

La sociedad contemporánea y su enemigo el no-Derecho Penal

Javier Ysrael Momethiano Santiago

Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Alas Peruanas, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Federico Villarreal (Sección de Postgrado), profesor asociado del Módulo de Derecho Penal de la Academia de la Magistratura, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Sección de Pregrado).

Lex



Arlequín acusado

El presente trabajo está dedicado a la memoria de mi amigo el Dr. Luis Miguel Bramont-Arias Torres, con quien dialogáramos varias ideas científico-penales, con el propósito de que no expirase la escuela de nuestro maestro Luis Alberto Bramont Arias, quien estoy seguro que desde la gloria descansará en paz, pues sus discípulos que aún seguimos transitando por este mundo nos encargaremos de luchar por la vigencia de nuestra escuela penal.

LA PELIGROSIDAD COMO ELEMENTO JURÍDICO

Según algunos autores, el contenido y concepto de peligrosidad es un término genérico, aunque otros distinguen todavía la «peligrosidad» de la temibilidad de Garófalo, que fue la primera terminología que salió a la luz para encerrar el concepto relativo a peligro del agente. La idea, como lo expresa Cornejo, «era y es la verdadera, pero la expresión no era feliz. Según Rocco y Crispigni, citados por Jiménez de Asúa, temibilidad es la consecuencia de la peligrosidad de la persona, es decir, la peligrosidad del individuo es la causa de una temibilidad. Esa palabra «peligrosidad» es la que ha adquirido generalización, pero también se han hecho distingos; así por ejemplo, Ferri habla de peligrosidad social y peligrosidad criminal, exponiendo que encierran – según el autor– conceptos diferentes. También la expresión de «estado peligroso» se ha generalizado, la misma que, según Jiménez de Asúa, es sinónimo de peligrosidad y aun de temibilidad. «Nosotros –dice este autor– hemos empleado y emplearemos indistintamente las palabras peligrosidad y «estado peligroso»; también empleamos como sinónimo el término temibilidad, pues si bien es cierto que este es la consecuencia del estado peligroso, no lo es menos que en el terreno práctico se equivalen ambos conceptos» (Jiménez de Asúa, Luis. *El estado peligroso*, pp. 48, 50 y 51).

En cambio, Cornejo hace una distinción entre estado peligroso y peligrosidad criminal, pero tampoco debe confundirse, dice este autor, la peligrosidad criminal como postulado y criterio para medir la imputabilidad, con la peligrosidad considerada como estado peligroso y estado personal, que constituye y puede constituir delito por sí mismo y sirve de objeto a ciertas medidas de prevención. Estas expresiones y conceptos respectivos son simétricos con la peligrosidad social y la peligrosidad criminal de Ferri, pues encierran las mismas ideas. El estado peligroso y la peligrosidad social constituyen la peligrosidad en potencia, y se fundan en el estado personal, estado que puede ser resultado de anomalías psíquicas. En este estado, el individuo se encuentra proclive al delito; en cambio, la peligrosidad criminal es el resultado de la explosión de esa fuerza ofensiva o peligrosa en potencia que ha recaído en el delito, es la peligrosidad hecha tangible, y tiene como fundamento un hecho indiscutible y concreto.

Nosotros creemos que es diferente la peligrosidad ya manifestada de un hecho delictuoso. Este último trae como resultado la acción de la defensa represiva a aquel estado peligroso en que se encuentra el individuo, proclive a delinquir. La defensa preventiva, mediante modos de acción diversa, debe dirigirse a eludir en lo posible tal evento. Desde este punto de vista, la defensa preventiva tiene una misión importantísima, pues se enrumba a la extirpación de las causas del delito. Este es el aspecto más importante de la política criminal, como lo indica Ingenieros. Reconocido es que existen causas predisponentes al delito, unas en el ambiente social y otras en el carácter de los delincuentes. La prevención del delito ha adquirido tanta importancia como su represión. La defensa represiva es *a posteriori*, actúa cuando el individuo ya ha delinquido, cuando todos los factores etiológicos han culminado su obra fatal sobre él; en cambio, la defensa preventiva es *a priori* y se dirige a anular o detener esa obra fatal, por cuyas razones convenimos entonces en esa diferencia entre estado peligroso y peligrosidad criminal. Hecha esta aclaración, podemos afirmar que la causa de la peligrosidad es esa anormalidad psicopsíquica del individuo.

Por eso, el fundamento de las medidas de seguridad como sanción penal es exclusivamente peligrosista, es decir, considera la probabilidad de que el autor vuelva a delinquir en el futuro, estando su duración en función a dicha peligrosidad.

Este argumento nos va a servir para entender nuestro ordenamiento jurídico penal en materia de medidas de seguridad postdelictuales y predelictuales que nuestro Código sustantivo vigente contempla, y no como equivocadamente señala Peña Cabrera cuando dice que «en el caso de nuestro Código Penal solamente se admiten las postdelictuales» (Peña Cabrera, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, p. 91). Asimismo, contradiciéndose, este autor afirma que «el artículo 73 del Código Penal consagra claramente el principio de proporcionalidad ya que la medida de seguridad está no sólo en función del delito cometido, sino el que pueda cometer a futuro; esto último, sin embargo, es paradójico, pues es una clara filtración de la medida de seguridad predelictual, pues se basa únicamente en la peligrosidad del autor» (Peña Cabrera, Raúl. *Ob. cit.*, p. 664).

Peligrosidad y culpabilidad

Considerando las relaciones entre peligrosidad y culpabilidad a partir de la concepción de la culpabilidad como el presupuesto de la pena, basándose ésta en la responsabilidad personal de la conducta antijurídica del individuo, se ha sostenido que el objeto del reproche de la culpabilidad es la peligrosidad del autor del hecho delictivo. Así, Mezger opina que la culpabilidad no se concibe como una conducta subjetiva, sino que es más bien la apreciación de esa conducta por los coasociados, siendo un juicio valorativo sobre la situación de hecho de la culpabilidad, un juicio de reproche. Con referencia a la peligrosidad, también es un juicio valorativo de la

conducta del sujeto peligroso, pero que lleva a considerarla no como presupuesto de la pena sino más bien como fundamento de un tratamiento de reforma.

El juicio de culpabilidad, de acuerdo con Mezger, es un juicio de referencia, juicio que necesita de valoración. En este mismo caso se encuentra también el juicio de peligrosidad. Pero Mezger, al tratar sobre la concepción normativa de la culpabilidad, afirma que esta es una situación de hecho, que es valorada normativamente y que, por lo tanto, no es una situación de hecho psicológica, sosteniendo que la expresión de carácter peligroso viene a ser un término pasado, pues en ella prima con exceso lo subjetivo en los problemas de la pena y la medida. Por esta razón, debe importar más la dirección objetiva de la peligrosidad. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la peligrosidad, íntimamente ligada con el carácter peligroso, es, sobre todo, una situación subjetiva, más si se considera a la peligrosidad sin delito, por lo que el tratamiento de garantía y de reproche que se aplica contra ella, no obstante valorizado normativamente, se refiere más a una situación de hecho psicológico que a una situación de hecho objetiva, pues el reproche se dirige en este caso contra el peligro mismo y no contra la conducta criminal. Por lo tanto, es correcto concebir el delito como una actualización de la personalidad, afirmando con ello el valor relevante del elemento subjetivo, concepto que aplicado a la culpabilidad considera a la personalidad como el tipo potencial de la misma, haciendo referencia a una culpabilidad de disposición, que viene a ser lo mismo que la culpabilidad potencial. Si se parte de la personalidad y sus disposiciones, el peligro valora esa culpabilidad potencial y no avanza más, pues la función de la concepción normativa del peligro consiste en diagnosticarlo y tratarlo, no esperando que llegue a transformarse en una acción culpable por parte del sujeto.

La dogmática alemana, al referirse a la doctrina de la concepción normativa de la peligrosidad, aparte de la interpretación ya considerada de la responsabilidad, juicio de valor emitido por los demás, en el que se expresa la desaprobación colectiva, circunscribe el problema de la culpabilidad a la valoración del delito por el mismo agente, en su mente, como una cosa que no debe hacerse, de acuerdo a lo sostenido por Hippel, para quien la culpabilidad es la doble conciencia, por parte del agente, de que el hecho está en contra del propio deber y que asume un carácter socialmente dañoso, siendo ilícito y antijurídico, conceptos ambos que se encuentran excluidos del concepto de peligrosidad. Florián, al tratar este punto, sostiene que la concepción normativa de la peligrosidad no va asociada al elemento subjetivo, o sea a la conciencia que el sujeto tiene del hecho, sino al concepto del valor del hecho.

