluto prever.

Precisamente por ello, la producción "objetiva" de un determinado resultado lesivo para los bienes jurídicos (causación de la muerte de otro, o de una lesión corporal o de daños en las cosas) no es suficiente para que el autor que ha producido el resultado pueda ser sancionado con una pena: es necesario, además, y como mínimo, que ese resultado haya sido querido por el autor (vale tanto como decir que haya sido causado con dolo), o haya sido al menos previsible para él (vale tanto como decir que haya sido causado negligentemente, por culpa o imprudencia). Si el autor ha causado el resultado sin quererlo y, además, sin poderlo prever (fortuitamente), la conducta no podrá ser penada: se excluye así totalmente la

denominada "responsabilidad objetiva", esto es, la responsabilidad por las conductas realizadas o por los resultados causados sin dolo ni culpa (Conf. Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 250).

Así, el comportamiento típicamente relevante, ha de medirse en relación directamente proporcional al grado de dolo, como expresión de la conciencia y voluntad evidenciada por el agente en la comisión del ilícito, o la omisión de su deber de cuidado, determinante del resultado lesivo. Este principio así rechaza toda forma de responsabilidad objetiva, excluyendo, como fundamento de la imputación penal el *versari in re ilícita* o responsabilidad por el sólo resultado objetivo. Este principio excluye también la posibilidad de incluir en el reproche penal, la valoración de cualquier daño o lesión al bien jurídico, obtenido mediante un resultado fortuito (*casus*).

c) El principio de responsabilidad personal, (que se relaciona estrechamente con la característica personalísima del Derecho penal), que como ya ha quedado establecido, rechaza toda posibilidad de adscribir responsabilidad penal a quien no sea el autor del hecho o conducta delictiva. Se rechaza así la posibilidad de imputar responsabilidad por conexiones familiares, por herencia, por simpatía al hecho o cuando no es posible identificar al autor, por ejemplo, en el contexto de un hecho tumultuario (como lo era durante la vigencia del delito de riña <C.P. 1924>, que sancionaba a todos los que participaron en ella, por el sólo hecho de su presencia física, sin identificar su participación en el hecho de la muerte o lesión que se podía ocasionar como consecuencia de ella).

d) El principio de imputación personal, se fundamenta en la atribuibilidad. Como hemos visto, la culpabilidad se funda en la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídica penal y en la capacidad de motivación. En tal sentido, la culpabilidad precisa necesariamente



que en la persona (sujeto del reproche normativo) se den una serie de requisitos sin los cuales no es posible invocar culpabilidad que son los siguientes: a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) El conocimiento de la antijuricidad; y, c) La no exigibilidad de un comportamiento distinto.

En efecto, como precisa Peña Cabrera:

a) Aceptando que la culpabilidad antes y después de todo es un reproche personal, basado en que el autor pudo hacer lo que se esperaba de él y, sin embargo, no lo hizo. Este reproche tan sólo se puede hacer a aquellas personas poseedoras de capacidad de dirigir libremente sus actos de conformidad con el conocimiento que implican éstos. El derecho los llama imputables y, por ende, la imputabilidad es, pues, "capacidad de culpabilidad".

b) El poder comportarse de acuerdo con lo que el derecho esperaba, exige previamente "el conocimiento de la significación del acto que contraria al Derecho"; en otras palabras, el "conocimiento de la antijuricidad".

c) El derecho exige normalmente comportamientos no imposibles. Por eso se dice que el Derecho no es para héroes ni santos. La norma jurídica genera un ámbito de exigencia viable, pero humana, más allá del cual no puede demandarse responsabilidad de ningún género. Pero lo capital es que esta "exigibilidad" representa un verdadero problema individual. Efectivamente, se trata del actor concreto en circunstancia concreta, quien ofrece la posibilidad humana de comportarse ora de un modo ora de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad.

En principio, estos tres elementos reseñados materialmente asumen la posibilidad de graduación a excepción, lógicamente, de la

minoría de edad penal, y, es por ello que, cualquier modificación puede determinar tan sólo efecto atenuante de la culpabilidad, claro está, cuando no haya razón suficiente para excluirla radicalmente.