El mismo Florián es de opinión de que el juicio de reproche está relacionado con la peligrosidad, aunque reducido sólo a los imputables, refiriéndose así a uno de los aspectos de la peligrosidad, la del imputable, mas no existe tal coincidencia entre imputabilidad y peligrosidad, ya que son la personalidad y la conducta las que deciden en la existencia de la peligrosidad; en

cambio, es la conducta espontánea la que decide en la imputabilidad. En la imputabilidad es suficiente que la persona sea normal, siendo el concepto de peligrosidad mucho más amplio y complejo, pues comprende todos los aspectos y situaciones de la personalidad, desde la personalidad normal hasta la patológica.

El juicio de valor, que es característico de la reprochabilidad, en opinión de Ruiz Funes, es un juicio que subsiste también en el caso de la personalidad del no imputable, pero ya no como un juicio de reproche, sino más bien como un juicio de probables conductas criminales o de reales conductas antisociales, a las que se les valora como temibles. Tanto la reprochabilidad como la peligrosidad implican juicios de valor. La reprochabilidad valora la culpa; en cambio, la peligrosidad valora la antisociabilidad del agente, dando lugar ambos juicios al empleo de medidas de defensa social y de medios de reforma y protección individual.

Considerando las aplicaciones de la culpabilidad a la peligrosidad, Florián dice que si la culpa normativa se entiende como consecuencia de lo ilícito, viene a constituir un indicio claro de peligrosidad, pero si se le valora como un reproche, coincide con la peligrosidad misma. Sostiene que lo injusto es un elemento de la peligrosidad; mas, a título de previsión, se efectúa el diagnóstico teniéndose en cuenta la probabilidad de lo injusto, de una expectativa de antijuridicidad, luchándose contra él antes de que la conducta antijurídica se haga efectiva. En lo que se refiere a la reprochabilidad en el peligro, no se llega a precisar, siendo sólo suficiente con la probabilidad de aquellos actos que, de llevarse a cabo, originarían en las demás personas ese juicio de reproche.

Mezger hace un estudio de los elementos que conforman el juicio de culpabilidad y de desaprobación jurídica, los cuales para él están constituidos por el acto de voluntad del autor, o sea, las partes psicológicas integrantes de la culpabilidad; los motivos, es decir, las partes motivadoras integrantes de la culpabilidad, y las partes caracterológicas integrantes de la culpabilidad, o sea, las referencias de la acción a la total personalidad del autor, todos ellos, elementos subjetivos del juicio de culpabilidad, siendo de opinión de que todos ellos son expresiones de la personalidad, concretamente precisables como dirección de la voluntad y exponentes del carácter. Estos elementos psicológicos constituyen el contenido de la voluntad y su proceso de formación, y son para este autor las representaciones que actúan sobre la voluntad y la adecuación del acto a la personalidad del autor, siendo la síntesis de estos elementos, considerados por el derecho penal y sobre los cuales dirige las disposiciones de sus normas, en su opinión, «la personalidad, consciente del fin, susceptible de ser motivada por motivos antijurídicos».

Con referencia a la peligrosidad, se tiene que también entre los elementos que la conforman están la voluntad y su proceso de formación, las representaciones que actúan sobre ella y la

adecuación del acto a la personalidad del individuo, mas con un alcance diferente que en la culpabilidad, puesto que la personalidad, que tiene un contenido estrictamente caracterológico, asume todo su valor debido al conocimiento del carácter mismo, no siendo indispensable un acto antijurídico. Tratándose de los motivos, estos permiten sólo valorar la peligrosidad criminal, por medio del origen del acto delictivo, sintomáticamente considerado; mas si tenemos en cuenta otras conductas antisociales, que constituyen índice de peligro no criminal, estos quedan completamente desvanecidos, ya que el motivo o el móvil de la conducta valorable desaparece en la conducta misma, o queda como un elemento que se podrá apreciar no ya para los efectos del diagnóstico, sino más bien para elegir el tratamiento que ha de aplicarse al sujeto peligroso.

La dogmática alemana, tratando de adaptar las normas penales a las múltiples exigencias de la vida concreta y tratando de encontrar normas flexibles, ha sostenido la necesidad de la no exigibilidad de otra conducta como causa general de exclusión de la culpabilidad; mas como la peligrosidad no tiene su fundamento en la culpabilidad, estas causas de exclusión son ajenas a ella. Florián dice que la exigibilidad no sería un criterio idóneo para la peligrosidad, puesto que esta tiene un carácter individual, realista, contingente, no medio y no típico, y además se podría agregar, de acuerdo con Ruiz Funes, el de no culpable.

Derecho Penal liberal y Derecho Penal autoritario

Los partidarios de la teoría retributiva de la pena así como los de la seguridad jurídica basan el derecho penal de culpabilidad o Derecho Penal liberal en la libre elección del hombre, la cual está sujeta a reproche. Esto significa que la aplicación de la pena debe retribuir el reproche, y, en tal sentido, la determinación de la pena tiene como límite la cuantía de la culpabilidad.

Por otro lado, cuando hablamos de un hombre determinado (no tiene elección) por causas, no se le podrá reprochar, sólo se le medirá su peligrosidad, y por ende la pena estará limitada por la cuantía de peligrosidad. A esto se le llama Derecho Penal de peligrosidad o Derecho Penal autoritario, el mismo que tiene como seguidores a los partidarios de la teoría reeducadora o resocializadora de la pena y a los de la defensa social.

En principio, creemos que el desafío para el Derecho Penal venidero es superar las posiciones del Derecho Penal liberal y Derecho Penal autoritario, ya que nos hemos pasado todo el siglo XX discutiendo sobre ello; sin embargo, es necesario precisar que el Derecho Penal de culpabilidad no es una solución que nos sirva para apreciar el hecho delictuoso en su verdadera dimensión, sobre todo si tenemos como punto de partida e interrogante a la «elección».

Al respecto, y aclarando la idea antes mencionada, Zaffaroni nos dice que «si se niega la

posibilidad de elección humana, se niega con ello cualquier forma de responsabilidad» (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, p. 70). En esta línea podemos preguntarnos lo siguiente: ¿cómo saber si existe o no elección?, ¿el hombre puede elegir? La respuesta no es fácil, aunque algunos, sin mostrar un fundamento sólido, se han aventurado a afirmar o negar estas cuestiones.

Desde el punto de vista real, el hombre tiene varios aspectos, los que podemos agrupar en dos: el primero biológico y el segundo experimental. En tal sentido, si queremos apartar uno del otro, el hombre no sería materia de estudio, sobre todo si quisiéramos estudiar el delito en su verdadera dimensión.

Por ello, el Derecho es parte del todo, que es la realidad multirrelacionada con otras disciplinas no sólo jurídicas sino extrajurídicas. En este contexto, el capricho de algunos tratadistas de considerar que el hombre es libre nos llevaría a afirmar que el Derecho no es parte de la realidad, especialmente si se tiene en cuenta que es de la realidad de donde se nutre el Derecho. Es así que el Derecho Penal para nosotros es tanto de autor como de acto.

Culpabilidad de autor y culpabilidad de acto

Debemos aclarar que todo Derecho Penal de autor es Derecho Penal de peligrosidad, mientras el Derecho Penal de culpabilidad puede ser de autor o de acto. Para un sector de la doctrina, sólo se tendrá en cuenta el acto ilícito mas no la conducta del agente, sea esta anterior o posterior. A esto es lo que se llama culpabilidad de acto o de hecho; esto significa, en palabras de Bacigalupo, que «se tomará en cuenta para la culpabilidad sólo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida» (Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, p. 148). Otro sector de la doctrina considera que la conducta del agente permitirá juzgar el acto ilícito y antijurídico, es decir, explicar el delito como producto de la personalidad del individuo.

Considerando lo mencionado hasta ahora, tenemos que la libertad de la voluntad es la base de la culpabilidad de acto, y que el determinismo lo es para la culpabilidad de autor. Como vemos, el problema es la «libertad», es decir, si el hombre puede elegir o no.

Actualmente se concibe la idea de «libertad en el Derecho Penal», teniendo como base al hombre normal, desterrando así concepciones filosóficas y psicológicas, ya que un sector de la doctrina plantea que la culpabilidad es normativa y no ontológica, lo que significa que en realidad no sabemos o no nos importa saber si el hombre es libre y responsable; sin embargo, hay libertad para el Derecho Penal. En síntesis, no se trata de normativizar la culpabilidad sino de normativizar su contenido.

Este problema es amplio y delicado. A pesar de ello, consideramos que no es posible crear una «libertad en el Derecho Penal» –sin demostrabilidad de la libre autodeterminación del agente–, la cual a nuestro entender pertenece al mundo ideal del Derecho Penal. Es fácil decir aquello existe sin fundamentar. Si alguien preguntara por qué hay libertad en el Derecho Penal, los defensores de esta tesis dirían que porque se ha normativizado el contenido de la culpabilidad, lo cual significa que los penalistas deben respetar ciegamente este dogma.

Al respecto, creemos que sería un avance beneficioso demostrar que sí existe «libertad en el Derecho Penal», pero esto hasta ahora es un deseo –no fundamentado– del Derecho Penal ideal, porque en la praxis –Derecho Penal real–, aunque lo quieran negar los defensores de la «libertad en el Derecho Penal», existe el llamado factor determinante, el mismo que tratamos anteriormente en la culpabilidad y peligrosidad.

En resumen, ambas posiciones, la de autor y la de acto, nos deben servir para apreciar el hecho punible en su verdadera dimensión, lo que no implica aceptar la libertad en el Derecho Penal.

La unidad del Derecho Penal autor-acto

En la actualidad existe unanimidad en afirmar que la conducta humana es la base sobre la cual se elabora el concepto de delito, pero el problema empieza al preguntarnos: ¿qué es la conducta humana? Evidentemente, la respuesta es compleja, ya que el hombre es una unidad biofisiopsicosocial, en la cual sus partes sólo aparecen cuando por análisis descomponemos aquello que es unitario.

La conducta humana es determinada tanto por la dotación biológica como por la sociedad. Esto significa, por un lado, que la herencia predispone al individuo, y, por otro, que el medio en que se desenvuelve esta persona termina por desarrollarla o inhibirla. Existen aquí tres factores que interactúan para conformar la conducta: la herencia, la maduración y la socialización.

En lo que respecta al Derecho Penal, sólo son relevantes las conductas previstas en los tipos penales, lo que significa, según Mir Puig, que «en un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales».

Se trata de que el Derecho Penal sea modernamente considerado como un Derecho Penal de acto. Esto significaría que el Derecho Penal no valoraría de igual manera la fase interna (producida en el pensamiento del autor) y externa (cambio en el mundo externo) de la conducta, ya que, como sostiene Muñoz Conde, de la concepción del Derecho Penal como Derecho Penal de

acto se deduce que ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir pueden constituir nunca delito, en tanto no se traduzcan en actos externos.

Lo que nosotros los penalistas jamás podemos negar es que la conducta humana es producto del ser humano. Ello evidentemente no significa darle un gran valor al acto sino también al autor, ya que gracias a él se dio vida al acto. Con esto no queremos decir que deben ser reprimibles las cualidades de un homicida; por el contrario, a lo que aspiramos es a darle a la conducta su total comprensión. Es más, se habla de un Derecho Penal humanitario, sin que esto signifique confundir el papel del Derecho Penal con la Criminología.

En materia procesal vemos que tanto el acto (el delito) como el autor (el procesado) son importantes para el proceso, ya que este tiene por objeto una inculpación concreta; de allí que sea fundamental determinar la relación que surge de un hecho que se reputa delictuoso y que se desarrolla entre el Estado, el autor y la víctima, con el fin de que sea aplicada la ley penal. Por ello, el maestro García Rada considera que el delito y las personas a quienes se procesa serán materia de la investigación, y sobre ellos recaerá la sentencia.

Esto no significa que se debe procesar al «tipo autor» sino al «tipo acto», pero sucede que en la práctica se tiene en consideración la vida anterior y la futura conducta del autor para procesarlo. Si el autor es el que da vida a su acto, como ya lo dijimos, existe una unidad autor-acto, la cual no se pueden separar ni siquiera durante el proceso. Por ello, Binder señala, descriptivamente, que el proceso penal es «el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última».

Actualmente, se dice que el Derecho Penal de acto está en boga. Entonces nos preguntamos: ¿por qué es necesaria la presencia del procesado en el proceso penal? Creemos que debe ser porque es el procesado el que supuestamente dio vida al acto que es materia de investigación. Ello nos lleva al discurso de que no se puede procesar un acto sin la presencia de su creador (el autor), no sólo porque la Constitución o el Código de Procedimientos Penales lo señalan, sino porque en esencia existe una unidad entre autor y acto. Si es verdad que lo único que importa es el acto, para el Derecho Penal, de hecho esto no es del todo cierto en materia procesal, porque es al procesado (el autor) a quien se le dirige la acción penal desde la investigación hasta la sentencia.

En tal sentido, como lo considera el maestro Del Valle Randich, el imputado es la persona principal de la relación procesal, sin el cual no es posible hablar de relación jurídica; además, se entiende que el imputado es una persona física sobre la que pesa la imputación de haber come-

tido un delito, y contra quien se ha abierto instrucción, ya que no es suficiente la denuncia sino que es necesario que el juez lo considere como tal y abra instrucción contra él.

Esto permite que las normas procesales tutelen el orden social, el mismo que se encuentra comprometido con la comisión del acto delictivo y su finalidad, la cual se halla comprendida dentro de dos orientaciones: garantizar por un lado a la víctima del delito e imponer una sanción al que es responsable, y de otro lado buscar la paz y el orden social, garantizando, por los medios que la ley la acuerda, que el delito no se vuelva a cometer e impidiendo asimismo que se pueda producir un abuso o arbitrariedad al sancionar a un inocente o al dejar libre a un imputado responsable.

De esta manera, el proceso en general es una garantía y preserva a la sociedad de actos aislados de violencia, de fuerza o de impunidad, robusteciéndola y dándole una estructura de orden social que permita al hombre vivir libre y confiadamente.

En cuanto a la pena, los partidarios del Derecho Penal de acto están de acuerdo en que la condena debe recaer sobre el acto y no sobre el autor, lo que significa que no se puede condenar el «ser homicida» sino el «homicidio», posición con la que estamos de acuerdo, ya que nuestro Código Penal sanciona los «tipos de actos» y no los «tipos de autores». Sin embargo, esto no quiere decir que al autor no se le condene. Nos explicamos: el autor es quien sufre la condena por su acto, y no es el acto en sí quien sufre la condena (lo cual es absurdo). En este sentido, al aceptar que el penado (autor) padezca la condena, el Derecho Penal de acto está dejando en estado latente concepciones del Derecho Penal de autor, porque, a fin de cuentas, la función de la pena no es prevenir, proteger y resocializar el acto sino al autor, para que no cometa delitos o no vuelva a delinquir.

Dando por cierto este discurso, lo que se condena en la praxis entonces es al autor-acto, entendiéndose así que el hombre es una unidad biofisiopsicosocial.

Culpabilidad y responsabilidad

Desde hace algún tiempo se viene proponiendo un nuevo término que sustituya al de culpabilidad. Este nuevo término es el de imputación personal, el cual, según Mir Puig, «tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor» (Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General, p. 530), entendiéndose de esta manera que sólo se busca reprimir el hecho punible mas no la culpabilidad del agente, porque lo único que desea el Derecho Penal es la prevención, si se puede lograr.

Asimismo, Villavicencio Terreros nos dice: «Algunos prefieren usar el término responsabilidad al de culpabilidad para evitar cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos.» (Villavicencio T., Felipe. *Código Penal*, p. 41).

Al respecto, sabemos que la culpabilidad tiene una función eminentemente retributiva de la pena, pues es la forma más eficaz para controlar el delito; sin embargo, reconducir el principio de culpabilidad al de prevención general no significaría un avance, sino, más bien, un retroceso, ya que se justifica el sistema penal y se legitima la pena impuesta por el Estado.

Por su parte, Jakobs considera la prevención general como fin de la pena porque existe el «Principio de lealtad con el Derecho», que no es otra cosa que la fidelidad al Derecho; *contrario sensu*, la infidelidad del Derecho sería la culpabilidad; en este sentido, creemos que la teoría Jakobsiana legitima el sistema penal aún más, porque permite que el Estado reprima bajo el pretexto de proteger la armonía social, a fin de no generar un desequilibrio social, y esto teniendo en consideración que el sistema jurídico resulta *autopoiético* ya que los discursos se justifican en su propia circularidad, basándose en que la comunicación reproduce comunicación, puesto que el Derecho es un sistema cerrado operativamente, siguiendo el *iter* de Luhmann.

Es así que Roxin, por su parte, anota que «la categoría delictiva que sigue al injusto tiene que hacer objeto del juicio –naturalmente sin perder la vinculación a la ley– junto a la culpabilidad, también a la exigibilidad preventiva de sanción penal y resumir ambos elementos bajo el concepto de responsabilidad» (Roxin, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, p.34). Esto significa que la culpabilidad viene estampada con criterio político criminal por la teoría de los fines de la pena.

Al respecto, Muñoz Conde, citado por Bramont Arias y Bramont Arias-Torres, expresa que «por ejemplo en el estado de necesidad, el sujeto tiene que elegir entre un mal y otro; tiene, por tanto, la posibilidad de actuar de un modo distinto, y, a pesar de ello, el legislador deja sin sanción a los que encontrándose en esta situación optan por el mal menor», y agrega que «esta actitud legislativa está inspirada en criterios de política criminal, pues tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial es aconsejable dejar sin sanción a quienes actúan en esta situación u otras análogas» (Bramont Arias, Luis y Bramont Arias-Torres, Luis. *Código Penal anotado*. p.109).

De esta manera se entiende que sólo la ausencia de necesidad preventiva de punición puede excluir la responsabilidad, mas no la culpabilidad.