Además de la versión positiva examinaremos su negación, incluyendo tanto las causas que la excluyen o que meramente determinan su graduabilidad. De allí la conveniencia de recordar las diferencias entre estas causas de exclusión de la culpabilidad de las causas de justificación. Las causas de exclusión de la culpabilidad mantienen intacto el tipo de injusto con todo lo que ello significa; en tanto, que las causas de justificación convierten el hecho en lícito y lógicamente aprobado por todo el ordenamiento jurídico. Tanto es así que sería absurdo hablar de legítima defensa frente a una legítima defensa.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad es el requisito fundamental de la atribuidibilidad, puesto que el autor sólo será imputable en la medida que pueda responder por su hecho. Conforme lo aprecia Muñoz Conde, el concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia éste pueda responder de ellos.

La imputabilidad es pues, el presupuesto de la culpabilidad, y se basa en la apreciación del grado de capacidad de obrar del sujeto, entendido como bien lo indica Von List, como la capacidad de conducirse socialmente, observando una conducta que responda a las exigencias de la vida en común. De lo que resulta que si el individuo no tiene la madurez (física o psíquica) suficiente, no puede llamarse culpable, y, en consecuencia, el sujeto no puede tener responsabilidad de sus actos a pesar de que estos sean típicos y antijurídicos. La noción de imputabilidad sirve para discriminar qué hechos antijurídicos pueden ser atribuidos a su



autor y para que, después, esta persona esté en condiciones de responder por estos actos.

El Código penal (Inc. 1 del Art. 20), adopta una fórmula de definición negativa de la culpabilidad, estableciendo (contrario sensu) dos formas de cómo puede llegarse a ser imputable:

- a) Cuando se actúa teniendo la facultad de poder comprender el carácter delictuoso de su acto.
- b) Cuando se tiene la facultad de determinarse según esta comprensión.

Causas de inimputabilidad.- La inimputabilidad es la ausencia de la imputabilidad, de este modo las causas de inimputabilidad vienen a ser aquellos supuestos de los que se deduce que la persona no puede ser imputable en el momento de la realización del delito.

Junto a la inimputabilidad pueden encontrarse personas en los que solamente concurre una imputabilidad disminuida o restringida, supuesto en el que se habla de semi-imputabilidad. El artículo 22 del Código penal hace referencia a ello, estableciendo que "podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción".

Como excepción, la norma también refiere que está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

Estas causas de inimputabilidad son:

a) Anomalia psíquica: Fórmula que reemplaza al término "enfermedad mental" utilizada en el

Código derogado. A la doctrina y a la jurisprudencia tan sólo debe interesarles el efecto psicológico que debe causar la "anomalia psíquica" (término utilizado en el inc., 1 del Art. 20 del C.P.). Frente a las perturbaciones de las facultades psíquicas, fundamentalmente cognoscitivas y volitivas, el individuo será imputable si la tal anomalía psíquica constituye un obstáculo para comprender la licitud de su comportamiento o determinar conforme a dicho conocimiento. Las perturbaciones intelectuales y volitivas no son suficientes para la determinación de la inimputabilidad.

b) Grave alteración de la conciencia: Son anomalías psíquicas, pero a diferencia de la enfermedad mental, pueden ser además de origen psíquico, de otros factores (v. gr. alcohol, droga, etc.). Importa que esta anomalía psíquica afecte gravemente la conciencia del sujeto del mundo que lo rodea e, inclusive la conciencia de sí mismo. El trastorno debe adquirir la entidad de profundidad para involucrar las perturbaciones distantes en grado de lo que se toma como normal. El trastorno mental para que pueda excluir la imputabilidad, ha de excluir la capacidad de intelectualidad y volitiva en la misma magnitud con que éstas operan en las hipótesis de la enfermedad mental.

En el tratamiento de este tema se incluye la denominada "actio libera in causa", circunstancia en la que dolosamente el propio agente se somete (dolosa o culposamente) a una condición de grave alteración de la conciencia para cometer el delito. En este caso, de comprobarse lo intencional de la maniobra, no se eximirá la responsabilidad penal.

c) Grave alteración de la percepción: La noción de alteración en la percepción está referida a cualquier sentido (de modo que no solamente el sordo y el mudo, o ambos a la vez); el abanico abarca otras dimensiones físicas de los sentidos. Importa que la alteración de la



percepción de la realidad sea grave, pues como anota Bustos, el término realidad es equívoco y relativo, ya que cada uno tiene su propia realidad y ésta ciertamente no está alterada, luego en verdad se está hablando de alguna determinada realidad, la que es tal para otros, y desde este punto de vista lo que interesa es una determinada realidad valorativa, que puede ser la jurídica.