Culpabilidad por el resultado y su exclusión

Para establecer la culpabilidad del agente a fin de imponer la pena debemos tomar a la culpabilidad o responsabilidad penal, como lo señala nuestro Código Penal, en sus dos aspectos: *amplio*, es decir, identificando la gravedad del delito con lo imputado al agente, y *estricto*, el que se contrapone al de antijuridicidad.

Al margen de este aspecto, existe otro que implica la exclusión de responsabilidad o culpabilidad por el resultado, que no es otra cosa que la exclusión de punibilidad, es decir, cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible, lo cual significa que no se debe responder por el resultado de acuerdo al viejo postulado *versari in re ilícita etiam casus imputatur*.

Por ello, Fernández Carrasquilla señala que «la responsabilidad objetiva se contenta con la realización física de la conducta o la acusación material del resultado, sin tener en cuenta para nada la participación de la voluntad personal en el hecho y su configuración concreta» (Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal fundamental*. Vol. II, p. 20). En tal sentido, sólo son admisibles las acciones voluntarias en atención a criterios de responsabilidad subjetiva.

Contenido actual de la culpabilidad

Desde Carrara, que propugna el libre albedrío, se pone en consideración si un acto es bueno o malo frente al medio social. Esto supone concebir al hombre como un ser natural y social. Tal discusión hizo que en los años 70 el Derecho Penal se enclaustrase entre posiciones deterministas e indeterministas; pero es a partir de Welzel que la capacidad de elección con la que actúa una persona normalmente es el presupuesto de culpabilidad, despojándonos de esta manera del criterio metafísico, para ubicarnos en un criterio normativo. Esta postura es criticable, como ya lo dijimos en la no demostrabilidad de libre elección del autor, construyéndose de esta manera la culpabilidad por el acto y la culpabilidad por el autor. En tal sentido, el poder actuar de manera diferente obliga a explorar el ánimo jurídicamente desaprobado.

Asimismo, posturas preventivo-generales reemplazan la culpabilidad en fidelidad al Derecho porque el hombre es un fin en sí, rechazando de este modo ideologías pragmáticas. Por su parte, los abolicionistas consideran suprimir el término *culpabilidad* para sustituirlo por el de *objetos de medición*, a efectos de establecer proporcionalidad entre los fines de la pena en relación al autor.

A la fecha, la culpabilidad se basa en la libertad de elección (volitiva) del autor y en las necesidades de la pena, es decir, no es un reproche ético personal dirigido a la capacidad de

autor, sino una imputación exterior de culpabilidad sujeta a las necesidades sociales. De esta manera, la culpabilidad resulta funcional respecto al sistema social. En tal sentido, se pena a fin de mantener confianza en la norma. Lo que genera la culpabilidad debe dirigirse al presente, mas no al futuro. En palabras de Jakobs, la culpabilidad ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación (Jakobs, Günther. *Derecho Penal*. Parte general, p. 579), lo que significa desde el punto de vista político que Jakobs se presta a la arbitrariedad y el autoritarismo, propios de la escuela nazista de Kiel, que tenía como exponente a Schaffstein, para quien el delito es la lesión al deber. Se propugna de este modo la unificación de la antijuridicidad y culpabilidad, concibiendo de esta manera al agente como aquel que traiciona los deberes sociales de la población

En los proyectos de nuestro Código Penal referidos a 1984, 1985 y 1986 se emplea el término culpabilidad, el cual es reemplazado por responsabilidad a partir de los proyectos de 1990 y 1991. Esto se debe a que el legislador nacional, inspirado en el Derecho alemán, se adhiere a una culpabilidad de hecho de acuerdo a lo preceptuado en el Art. VIII del T. P. del Código Penal, que expresa que la «pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho».

Para comprender esto, es necesario remitirnos al párrafo 461 del Código Penal alemán, que señala que «la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en sociedad también deben tenerse en cuenta». Es así que la influencia alemana plantea con Roxin que la categoría de culpabilidad tiene por sí misma consideraciones político-criminales relacionadas con el fin de la pena y su necesidad social e individual; por eso Roxin nos habla de responsabilidad, ya que el agente debe sólo responder por su acto.

Sin embargo, como bien apunta Stratenwerth, en la determinación de la culpabilidad por el hecho debe tomarse en cuenta la personalidad del autor de la manera más completa posible, aunque siempre sólo en la medida en que ella aparezca expresado en el hecho punible. Por ello, consideramos que la culpabilidad debe tomarse en su amplio aspecto, es decir, considerando autor y acto.

II

EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL HECHO DELICTIVO

Los elementos del Derecho Penal a mediados del siglo XX fueron el *delito*, el *delincuente* y la *pena*, pero en 1948 Von Hentig, destacado jurisconsulto alemán, escribió por primera vez la relevancia de la víctima como factor decisivo en el comportamiento del agente, en su obra intitulada *El delincuente y su víctima*. Esto dio lugar al surgimiento de la víctima como cuarto elemento del Derecho Penal, junto con los ya mencionados, creándose de esta manera una nueva rama de la ciencia criminológica denominada *victimología*, la que actualmente reclama su autonomía en base a las investigaciones realizadas en España, Francia y Alemania.

La victimología estudia el vínculo existente entre los sujetos activo y pasivo de un delito, con la finalidad de determinar en qué medida la conducta de la víctima ha motivado la realización del hecho punible. Esto ha dado lugar a que el juzgador determine la corresponsabilidad del sujeto pasivo, por lo que se deberá reducir la penalidad del agente; o aprecie únicamente la responsabilidad del sujeto pasivo en el evento, donde el delito y la pena no existirán. En este sentido, Neuman hizo bien en señalar que «el delincuente no deja de ser tal aunque la conducta de la víctima pueda ser de igual magnitud e importancia» (Neuman, Elías. *Victimología*, p. 24).

«El tema de la víctima no escapa al interés del Derecho Penal, cuando en la caracterización de determinados delitos, así como en la graduación de la pena, se deben también delinear ciertas condiciones del agraviado, sea en función de su actuación antes o durante el acto delictivo, así como del sexo, edad, parentesco u otra situación especial» (Solís Espinoza, Alejandro. *Criminología. Panorama contemporáneo*, p. 138). Esto ha determinado la aparición de la llamada *victimodogmática*, que no es una disciplina causal explicativa sino dogmática, pues aprecia la participación de la víctima en el delito y su responsabilidad desde el ámbito del Derecho Penal material. Por eso, el último párrafo del Art. 46 del Código Penal señala que el juez para individualizar la pena deberá tener presente el conocimiento directo de la víctima, en cuanto le sea posible.

Considerando esto, el tema en estudio lo podemos encontrar en el tipo penal, pero específicamente en la imputación objetiva como relación de causalidad dentro del tipo objetivo de lo injusto. En tal sentido, es necesario observar la estructura u organización del tipo, el cual tiene dos aspectos:

- El aspecto objetivo, referido a los caracteres que el autor debe cumplir en su obrar en el mundo exterior. Son llamados también caracteres de tipo objetivo, y son: los sujetos, la relación

de causalidad (imputación objetiva), el bien jurídico tutelado, los elementos descriptivos y normativos.

- El aspecto subjetivo, referido a la postura psicológica del autor de la comisión de un evento criminoso, también llamado tipo subjetivo. En este aspecto se examina al dolo y la culpa en sus distintas revelaciones; pero existen también elementos de tipo subjetivos que pueden eliminar el dolo por medio de errores de tipo previsible e imprevisible.

La víctima en el proceso penal

El proceso llamado antiguamente juicio deriva de la voz *procedere*, que significa «poner en actividad». Producido el ilícito, se acude al Estado en demanda de protección, y aquella se ejerce por medio de la denuncia o querrela. Desde ese momento, y hasta que se pronuncie sentencia, se desarrolla una serie de actos que tienen como finalidad el esclarecimiento de la verdad. A este conjunto de actos se le denomina proceso, el cual, según Roxin, representa la síntesis del conjunto de normas que sirven a ese fin (Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 2).

Por eso, Maier nos dice que «el Derecho Procesal es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él» (Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. T. I, p. 75).

Este concepto implica que el proceso penal en su desarrollo es de interés público, ya que la administración de justicia en el proceso penal, por los objetos que protege, es de trascendencia y requiere de una conducta técnico-científica de los que intervienen, esto es, de los jueces, abogados y los colaboradores (Momethiano Zumaeta, Eloy. *Enfoques de los recursos impugnatorios en el nuevo Código Procesal Penal*, p. 69).

Como puede observarse, «no existió una especial preocupación por la víctima concreta del delito, sino fundamentalmente un interés por dotar de eficacia a la persecución penal. Sin embargo, ella permitió que el ofendido, sus herederos o representantes legales pudieran participar en el procedimiento penal sin las restricciones que la ley imponía a los terceros ajenos al delito» (Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. T. I, p. 285 - 286).

Beristain, por su parte, dice que «este proceso tradicional está siendo fuertemente criticado por los partidarios de las ciencias victimológicas. Se propugna que el proceso penal de hoy vaya

adquiriendo ciertos rasgos nuevos e innovadores, de acuerdo con las coordinadas victimológicas. Estas introducen cuñas radicales que convierten, o desean convertir, el proceso en un diálogo y una negociación normativa (pero con cobertura a la casuística), en unas buenas relaciones que no buscan combatir, ni vencer, ni causar daños, sino restaurar las lesiones del bien jurídico social; no es una confrontación del Estado frente al delincuente sino, ante todo, un encuentro del victimario con sus víctimas (y sólo en tercer y último lugar con la sociedad o la autoridad estatal); pretende responsabilizar, no castigar al delincuente, se denuncian los daños causados en el contexto moral, social, económico de las víctimas y del victimario, se deja la puerta abierta a un perdón controlado» (Beristain, Antonio. «Proceso Penal y víctimas: pasado, presente y futuro», en: *Victimología y Victimodogmática*, p. 667).

Esta apreciación se da mayormente cuando la acción penal es ejercitada por la víctima en forma privada, pues no hay intervención del representante del Ministerio Público; por tanto, el sujeto pasivo se convierte en acusador privado, porque es el encargado de impulsar el proceso y pedir que se sancione de manera justa al querellado. Es así también que la víctima puede transigir o desistirse de continuar con el procedimiento privado en virtud a lo establecido en el Inc. 3 del Art. 78 del Código Penal. En tal sentido, el juzgador deberá archivar definitivamente el proceso por haberse extinguido la acción penal.

Por eso, Bermudes señala que «la doctrina moderna y algunas legislaciones se han pronunciado decididamente por un incremento del elenco de delitos de acción privada, reconociendo a la víctima u ofendido todo el poder de acusar, con plena vigencia de la autonomía de la voluntad en la persecución penal, al punto de configurarse un ejemplo de sistema que se podría denominar acusatorio privado casi puro» (Bermudes, Hugo. «La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo», en: *La víctima en el proceso penal*, p. 211).

Considerando esto, la declaración que preste la víctima de la comisión de un delito ante el Juez Penal tiene trascendental importancia en el proceso, pues la preventiva constituye una prueba que el juzgador apreciará con las demás pruebas actuadas, confrontándola y deduciendo todo lo que contenga la verdad, desechando aquello que revista carácter subjetivo y personal, aceptando todo lo relacionado con su sinceridad y espontaneidad. Rara vez esta declaración es imparcial y objetiva, pero resulta indispensable para el juzgador oír la versión de quien ha sufrido los efectos del delito para establecer la responsabilidad del imputado (Momethiano Zumaeta, Eloy y Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Código de Procedimientos Penales Exegético. Estudios de las normas progresivas del nuevo Código Procesal Penal*, p. 510).

Cuando la denuncia de la víctima se ha hecho con falsedad en la imputación o ausencia de motivo razonable dará lugar a la acción por calumnia en lo penal o indemnización de daños y

perjuicios en lo civil, salvo que el denunciante haya actuado en el ejercicio regular de un derecho, según lo preceptuado en el Inc. 1 del Art. 1971 del Código Civil.

La víctima, como parte en el procedimiento de ejecución, es decir, en el cumplimiento de las sentencias condenatorias consentidas y ejecutoriadas (título ejecutivo), es la persona que sufrió el daño producto del ilícito (concepto tomado en el Inc. 1 del Art. 227 C.J.M.P., que señala: «Este Código considera víctima a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo...», definición esta que es análoga a lo preceptuado en el Art. 94 del Código de Procedimientos Penales (Santillán López, Kely. *Código de Justicia Militar Policial Comentado*, p. 129) y que solicita el cumplimiento de la indemnización fijada en la resolución definitiva. Este sujeto sólo tiene participación en asuntos de carácter civil mas no de penalidad, salvo en el caso de los delitos de acción privada, donde no hay intervención del Ministerio Público.

Es así que «todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima, y el autor está obligado a reparar tal perjuicio; por ello, como consecuencia del delito surgen dos acciones, una dirigida a obtener el resarcimiento por el daño causado...» (Cubas Villanueva, Víctor. *El proceso penal*, p. 163).

Si el perjuicio es ocasionado al Estado o a un ente jurídico, se nombrará un representante, conforme a lo establecido en la normatividad.

La consideración político-criminal de la reparación en el proceso penal se funda en sus posibilidades recompositivas, atenuantes y hasta preventivas, las que, según Roxin, se manifiestan en los siguientes extremos: en primer lugar, cuando el autor repara con sus medios el mal causado, momento en el que, independientemente incluso del castigo, la víctima y la sociedad verán superado el daño social provocado por el delito; en segundo lugar, cuando la existencia de la reparación obliga al autor a colocarse frente a las consecuencias de su hecho y a considerar los intereses legítimos de la víctima, los cuales serán mejor percibidos por él que a través de la pena; y finalmente cuando la reparación puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima y con ello facilitar la reinserción del autor (Roxin, Claus. *Política criminal y estructura del delito*, p. 29).

Por esta razón, desde el punto de vista político-criminal y en términos de costo-beneficio, resultaría conveniente que la vía penal sea la que pueda garantizarle a la víctima una eficaz reparación civil, objetivo que no podrá ser alcanzado sin la constitución de instrumentos procesales eficaces que eviten la carga psicológica y económica que supone iniciar un nuevo procedimiento.

En tal sentido, Binder considera que el resarcimiento de la víctima es un imperativo que surge del principio del poder penal como *última ratio* y modifica los fines tradicionales del proceso penal, que no puede ser pensado únicamente como un proceso de cognición, sino como un método de pacificación, abriendo sus puertas a la reparación integral como verdadera solución del conflicto (Binder, Alberto. «Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina», en: *Contribuciones* 3/69).

III

EL DERECHO PENAL COMO «TERCERA VELOCIDAD»

El actual momento de expansión del Derecho Penal se da por las reclamaciones o exigencias de una *sociedad de la inseguridad objetiva* (el ser víctima depende de la edad, trabajo, clase social, etc.) y *subjetiva* (el miedo de ser víctima de un hecho punible) producida por el llamado *complejo criminal*.

El potencial destructivo de los sujetos al poner en peligro a la humanidad exige por parte de la comunidad mejores y mayores mecanismos de prevención, lo que redundaría en la reducción de garantías y en el endurecimiento de las penas. Es así que el profesor Silva Sánchez grafica su idea de las *dos velocidades del Derecho Penal*: la *primera velocidad* sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de la libertad, y en el que, según Silva Sánchez, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La *segunda velocidad* vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos –tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño–, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicas. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no –una cuestión que excede estas breves consideraciones–, la imagen de las dos velocidades induce a pensar –como ya lo ha hecho el propio Silva Sánchez– en el antes mencionado Derecho Penal del enemigo como *tercera velocidad*, en el que coexistirían la imposición de las penas privativas de la libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de la imputación» (Cancio Meliá, Manuel. «Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, p. 157).

Es así que el Derecho Penal del enemigo trata a los infractores no como ciudadanos sino como enemigos peligrosos que deben ser neutralizados cueste lo que cueste –*allopoiesis*–, pues

es necesario para ello un adelantamiento de la punibilidad, un incremento de la punibilidad y una eliminación de determinadas garantías procesales, debido a que estas no personas niegan la ley y por tanto la sanción.

De la misma idea es Quispe Asmat, quien siguiendo a Jakobs considera que «el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de la forma incidental sino duradera» (Quispe Asmat, Luisa Inés. «El Derecho Penal del enemigo como respuesta al delito de terrorismo», en *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 186).

Cabe detectar que en el *Derecho Penal del enemigo*, que es un no Derecho Penal, no se incriminan hechos propiamente dichos, pues se vulnera el principio de hecho, ya que Este toma una dirección centrada en la identificación de determinados sujetos considerados como enemigos, es decir, está orientado a una reformulación del *Derecho Penal de autor*; por eso Zaffaroni, refiriéndose al *Derecho Penal del enemigo* señala que más que una *tercera velocidad del Derecho Penal* es un retroceso.

En este sentido, la *corriente peligrosista* es admitida en el fondo por Jakobs, pues este concibe un *Derecho Penal del enemigo* como alternativa dentro del sistema punitivo que es aplicado contra sujetos que no captan el mensaje normativo, ya que sólo se busca neutralizar el peligro a través de medidas anticipativas asegurativas, sin fines preventivos, a diferencia del *Derecho Penal del ciudadano*, que es aplicado por el Estado contra sujetos que no ponen en riesgo el orden jurídico y pueden ser reincorporados a la sociedad para reparar el daño ocasionado.

Por eso, Jakobs expresa que «el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de conformar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad» (véase Pastor, Daniel. «El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*. Libro Home-naje al. Dr. Günther Jakobs, pp. 781-782).