La oligofrenia es el ejemplo más ilustrativo. El grado de trastorno mental del oligofrénico, sea del idiota clínicamente determinado o el imbecil, o el débil mental debe ser de tal magnitud que impida obrar con la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esta apreciación.

d) La minoría de edad: Nuestra ley penal (Inc. 2 del Art. 20) establece como sujeto inimputable al menor de 18 años de edad. Basta la sola comprobación de la edad para fundamentarse la exclusión de la responsabilidad penal, sin interesar el desarrollo intelectual y volitivo, que haga suponer que el sujeto en verdad pudo comprender el carácter ilícito de su acción y obrar conforme a esa comprensión (lo que a nuestro criterio debería ser lo relevante).

El conocimiento de la antijuricidad.- El cumplimiento de este requisito significa el ambiente seguro para la cabal realización del principio de culpabilidad, pues, sin el conocimiento del injusto no es posible el reproche de culpabilidad.

La ley no exige el conocimiento estricto del precepto jurídico conculcado, ni tampoco la pena que éste prevé como consecuencia; es suficiente que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del orden jurídico, que su comportamiento delictivo se encuentre prohibido jurídicamente al "modo del profano", según el juicio del hombre medio con capacidad de comprensión y decisión.

El conocimiento de la antijuricidad puede verse influenciado negativamente por el error de prohibición (antes denominado error de derecho), cuando conforme lo señala el artículo 14 del C.P., el error sea invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal se excluye la responsabilidad (si el error fuere vencible se atenuará la pena).

El error de prohibición lleva su presencia al ámbito de la culpabilidad, dejando íntegro el injusto doloso o culposos, bien excluyendo la responsabilidad o bien atenuándola. Puede presentarse bajo los siguientes supuestos: a) Error sobre la existencia de una norma jurídica (ignora la existencia de la norma prohibitiva); b) Error sobre la validez de una norma jurídica de prohibición (la cree derogada o que contradice a otra de superior jerarquía constitucional, por lo que opta acatar ésta, negando la anterior); y, c) Error sobre la validez de una norma de autorización (supone erróneamente que se encuentra amparado por una norma permisiva <de autorización>).

Se incluye en el presente tema, también la referencia al error de prohibición culturalmente condicionado, que se fundamenta, como bien explica Zaffaroni, en que el sujeto, no obstante la posibilidad de conocer la norma prohibitiva, no la ha podido internalizar por razones culturales. El artículo 15 del C.P. hace referencia a ello, indicando: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

La no exigibilidad de un comportamiento distinto.- El deber de actuar o simplemente abstenerse en el sentido demandado por la norma se funda en la posibilidad de realizarse la conducta jurídicamente correcta y en la exigibilidad de la misma. Ocurre que



posibilidad y exigibilidad de adecuarse a lo pedido por la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible, sin embargo, a veces, el derecho abdica a exigir comportamientos que el sujeto pudiera llevar a cabo; de suerte que, si bien lo imposible no es exigible, lo posible tampoco lo es, por el mero hecho de serlo exigible siempre.

En este sentido la responsabilidad se funda en que el sujeto, pudiendo comportarse conforme la norma que emana de la ley, decide libre y voluntariamente no acatar el mandato prohibitivo y ejecuta el acto con pleno conocimiento y voluntad.

Por el contrario, si se presenta por ejemplo, el caso extremo en el que el autor actúa en un estado de alteración motivacional por circunstancias de peligro, que hace que no pueda exigirse una conducta distinta de la que realizó lesionando un bien jurídico, no puede reprochársele responsabilidad penal.

Causas de exculpación:

a) Estado de necesidad exculpante: Nuestra ley punitiva la norma en el inciso 5 del artículo 20: "El que ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigirse que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias, especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica".

El estado de necesidad exculpante descansa en que los bienes en conflicto son de igual valor, como en el caso del naufrago que mato a su compañero para mantener el único madero que permitiría salvar su vida en el agua. En este caso el ordenamiento no justifica la agresión por tratarse de bienes preponderantes, pero si

entiende y disculpa el acto por la imposibilidad de exigir al agente un comportamiento distinto.

b) Miedo insuperable: El miedo al que aquí se alude, es aquel que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (Muñoz Conde). La eximente elimina la responsabilidad del agente, dejando intacta tanto su capacidad de culpabilidad (imputabilidad) cuanto el manejo conductual, por no serle exigible por el Derecho (al hombre promedio) la sujeción a la norma, visto el miedo grave en relación con una circunstancia seria, real e inminente (en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente).