La expresión «Derecho Penal del enemigo» fue puesta al día por el profesor Jakobs, quien lo tomó de Carl Shimitt, un teórico del nazismo que rescata esta idea para la filosofía política del siglo XX respecto de los crímenes políticos graves o de *lesa majestad* para la *idoneidad de la respuesta penal* del Estado. Por lo tanto, el *Derecho Penal del enemigo* jakobsiano no es una novedad, sino de antigua data, al que se le denominaba *Derecho Penal de excepción*, pues viene desde la decadente república romana, que consideró la posibilidad de ejecutar a sus enemigos, y

que actualmente es un *Derecho Penal antiliberal y antigarantista de excepción generalizada y de emergencia*, que se aparta de un *Derecho Penal normal*, ya que no trata al delincuente como peligroso, pues no es una guerra al enemigo, puesto que este tiene derechos que deben ser respetados.

De esta manera, Christian Suero y Birriel señalan que «no caben dudas de que el Derecho Penal del enemigo constituye un modelo político criminal autoritario, ya que detrás del recorte de garantías en pos de la eficacia preventiva para aumentar la seguridad reviste las siguientes características propias de un Derecho Penal antiliberal» (Christian Suero, Carlos y Birriel, Bibiana. *El terrorismo y sus dos discursos: del Derecho Penal del enemigo al autor por convicción*, Ob. cit., p. 228).

Sin embargo, el *Derecho Penal del enemigo* toma relevancia práctica con los atentados a las torres gemelas en los Estados Unidos, país que, como consecuencia de esto, endurece sus leyes. Al mismo tiempo, producto del pánico al terrorismo, el Reino Unido también reduce determinadas garantías procesales por cuestión de seguridad nacional.

Entonces parece claro que en estos ordenamientos, el centro de gravedad del *Derecho Penal del enemigo* está sobre todo en el ámbito del nuevo *Derecho antiterrorista*, pues se sostiene que pareciera que Bush estuviera leyendo a Jakobs, ya que sus ataques están dirigidos contra diferentes países –Afganistán e Irak, los campos de concentración en Guantánamo y el no buen trato que reciben todos los ciudadanos que arriban a cualquier aeropuerto de los Estados Unidos– con el solo propósito de capturar a algunos terroristas. Esto nos lleva a pensar sin duda alguna que el Derecho Penal actualmente posee el carácter de *arma política* que a su vez nos conduce a una *tanapolítica* de un Código Penal de la democracia.

Todo esto hace que el *Derecho Penal del enemigo* se sustente en tres falacias. La *primera* sostiene que no todos somos iguales ante la ley, lo que resulta una posición exagerada y vulnerante de los derechos humanos; la *segunda* se basa en que el ser humano no es tal, sino persona; y la *tercera* se fundamenta en la persona que puede ser tal o no persona, es decir, se plantea un problema teleológico y ontológico, pues el dogma sería que el ser humano es persona y la persona es ciudadano, o sea un artefacto semántico –de autorreferencia que conduce a una heterorreferencia–, y la no persona es enemigo, es decir, el otro, la persona distinta que no es como uno, lo que en definitiva lleva a un trato discriminatorio, ya que el individuo merece un trato aparte en tanto pertenece al entorno del sistema, mas no al sistema donde se desenvuelven las personas o seres múltiples, producto de la fragmentación de discursos sociales. Todo esto resulta en un punto ciego de una teoría atrapada en su clausura autocreada.

Como podrá verse, el tránsito de ciudadano a enemigo se va produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalización criminal y la participación delictiva organizada del llamado otro, tal como lo sostiene el profesor Silva Sánchez, ya que se hace una cruzada contra malhechores por su demonización, como es el caso de Lucifer frente al poder celestial de Dios (a nuestro entender, Dios aplicó por primera vez el Derecho Penal del enemigo contra Satanás, bajo un funcionalismo radical divino. Al respecto, véase Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Estudios penales funcionalistas*, pp. 25 y ss.). Esto también es evidente desde el punto de vista del reconocimiento de la competencia normativa del agente; en tal sentido, el término enemigo resulta semejante a la acepción tradicional militar, lo cual implica que el *punitivismo* y el *Derecho Penal simbólico* alimentan y justifican la creación del *Derecho Penal del enemigo*, que genera verdaderamente tipos penales abiertos, porque adjetivamente es inquisición sobre las personas y no demostración del acontecimiento.

La reincidencia y la habitualidad como agravantes

Con la Ley N° 28726 se incorporan en nuestro Código Penal, a manera de institución, la reincidencia y la habitualidad, pues para la determinación de la pena, estas se tomarán en cuenta como circunstancia agravante del hecho punible actualmente realizado por el agente.

Entendemos por reincidencia o *reincidere* a la existencia de una condena previa a la comisión del delito doloso. Esta condena por el hecho anterior deberá ser definitiva y cumplida en todo (reincidencia real) o parte (reincidencia ficta). En tal sentido, no sólo se comprende al agotamiento de la vía nacional sino también de la supranacional. Es así que se entiende que la condena anterior será de pena privativa de libertad (sin importar el número de años de sanción penal aplicados al sujeto), impuesta tanto por sentencia nacional como foránea, pues la delincuencia no tiene fronteras. Esto implica que la legislación penal recoge la reincidencia específica o propia por analogía en las sanciones penales, pero no de forma especial en los hechos punibles dolosos.

En esta reincidencia simple no se tomará en cuenta la condena anterior por multa, restrictiva de libertad y limitativa de derechos, así como por delitos culposos y faltas, pues en esta última podrá aumentarse la pena hasta el doble del máximo legal fijado, siempre que la falta sea reincidente. También se excluye la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena, ya que el agente no ha padecido propiamente la privación de su libertad. Además, es preciso aclarar que al ser considerado el sujeto como reincidente o habitual, el juzgador no podrá aplicar en favor del imputado el instituto de la suspensión de la pena de acuerdo a lo previsto en la ley penal (Art. 57 del Código Penal modificado por el D. Leg. 982, publicado en el diario *El Peruano*, el 22 de julio de 2007).

Los delitos amnistiados no se consideran para la reincidencia, pero el indulto no excluye esta figura jurídica.

La reincidencia se aplicará cuando esta sea de primer grado (agente con condena anterior) y segundo grado (agente con dos condenas anteriores) en un lapso que no exceda los cinco años, pues de darse la reincidencia en tercer grado (agente que comete tercer nuevo delito) dentro de este período, se considerará al agente como habitual; pero si el agente reincide en tercer grado después de los cinco años, será considerado simplemente reincidente mas no habitual, por no existir la exigencia del plazo contenido en el Art. 46 C del Código Penal incorporado por el Art. 2 de la Ley N° 28726.

En el Art. 46 B incorporado a la normatividad penal por el Art. 2 de la Ley N° 28726, se hace mención que para efectos de la reincidencia como circunstancia agravante (el juzgador incrementará la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal) no se tomarán en cuenta los antecedentes penales cancelados, pues no se puede dar a conocer en los certificados que se expidan sobre la pena rehabilitada y la rehabilitación, porque de lo contrario se estaría vulnerando los principios de igualdad y dignidad humana, excepción esta que prevé el Art. VIII T.P. del Código Penal.

En cuanto a la habitualidad o plurirreincidencia, diremos que es la reiteración, costumbre y facilidad para realizar tres delitos dolosos independientes y distintos o semejantes en el lapso de cinco años. En tal sentido, podemos afirmar que la hipótesis de la reincidencia es la que nos lleva a la habitualidad.

El término habitualidad comprende al proclive al delito (tendencia instintiva), al incorregible (no acepta las pautas de conducta) y al profesionalismo (modo de vida u oficio); en otras palabras, se aplica al sujeto que alarma a la sociedad con su accionar peligroso, pues las recaídas en el delito ponen acento en la personalidad del delincuente, permitiéndose al juzgador incrementar su responsabilidad penal por el hábito y por ende la pena, hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Esto nos lleva a la idea del enemigo de la sociedad y del Estado, con la que el legislador patrio pretende robustecer el Derecho Penal de autor reformulándolo en Derecho Penal del enemigo.

Esto nos hace pensar que la finalidad de la pena ya no será la preceptuada en el Art. IX del Código Penal, pues la mayor capacidad criminal implica endurecimiento de la penalidad, y esto produce que la ecuación delito es igual a pena sea destruida, con lo cual se ve afectado el principio *non bis in idem*, contenido en el Art. III, T.P. del Nuevo Código Procesal Penal y en el numeral 7, Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por

tanto, no estamos de acuerdo con estas figuras jurídicas anacrónicas incorporadas en nuestra legislación penal material, ya que se toma en consideración el delito anterior, cuya sanción penal ya ha sido satisfecha por el sujeto.

La lógica judicial nos dice también que lo opuesto al *Derecho Penal del enemigo* es el *Derecho Penal del amigo*, sustentado este último en el *Derecho Penal premial* respecto de la confesión y delatación, cumpliéndose para estos sujetos todas las garantías procesales y extendiéndose esta idea al campo del Derecho Penal de ejecución a través de los beneficios penitenciarios de los condenados. De este modo, el individuo arrepentido se hace amigo del órgano jurisdiccional por su colaboración en la solución del conflicto.