El inciso 7, del artículo 20 del C.P., establece que esta exento de pena, "el que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

Por ejemplo el gerente que sustrae el dinero del banco, para los ladrones que tienen secuestrada y amenazada de muerte a su menor hija.

Por último, el principio de culpabilidad, que es pilar fundamental del Derecho Penal, permite comprender diversos aspectos:

a) La responsabilidad penal no se determina exclusivamente por la materialización y la lesividad. Requiere, esencialmente, que el tipo objetivo sea ejecutado voluntariamente, ya con intención, voluntad y conciencia de ilicitud (dolo), ya con omisión del deber de cuidado exigible en el caso concreto (culpa).

b) Inadmisibilidad de la responsabilidad objetiva o determinación de penas sin observación y prueba de la psiquis del autor. No resulta admisible el procesamiento despojado del análisis de dolo, culpa o preterintención.

c) Rechazo de los llamados delitos calificados por el resultado, si se les concibe como simple fundamento del incremento punitivo, sin



relacionar al autor y la consecuencia mayor. Las circunstancias de agravación sólo permiten incremento sancionatorio en cuanto puedan ser vinculadas culpablemente (dolo o culpa) al sujeto activo del hecho.

d) La responsabilidad penal resulta de lo que "el hombre hace y no de lo que el hombre es". En tal sentido, el principio de culpabilidad se orienta a la observancia del comportamiento, de la acción, del hecho o de la conducta, y por tanto, rechaza el Derecho Penal de Autor. A éste, entonces, se puede imputar, procesar, condenar y aumentar la pena exclusivamente por la conducta desplegada y nunca por sus características físicas, biológicas, culturales, políticas, económicas, etc.

e) Implica el análisis no sólo del autor sino, igualmente, el de su entorno o mundo circundante, porque no puede pasarse por alto que la personalidad de un sujeto, como también sus características personales externas, se van desarrollando o adquiriendo siempre en el medio social. Es el tema conocido con el nombre de co-culpabilidad o co-responsabilidad que se fundamenta, conforme aprecia Zaffaroni, en que como "... el orden sostenido por el derecho no da a todos las mismas posibilidades de realización, es lógico que le exija más a quienes más posibilidades le ha dado y que cargue con su parte respecto de aquél a quien menos posibilidades ha dado, cargando aquí la sociedad con la parte de culpabilidad que le corresponde..." . Es reconocer, como hace Jean Pinatel, que "...la personalidad es inseparable no solamente del organismo sino del medio..." , y que "...es, pues, la personalidad total la que hay que situar frente a la sociedad global, a fin de descubrir los procesos sociales (directos e indirectos) de la criminalidad".

2.8) Principio de dignidad

No obstante que el sujeto resulte imputado por la comisión de un delito, y como consecuencia

de ello, sometido a un proceso penal, merece, por su condición de ser humano, el respeto a su integridad, honor y dignidad. Así debe excluirse todo atentado o discriminación, que parta de consideraciones de edad, raza, color, opinión, cultura, extracción social o económica, etc. Pero ello no exime al juzgador de tener en cuenta, durante la investigación judicial, los factores sociales, económicos, políticos, etc. que puedan ser condicionantes de un comportamiento determinado.

2.9) Principio de necesidad o utilidad

Este principio informa, que para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, "necesario", puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor posible.

Si el Derecho Penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho Penal sirve para evitar delitos.

"Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto



previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna" (Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 240).

Según este postulado, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos para los que estaba conminada; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá pena.

2.10) Principio de proporcionalidad

Por proporcionalidad, no debe entenderse simplemente, que la pena debe ser estrictamente fijada según la entidad del daño causado a la víctima o de acuerdo con el grado de culpabilidad (que en esta acepción se refiere al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena <proporcionalidad en concreto>). El principio va más allá, pues exige acomodación del Derecho penal (en lo sustancial y en lo procesal) a las finalidades del Estado en que se desenvuelve, es decir, que aquél debe seguir los lineamientos establecidos en la Constitución, especialmente en cuanto a los objetivos que se buscan según el tipo de poder plasmado en el ordenamiento jurídico (proporcionalidad en concreto). En sustancia conduce a que la aplicación del Derecho penal, se asiente sobre la base del respeto al libre ejercicio de los derechos esenciales. Trátase, en pocas palabras, de hacer coincidir las decisiones tomadas en materia penal, con las finalidades previstas en la Carta Suprema, pues no se puede concebir una medida, por ejemplo

un auto de detención, que no persiga los mismos fines que pretende la Constitución.