Las exposiciones críticas de alarma surgidas por las posiciones radicales de Jakobs no son rentables científicamente, pues para criticar hay que hacerlo con seriedad académica y con rendimiento de argumentación racional, para así reclamar la abolición del *Derecho Penal del enemigo*, porque se ha demostrado que este no disminuye la criminalidad que pretende combatir. En tal sentido, no se puede permitir que el ordenamiento jurídico entre en pánico, pues de admitirse esto, el *Derecho Penal del ciudadano* se vería contaminado con el *Derecho Penal del enemigo*, debido a que los peligros no pueden ser neutralizados por un Derecho Penal respetuoso de los principios del Estado de Derecho. Una situación como la planteada resulta claramente inconstitucional y errónea desde el punto de vista político.

El papel de la criminología

Tradicionalmente, el rol de la criminología ha sido el de un auxiliar del Derecho Penal debido a valoraciones normativas de pautas rígidas y seguras, ya que estas no podían ser materia de cuestionamiento alguno. Experimentándose una criminalidad normalizada y existiendo una preocupación constante en la sociedad por la evitación del delito, es que surgen exigencias punitivas con la finalidad de plantear un rearme de penalidades en los tipos de lo injusto. Así, se ha dejado de lado el análisis criminológico que trata de comprender desde sus inicios el fenómeno criminal, produciéndose una percepción general de las consecuencias sociales imprevistas originadas por el complejo criminal.

Siendo el miedo al fenómeno criminal una sensación difusa, resultan manipulables las demandas sociales, más aún si no se ha tomado en cuenta el principio de solidaridad, pues la sociedad es corresponsable de la seguridad de sus miembros, junto con el Estado.

En efecto, la respuesta de una sociedad insegura es aplicar un Derecho Penal represivo, pero tildado teóricamente de preventivo, esto debido a que delito y castigo se convierten en cuestio-

nes muy relevantes, aunque entendiendo la delincuencia dentro del campo punitivo, convirtiendo de esta forma a la criminología en subordinada del Derecho Penal, es decir, como un auxiliar de esta última y perdiendo toda autonomía como disciplina científica.

En la actualidad, puede afirmarse que un grupo mayoritario de criminólogos reivindica la autonomía de la ciencia criminológica, en base a que las investigaciones vienen desplazándose hacia la sociología. Paralelamente, este fenómeno se produce también en el Derecho Penal, con lo que indudablemente se complica aún más el terreno de los sistemas sociales. Por eso se dice que el giro sociológico de la criminología ha problematizado su objeto de estudio. Muestra de esta evolución es el éxito de la definición de criminología como teoría radical de la desviación y de control social.

IV

EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

La vida de las personas responde actualmente a las estructuras de una sociedad de control tanto en la represión de la criminalidad como respecto de los avances técnicos y científicos, pues estos pueden crear grandes riesgos para la comunidad; en tal sentido, se trata de lograr así un concepto utópico de persona transparente frente a la realidad.

En efecto, esta participación del sujeto en la sociedad adopta formas peligrosas de represión *ex-post facto* cuando nos apoyamos en la potencialidad del agente. Esto da origen a que el pensamiento penal nutrido de la política criminal busque la máxima prevención efectiva en base a las nuevas seducciones del Derecho Penal de autor, ahora propulsado por el Derecho Penal del enemigo.

Entonces, la lógica de supervisión en una sociedad de riesgos viene a fundamentarse como necesario criterio regulador de las conductas ciudadanas, por lo que las exigencias del régimen de control se observan como connaturales dentro de la sociedad contemporánea, y ya no como algo impuesto y variado. «Muestra de tal evolución es el éxito que ha obtenido la teoría del control social, hasta el punto de que conocidos sectores doctrinales definen la criminología como teoría radical de la desviación y el control social» (García-Pablos de Molina, Antonio. *Ob. cit.*, p. 1060).

Este desarrollo corresponde sobre todo al control social informal, pues el pensamiento criminológico pretende siempre reemplazar el control social formal (por ejemplo: las sanciones administrativas, el Derecho Penal, etc.) por otros controles sociales informales (por ejemplo: la escuela, la familia, los grupos sociales, etc.), sin causar el efecto estigmatizador del ejercicio de un control penal.

Es así que el maestro Bramont Arias señala que «el control penal es el control reactivo, integral, formalizado, o institucionalizado, que se ejerce sobre la base de la existencia de un conjunto de agencias estatales denominado sistema penal (conjunto de instituciones estatales y sus actividades, que intervienen en la creación y aplicación de normas penales); policía, jueces, fiscales, procuradores, sistemas penitenciarios; y los delitos con medios normativos (Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Leyes Orgánicas), económicos, administrativos, etc.» (Bramont-Arias, Luis Alberto. «Fundamentos del Derecho Penal», en: *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal*, p. 19).

Entonces, el Derecho Penal aparece como el medio de control social más riguroso y monopolizado por el Estado, al cual hay que recurrir en *última ratio*, y sólo cuando los controles sociales informales han fracasado en la solución del conflicto. No se debe perder de vista, sin embargo, que tan pronto se deje de garantizar la seguridad y el orden por el Derecho Penal, surge la venganza privada como forma peligrosa de dar solución al problema.

De esta forma, la dogmática penal emplea una violencia normativizada, la cual tiene por finalidad lograr la mejor convivencia de los ciudadanos en la sociedad. De este modo, entonces, el objeto del control social se dirige en *primer lugar* a la conducta desviada dentro del orden social establecido, y en *segundo lugar* a la reacción social por el comportamiento realizado.

En definitiva, el control social informal y el formal pretenden el mantenimiento del orden de la sociedad para evitar conductas socialmente insoportables, y lo hacen estableciendo límites a la libertad de comportamientos y socializando a los miembros de la comunidad.

Participación social en la prevención del delito

La prevención del delito tiene como presupuesto la identificación de los factores claves que originan el crecimiento de la violencia en la sociedad, sin dejar de observar, claro está, a las víctimas potenciales que exhiben un elevado riesgo de victimización.

Se han señalado como factores que contribuyen al crimen las demandas de democratización hechas por sectores políticamente movilizados, la facilidad para disponer de medios violentos,

las divisiones étnicas y la criminalidad organizada, pero el factor más frecuente es el de la crisis económica, el cual origina la miseria de las personas, sobre todo en los países en vía de desarrollo. Esta complejidad del fenómeno de la criminalidad requiere de soluciones complejas, pero viables, como es la aplicación de un enfoque multidisciplinario en el que la sociedad tenga una relevante participación.

Las *estrategias de prevención victimal* suponen una actitud defensiva que lleva muchas veces al agravado a la idea retributiva, la cual implica para este superar el enfoque rehabilitador y avanzar hacia un modo objetivo y sistematizado del riesgo criminal, es decir, una victimagogía radical (a modo de ilustración puede señalarse que las ideologías del movimiento social de las víctimas son también denominadas victimagógicas. Véase al respecto Blossiers Hüme, Juan José. *Criminología y victimología*, p. 390 y ss.).

Frente a esto, se concibe desarrollar una estrategia de control social del ilícito a través de la acción ciudadana, con la idea de mantener el orden público, bajo el supuesto de que la legislación dada contra el crimen viene contando con el apoyo mayoritario de los ciudadanos, y considerando que por medio de esta reacción social se podrá reducir los márgenes habituales de la criminalidad.

Pero esta conceptualización resulta polémica porque los movimientos migratorios y la extrema pobreza producen el aumento de la criminalidad. Para contrarrestar la aceleración del delito por la disponibilidad de armas fácilmente accesibles, el incremento del consumo de drogas ilegales, la prostitución, pequeños delincuentes, etc., se monta un *plan de tolerancia cero*, el mismo que implica un endurecimiento policial contra los marginales con la finalidad de impedir que posteriormente estos agentes cometan hechos de mayor gravedad.

Un problema también vinculado con la prevención es el hecho de que nosotros no estamos acostumbrados a vivir en una sociedad preventiva, lo cual hace que los comportamientos desviados se den mayormente en la sociedad sin dar respuesta oportuna al asunto. Asimismo, es de anotar que la sociedad no se siente responsable para enfrentar la criminalidad, ya que ese rol se lo asigna al Estado, pues este es el encargado de dar solución a los problemas según el criterio social mayoritario, dejando así de lado la posibilidad de que la sociedad pueda organizarse para realizar una labor preventiva. Esto debe replantearse, pues la ciudadanía tiene una responsabilidad directa en el sostenimiento de los valores y normas para la lucha organizada contra el riesgo criminal, propias del fenómeno conocido como *vigilantísimo*. De esta manera, el activo compromiso social para evitar conductas delictivas reconvierte la llamada responsabilidad directa en *estrategias responsabilizantes*.