Por ello con razón escribe Silvia Barona Vilar: "El principio de proporcionalidad tiene la tarea de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz..." En el principio de proporcionalidad deben entrar en juego, además, todas aquellas circunstancias no ya del asunto en sí, pena esperada o dificultad de resolución del mismo, sino incluso además las circunstancias personales y particulares del individuo al que presuntamente se le tuviere por acusado y al que pretende someterse a una de las medidas cautelares del proceso penal y, en este supuesto, de la prisión.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. Pero no sólo es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene con ésta, sino además las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí. Efectivamente, lo primero que hay que ponderar es si la intervención del Derecho Penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico; si la materia es propia del Derecho Penal, y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado. Ya hemos visto que de la dignidad de los bienes jurídicos se desprende, por una parte la necesidad de un reconocimiento constitucional, en mayor o menor medida; de otra, una materialidad suficiente en el bien jurídico. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una



amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto. Así, por ejemplo, no se representa como proporcional la utilización del Derecho Penal en contra del dueño del perro que defeca en la calle, para obtener la limpieza de las aceras.

También la conducta, en relación al grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar la intervención del Derecho Penal (verbigracia, la afectación nimia, por ejemplo del bien jurídico representado por la libertad personal, en el caso del chofer del autobús, que no se detiene en la parada solicitada por el pasajero, llevándolo a un paradero posterior, no justifica la intervención del Derecho Penal, aunque ciertamente éste habrá retenido contra su voluntad a dicho pasajero). Por último, también es necesario comprobar la relación existente entre las distintas respuestas que el ordenamiento da a diferentes conductas: no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra bienes jurídicos importantes.

2.11) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho Penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados "bienes jurídicos". Se dice entonces, que el Derecho Penal sólo puede proteger bienes jurídicos, pero ello no significa que todo "bien jurídico" hay de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. En tal sentido, estamos de acuerdo con Mir Puig (1995, p. 91), por cuanto ambas cosas se

opondrían respectivamente, a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho Penal. "El concepto de <bien jurídico> es, pues, más amplio que el de <bien jurídico-penal>" (Loc. cit.).

2.12) Principio de humanidad

En su desenvolvimiento histórico, el Derecho penal ha transcurrido diversos estadios, marcados en principio por épocas de bárbara venganza, hasta su humanización. Contemporáneamente este principio conduce a la obligatoriedad del respeto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena. De allí la preponderancia del principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, etc.

El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su persona. Como efecto de ello, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exige contemporáneamente las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

2.13) Principio de oportunidad

En materia de aplicación del Derecho Penal, el Estado, mediante sus operadores penales correspondientes, tiene el deber jurídico de procurar el esclarecimiento de la verdad y la eventual sanción del imputado, para lo cual, entre otras cosas, debe promover y ejercer la acción penal, principio que supone, simultáneamente, la promoción necesaria de la



acción penal y su irretroactividad posterior. Sin embargo, por razones superiores como la utilidad pública, el interés social o la necesidad de descongestionar la administración de justicia, puede acudirse al denominado principio de oportunidad, de acuerdo con el cual la persecución penal puede no iniciarse o terminarse, por ejemplo en hipótesis como las siguientes.

a) Delitos de bagatela, es decir, aquellas infracciones que no conculcan apreciable o realmente el interés jurídico tutelado, así formalmente haya contradicción entre la conducta y la norma protectora, como ocurre en los delitos patrimoniales de escasa significancia, según la relación víctima - victimario, o las lesiones personales que no generan incapacidad relevante.

b) Las transacciones entre autor y sujeto pasivo perjudicado, que producen satisfacción en éste.

c) La desprisonalización, sobre todo tratándose de penas cortas privativas de libertad, para evitar el influjo dañino de la subcultura o sociedad carcelaria.