Finalmente, es indudable que la acción social necesita de la participación del Estado para dirigir y coordinar el trabajo de la sociedad pluralista en su compleja red de organizaciones. a fin de que brinden sus servicios para una mejor seguridad ciudadana. Esta *política de seguridad ciudadana* implica una acción unilateral contra la criminalidad callejera o de clase baja y media (criminalización de la pobreza), pues se deja de lado la corrupción administrativa y empresarial de la clase alta, favoreciéndose esta con la impunidad del delito (criminalización de los poderosos).

La criminología tradicional

El modelo criminológico tradicional está dirigido hacia el delincuente y sometido al sistema legal positivista, que no se resigna a desempeñar un simple rol auxiliar de los modelos integradores, pues desea presentarse como una corriente radical de la desviación. Esta tendencia tradicional se fundamenta ideológicamente en lo siguiente:

- Los criminólogos centraban su estudio en la persona del delincuente, ya que se contempla al sujeto como desviado, como producto patológico de una no buena socialización que lo desplaza al terreno de lo asocial.
- El divorcio evidente entre el autor y su víctima, pues el agente se ve impulsado por sus tendencias esenciales, mientras que el agraviado sólo recibe el choque accidental de su agresor.
- Era conocido el impacto negativo de la pena, pero esta era un daño circunstancial y aislado, pues no tenía un efecto preventivo en la realidad.
- El Estado, como expresión de la colectividad, está legitimado para castigar el crimen a través del control penal.
- Un modelo causal-explicativo, etiológico, interesado en explicar científicamente el delito; luego, la desviación se basa en factores que operan desde el pasado del sujeto hasta su presente
- El crimen es considerado como una conducta nociva, disfuncional y patológica que la sociedad tiene que extirpar para su mejor convivencia y supervivencia.

Fundamentos de la moderna criminología

El modelo criminológico moderno, que no es ajeno a las contemporáneas ideas metodológicas que se han venido imponiendo en el conocimiento científico, principalmente como secuela del apogeo de las ciencias sociales, aprecia y comprende el fenómeno de la criminalidad de la manera siguiente:

- Quiere ser una corriente social de la desviación, crítica, autónoma, científica e interdisciplinaria, y no una disciplina académica sometida a la dogmática positivista, sustentada en estadísticas con datos equívocos.

- Ha puesto en cuestión el concepto de delito y el de reacción social, pues reclama para sí una función crítica dentro del estudio de la conducta desviada, dejando de lado así los fundamentos causales y positivistas.

- El desviado es un ser consciente y racional, libre de toda concepción determinista, que se sitúa en una subcultura homogénea y reglamentariamente coherente. En tal sentido, se concibe la conducta del sujeto como teleológica, mas no entendida como una predisposición de la desviación.

- La desviación ya no es considerada patológica, pues se parte de la consideración de que en una colectividad pluralista los sujetos se encuentran potencialmente desviados. Más aún, actualmente se viene observando que cada vez las personas normales son las que más vulneran la normatividad penal.

- Acentúa la relevancia de la prevención del delito, partiendo desde su selectividad y de la posibilidad demostrada de neutralizarlo antes del hecho, aunque no al estilo tradicional, sino poniendo en praxis la información acumulada por la experiencia y el saber contemporáneo.

- El protagonismo de la víctima en el crimen es creciente, pues esta ya no es entendida en la criminología, en la política criminal y en el Derecho Penal como un simple objeto pasivo en la dinámica del delito y en el programa de prevención. Esto significa que se trata de prevenir la criminalidad operando ya no sobre el infractor potencial, sino también sobre la víctima potencial que observa un elevado riesgo de ser agredida.

La criminología contemporánea

La relatividad de los valores y el constante aporte de ideas en el transcurso del tiempo han ido derrumbando la concepción tradicional de criminología, pues ahora se concibe a la criminología contemporánea como más ágil e interactiva, con las características siguientes:

- La concepción funcionalista cuestiona el principio tradicional del mal y el bien, sosteniendo que la desviación no es de carácter patológico, ya que la criminalidad es una conducta normal.

- El crimen no es sólo un enfrentamiento particular y aislado con la ley, sino también un fenómeno colectivo, variado y rápido.

- Las teorías subculturales, al pretender explicar las formas específicas de criminalidad, critican el principio de culpabilidad, basándose en que el individuo no sólo interioriza un único código normativo, pues existen varios subórdenes valorativos que este asume como legítimos. Además, no se pierde de vista la consideración de que esta es una sociedad pluralista, y que el proceso de socialización y aprendizaje explican que los valores sean asumidos mayormente por las personas no desviadas.

- Las teorías del etiquetamiento o de la reacción social (*labeling approach*) rechazan el principio de igualdad al considerar que la criminalidad y la desviación no son cualidades negativas de la conducta criminal en sí misma, sino una etiqueta que se distribuye en forma selectiva y discriminatoria. En buena cuenta, se pretende sustituir las teorías de la criminalidad por las de criminalización que la doctrina mayoritaria criminológica no comparte, pues según estas el proceso de criminalización no origina un interés general para la sociedad sino el interés de un grupo que tiene el poder.

- Las corrientes psicoanalíticas de la criminalidad, que han venido destruyendo el principio de legitimidad, han sostenido, por su parte, que la respuesta penal al crimen no cumple su rol de eliminar realmente la criminalidad, pues estas sólo han servido para ciertas necesidades de la sociedad.

- Las investigaciones en materia penal respecto de la efectividad de la pena han demostrado que el castigo no resocializa, sino que estigmatiza, lo que constituye un demérito para la sociedad.

Además, para constituirse en una concepción autónoma y científica, la criminología contemporánea cuestiona los postulados siguientes:

- *El carácter patológico del desviado*, pues este ha llevado a los criminólogos a definir la criminalidad como una conducta normal que provoca la no convivencia social.

- *La localización de la criminalidad de acuerdo al tipo de delincuente*, pues actualmente se sostiene que el ilícito es ubicado en cualquier clase social y no específicamente en los sectores de la sociedad poco privilegiados.

- *La pluralidad del criminal*, por la cual se aprecia que dentro de la sociedad existen distintos sujetos normales, que son los que cada vez más infringen las normas.
- *La erradicación completa del crimen*, ya que sólo es posible su reducción, salvo que se imponga un sistema del terror.
- *La percepción única y de consenso sobre el orden social*, pues con el paso del tiempo origina una idea diversa, contraria, problemática y de disposición sobre las cosas, lo que está de acuerdo con una concepción de sociedad ágil y democrática, propia de nuestra época contemporánea.
- *Los principios de culpabilidad, resocialización, prevención, legitimidad de la represión y de igualdad ante la ley*, con la finalidad de replantear nuevas ideas, utilizando un conocimiento amplio e interdisciplinario respecto del problema que se produce en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis S. A., Bogotá, 1998.
- BERISTAIN, Antonio. *Proceso Penal y víctimas: pasado, presente y futuro*, en: *Victimología y victimodogmática*. ARA Editores, Lima, 2003.
- BERMUDES, Hugo. *La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo*, en: *La víctima en el Proceso Penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
- BINDER, Alberto. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Editorial Alternativas, Lima, 2002.
- BLOSSIERS HÛME, Juan José. *Criminología y victimología*. Disartgraf, Lima, 2005.
- BRAMONT-ARIAS, Luis Alberto. *Fundamentos del Derecho Penal*, en: *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2002.
- BRAMONT ARIAS, Luis Alberto Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. Editorial San Marcos, Lima, 1995.
- CANCIO MELLÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo*, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. IDEMSA, Lima, 2003.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General. Volumen II. Tecnos, Madrid, 1997.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal*. Palestra Editores, Lima, 1997.
- CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno*. Conferencia. Editorial Reus S.A., Madrid, 1920.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. TECFOTO, Barcelona, 1996.

MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Lecciones de Derecho Penal - Legítima defensa*. Ediciones Legales y Editorial San Marcos, Lima, 2005.

MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Estudios penales funcionalistas*. Ediciones Legales y Editorial San Marcos, Lima, 2006.

MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy y MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Código de Procedimientos Penales Exegético*. Editorial San Marcos, Lima, 2004.

MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. *Enfoques de los recursos impugnatorios en el Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial San Marcos, Lima, 1994.

NEUMAN, Elías. *Victimología*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

PASTOR, Daniel. *El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Dr. Günther JAKOBS. ARA Editores, Lima, 2005.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 1999.

QUISPE ASMAT, Luisa; CHRISTIAN SUERO, Carlos; y BIRRIEL, Bibiana. XII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología. ARA Editores, Lima, 2005.

ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal*. IDEMSA, Lima, 1996.

- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. *Código de Justicia Militar Policial comentado*. Ediciones Legales y Editorial San Marcos, Lima, 2006.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*. ARA Editores, Lima, 2003.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Criminología. Panorama contemporáneo*. Intercopy E.I.R.L., Lima, 1997.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal. Editora y Distribuidora Grijley*, Lima, 1997.
- ZAFFARONI, EUGENIO Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.