En estos casos, como ya se establece en el artículo segundo, del Código Procesal Penal, bien puede acudirse a la abstención del fiscal o al auto de sobreseimiento por parte del juez, para no comenzar el proceso penal o para extinguirlo.

2.14.- Principio de Derecho Penal mínimo

Más que un principio es toda una corriente del Derecho Penal, que condensa los enunciados anteriores y aporta otros. El Derecho Penal mínimo se fundamenta en que el Derecho punitivo es violento, no resuelve ni afronta convenientemente los conflictos sociales, los enraiza y aumenta, así como también es altamente clasista, pues selecciona sus destinatarios. Por estas razones, y otras, debe ser:

a) Restringido desde el punto de vista de la cantidad de tipos estructurados en la parte especial de los códigos penales, para prever regulación penal sólo en aquellas hipótesis de lesión sumamente grave.

b) Considerablemente ampliado en su operatividad, es decir, en materia procesal penal, para extender al máximo todas las garantías del individuo, previstas en la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y en la ley penal, tales como presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho de ser oído y vencido en juicio, etc.

El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un "Derecho Penal mejor", sino "algo mejor que el Derecho Penal". Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.

Este principio, a su vez, resulta de otros, que, con contenido similar aunque con diferente nombre, conducen a la misma finalidad. Surge entonces, otros enunciados y características del Derecho penal, inclusive tradicional. Por ejemplo:

2.14.a) Carácter fragmentario.- En el campo penal se detectan comportamientos positivos o negativos que respetan y vulneran determinados intereses o bienes pertenecientes al individuo, la sociedad o al Estado; por ejemplo la vida, la salud, el honor, la administración pública, etc. Así, en toda sociedad, existen conductas jurídicas y conductas antijurídicas respecto de intereses



tutelables. De estas últimas, que constituyen lo que podríamos denominar antijuricidad general, unas son extraídas por el Derecho Penal para configurar la llamada antijuricidad penal, previa descripción legal de los tipos. De la amplia gama de acciones y omisiones antijurídicas, entonces, el Derecho Penal toma algunos trozos, partes o fragmentos, con el propósito de otorgarles una tutela muy particular, ordinariamente represiva y más severa que la concedida a otras conductas violatorias de intereses por los demás sectores del ordenamiento jurídico.

Carácter fragmentario alude a pedazos de la antijuricidad general que son tomados, para su propia regulación por el Derecho Penal. Se entiende, además, que estos fragmentos deben ser los menos posibles y que, de otra parte, no haya posibilidad de regularlos acudiendo a otras vías, como las civiles, administrativas, laborales, etc.

2.14.b) *Ultima ratio*.- Quiere decir que la agresión institucional, constituida por el Derecho Penal, debe proceder únicamente cuando sea indispensable, es decir, necesaria. A esta clase de Derecho debe acudir exclusivamente cuando fallen los demás mecanismos de control social formal o informal, es decir, que su puesto es el de instancia final (última razón). A decir de Calliess, citado por Bustos, "Sólo cuando fracasan la política social y de formación, y sólo cuando es ineludible para la vida en común de la sociedad, interviene la protección del Derecho Penal".

Fragmentariedad y última ratio señalan el carácter excepcional del Derecho Penal, que solamente debe intervenir frente a hechos muy particulares y de cierta significación en la vida social. Si así no fuera, el Estado se convertiría en un ente simplemente policial, y, además se correría el riesgo de paralizar la actividad social por medio de la violencia penal. Los ciudadanos, dentro de un Estado de Derecho no pueden vivir bajo la amenaza constante de la

violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significaría la negación de ese propio Estado de Derecho.

El respeto de los derechos fundamentales de la persona y de la sociedad, determinan la necesidad de que el empleo del Derecho Penal, como medio de control social, sea lo menos extenso y significativo, evitándose en lo posible, la aflicción o la estigmatización.

2.14.c) *Carácter subsidiario*. Tal denominación no quiere significar dependencia o sujeción del Derecho Penal a otra rama de las ciencias jurídicas, ni posición privilegiada o rezagada. Indica que en la sociedad se presentan conductas lícitas e ilícitas, y que éstas últimas son castigadas de diversas maneras, por ejemplo pérdida de las arras, ejecución de la cláusula penal, indemnización por despido injusto del empleado, etc. Sin embargo puede suceder que la ilicitud sea de tal proporción, que merezca otra forma de sanción, momento en el cual la conducta entra al grupo escogido por el Derecho Penal para ser objeto de reproche punitivo. De aquí resulta, igualmente, que con autonomía no existe una ilicitud penal, sino más bien conductas antijurídicas o lesivas que son reguladas de diversas maneras por el derecho civil, laboral, administrativo, etc. El Derecho Penal selecciona sectores de lo antijurídico y acude a su coercitividad para contrarrestar las conductas que se dirigen contra ellos.

2.14.d) *Minima intervención* (intervención mínima o no intervención). El Derecho penal sólo debe inmiscuirse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, pues las ofensas menores son objeto de otras áreas del ordenamiento. Constituye no sólo un límite importante al derecho de castigar que posee el Estado, sino que ubica al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico: La última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus disturbios, o el



recurso final del que dispone el Estado de derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada. Pátese del convencimiento que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección.

Como se puede observar, estas cuatro características o tendencias, en sustancia coincidentes, se orientan a un mismo objetivo: La estrechez o restricción del Derecho penal.

El "Derecho Penal Mínimo", además de lo expuesto, y conforme lo reseña Pérez Pinzón, determina la formulación de otros principios subsidiarios:

- 1.- Irretroactividad de la ley sustancial, procesal y ejecutiva, salvo claro está, si favorece al procesado o condenado;
- 2.- Primacía de la ley sustancial o aplicación de los axiomas democráticos a todos los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal, principalmente en lo relacionado con la policía, el proceso y la ejecución.
- 3.- Representación popular. En el proceso de formación y conocimiento de la ley penal deben ser respetados los requisitos mínimos del Estado de Derecho, es decir la participación en las decisiones y funcionamiento de la ley, de las asambleas legislativas, de las clases populares y de todos los partidos y movimientos políticos.
- 4.- La ley penal no puede ser respuesta inmediata de naturaleza administrativa, ante uno o varios conflictos. Es un acto solemne que tiene que emanar de amplios y detenidos debates llevados a cabo en las asambleas, parlamentos o congresos. Los disturbios que esperan una contestación legal deben ser suficientemente decantados antes de dar una respuesta penal. Trátase de frenar la

ejecutivización o administrativización de la justicia penal.

5.- Idoneidad. La pena no debe ser impuesta si no existen pruebas empíricas de su efectividad o probabilidad de efectividad. De manera que no basta la lesión de los derechos humanos ni la proporcionalidad. Estos dos aspectos, ya reseñados, son condiciones necesarias pero no suficientes para castigar. Este principio, entonces, obliga al estudio atento de los efectos socialmente útiles que se puedan esperar de la pena.

6.- Respeto por la autonomía cultural. Se enuncia diciendo que falta una condición necesaria para la criminalización de determinados comportamientos, cuando estos pueden ser considerados normales dentro de una subcultura bien delimitada.

7.- Primacía de la víctima. La pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales, que van más allá de aquellos de la víctima es injustificada. Es necesario discriminalizar buena parte de conflictos para llegar a la "privatización" de los mismos, sustituir el Derecho penal por el derecho restitutorio, ampliar las facultades de las partes involucradas para con el delito, asegurar el derecho de indemnización de la víctima, etc. Búscase, sencillamente, que antes de la intervención de una persona "desconocida" (el Juez), los protagonistas del acto lamentable pueden afrontarlo y solucionarlo.

2.15) Principio *ne bis in idem*

Conforme al mandato constitucional, se establece en nuestro sistema la prohibición de "revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada" (Art. 139.13). Este principio denominado también de "no dos veces por lo mismo", prohíbe a los órganos judiciales que reabran un proceso que ya que habiendo sido resuelto ha quedado ejecutoriada (salvo la excepción del recurso de revisión).



La aplicación de este principio reclama como presupuestos concurrentes: la identidad de persona, que trate del mismo hecho ilícito y que tal hecho ya haya sido resuelto judicialmente en la jurisdicción nacional o de otro país.

El anteproyecto de Ley del Código Penal 2004, también resalta el principio *ne bis in idem* (artículo IX: "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo"). Este principio consiste en la garantía que tiene el ciudadano de no ser sometido a proceso dos veces por un mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva. Ello significa que la persona no puede ser sometida a una doble condena ni afrontar el riesgo de ello. Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución. Lo inadmisibles es, pues, no la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla. Existe uniformidad en la doctrina respecto de los requisitos para determinar cuándo estamos frente a un supuesto del *ne bis in idem*. Estos son la misma persona, el mismo hecho y el mismo motivo de persecución (*causa petendi*). En la doctrina y jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del principio *ne bis in idem* dentro del ámbito del Derecho Penal (nadie puede ser sancionado dos veces por la

misma conducta delictiva). Sin embargo, no existe uniformidad de criterios cuando se trata de la aplicación del *ne bis in idem* en el contexto general del Derecho sancionador; esto es, cuando se trata de la aplicación del principio en las relaciones del Derecho Penal con el Derecho extrapenal, prohibiendo doble sanción por una misma conducta: sanción penal y sanción administrativa. Se señala en el Anteproyecto la primacía del Derecho Penal sobre la facultades de la Administración, con lo cual se busca evitar, que una sanción administrativa previa que pueda dictarse no deba usarse como barrera que impida la actuación del Derecho Penal.

2.16) Principio de protección a la víctima

Conforme al mandato constitucional, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 C.E.). En este sentido se atribuye al Derecho Penal la función de protección de la persona humana en sociedad anteponiendo la pena como instrumento preventivo.

En tal sentido surge como principio la primacía de la víctima. Así La pretensión del sistema penal de tutela debe realizarse teniendo en perspectiva la entidad y la gravedad del derecho afectado a la víctima, asegurándosele también el derecho restitutorio bajo la premisa de la concesión de una adecuada y oportuna indemnización, que de alguna manera satisfaga su pretensión resarcitoria.



BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, Enrique... "Principios Constitucionales de Derecho Penal", Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 1999.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio... "Temas de Derecho Penal", Edi. Cultural Cuzco S.A., Lima Perú 1993.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan... "Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal", Editorial Temis, Librería Bogotá - Colombia 1982.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos... "Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales", Editorial Tirant Lo Blanch - Valencia, España 1995.
- CUELLO CALON, Eugenio... "Derecho Penal - Parte General", Editora Nacional, Novena Edición. 1948 - México D.F.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan... "Derecho Penal Fundamental", Vol. I, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.
- FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Introducción y Parte General", décimo quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995.
- GARCÍA RADA, Domingo y otros... "La Nueva Constitución y el Derecho Penal", Tipografía Sesator, Lima 1980.
- HASSEMER, Winfried... "Fundamentos del Derecho Penal", Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Edi. Bosch, Barcelona 1984.
- HURTADO POZO, José... "Manual de Derecho Penal - Parte General", Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición, Lima 1987.
- HUGO VIZCARDI, Silfredo... "Derecho Penitenciario Peruano", Pro Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edición 2006.
- JAKOBS, Gunther; Struensee Eberhard... "Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno", Hammurabi José Luis de Palma editor, Buenos Aires 1998.
- JESCHECK, Hans Heinrich... "Tratado de Derecho Penal: Parte General", T. I. Bosch Casa Editora S.A., Barcelona, 1981.
- MARTÍNEZ - PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel... "Derecho Penal: Parte General", J.M. Bosch Editor, Barcelona 1999.
- MIR PUIG, Santiago... "Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método", Editorial
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes... "Derecho Penal: Parte General", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- PEÑA CABRERA, Raúl... "Tratado de Derecho Penal", Estudio Programático de la Parte General, Editora Jurídica Grijley - 5ta Edición 1994, Lima-Perú.
- PEREZ PINZON, Alvaro Orlando... "Principios Fundamentales del Derecho Penal", En Debate Penal No 6, Ediciones Jurídicas 1988, Setiembre a Diciembre.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel... "Derecho Penal, Parte General", Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- PRADO SALDARRIAGA, Victor R... "Comentarios al Código Penal de 1991", Editorial Alternativas - Lima - Perú 1993.
- SERRANO-PIEDACASAS FERNANDEZ, José Ramón... "Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal", Gráfica Horizonte S.A., Lima 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María... "El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales", J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997.
- URQUIZO OLAECHEA, José... "Principio de Convinación en el nuevo Código Penal", Rev. Peruana de Ciencias Penales, No 1, Lima, 1993.
- URQUIZO OLAECHEA, José... "El Principio de Legalidad", Gráfica Horizonte S.A., Lima 2000.
- VILLASTEIN, Javier... "Derecho Penal: Parte General", Editorial San Marcos, Lima, 1998.