

# GARANTÍAS MATERIALES FRENTE AL NEO RETRIBUCIONISMO DEL LEGISLADOR PENAL PERUANO

*Armando Sánchez-Málaga<sup>1</sup>*

En el presente artículo escrito para el Libro Homenaje al profesor Felipe Villavicencio, se destaca la importancia de las garantías materiales como límite y fin del poder punitivo del Estado. A partir del análisis de tres recientes proyectos de ley, se pone en evidencia la tendencia neo retributiva del legislador penal peruano y los riesgos que esta conlleva para el sistema democrático. Se fundamenta entonces la importancia y vigencia de las garantías materiales como son los principios de taxatividad y vigencia de las garantías materiales como son los principios de taxatividad y vigencia de las garantías materiales como son los principios de taxatividad y vigencia de las leyes penales, de racionalidad de las penas y de respuesta no contingente.

## **1. Introducción**

Enfrentamos hoy el riesgo constante de desnaturalización de la protección de la libertad de los ciudadanos. No solo frente al resurgimiento de teorías de la retribución, que limitan la justicia a la imposición del castigo, lo que no es otra cosa que venganza, sino también cuando desde el Derecho Penal se postula que los ciudadanos tendríamos deberes ilimitados de cooperación con el Estado, cuyo incumplimiento habilitaría a este último a confirmar la vigencia normativa a través de la pena. La sanción penal se justificaría entonces en el simple incumplimiento de la norma, a partir de una construcción formal e ilimitada del Derecho Penal, en la que el reproche-castigo aparecería simultáneamente como fundamento, finalidad y concepto de pena (Corcoy, 2017, pág. 288).

Surge entonces la discusión de si es preferible un Estado que respete las reglas de la participación democrática o uno que priorice la paz y la seguridad de sus ciudadanos. ¿Es posible concebir como lo hace en Alemania Pawlik que, a quien quiera hacer uso de las libertades del Estado de Derecho se le exija que contribuya a la preservación y defensa de estas libertades, concerniéndole una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades en el que vive (2016, págs. 40 - 58)? En atención a ello, ¿es razonable que el legislador incremente penas sin referente alguno de proporcionalidad y humanidad de las sanciones, cree nuevos delitos sin fundamentar su lesividad y recurra a la sanción penal como primera y única respuesta a los problemas sociales, desatendiendo flagrantemente la atención de sus causas?

Por más esfuerzos que hagamos para responder negativamente dichas interrogantes, lo cierto es que el ímpetu neo retributivo, consciente o inconsciente, del legislador peruano resultaría imparabile. Clara muestra de ello es el amplio

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

listado de proyectos de modificación de leyes penales que en las últimas semanas se han propuesto en el Poder Legislativo. En este marco, la obra del profesor Felipe Villavicencio, para cuyo Libro Homenaje es un honor escribir estas líneas, constituye una base fundamental de respuesta y se ratifica como pieza esencial y vigente de la dogmática penal peruana. La importancia de los principios que limitan los procesos de criminalización primaria y criminalización secundaria es una constante en los textos del penalista sanmarquino y distinguido ex profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Encontramos en su obra herramientas para construir el necesario escudo dogmático frente a la tendencia neo retributiva y de punitivismo irracional del legislador peruano.

Sostenía el profesor Villavicencio que, en Perú, un efecto de la inseguridad ciudadana es la tendencia a la sobre criminalización en la legislación penal. Ante la desigualdad entre Estado y ciudadano, destacaba entonces la necesidad de que el Estado, al promulgar y aplicar determinadas normas penales, tuviera que mantenerse dentro del marco de los principios garantistas (2013, págs. 23, 88). Tarea que es nuestro deber como penalistas y académicos continuar.

## 2. ¿Eficacia o Garantía? ¿Realmente?

Para autores como Pawlik, más allá de si afecta o no un interés relevante, el autor de un delito lesiona su deber de ciudadano de cooperar al mantenimiento del estado existente de libertades. Entonces su deber primario de cumplimiento de la norma penal se convierte en un deber secundario de tolerancia, en virtud del cual deberá soportar que “se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación” (2016, págs. 56 - 57). A diferencia de las propuestas garantistas, que refuerzan el carácter instrumental del derecho respecto a los valores, necesidades e intereses extra-estatales y meta-jurídicos (Ferrajoli, 1995, pág. 905), las propuestas neo retributivas postulan la primacía de los procedimientos y los deberes formales como medio para garantizar la paz y seguridad de la sociedad. El gran problema se presenta cuando se limitan a asimilar su eficacia a la dureza de las penas a imponer. Sin embargo, como bien explica Corcoy, la dureza de las penas en sede de criminalización primaria no garantiza la intimidación, lo que sí podría ocurrir frente a una administración de justicia que funcione de forma eficaz y ágil, asunto esquivo a las propuestas neo retributivas (2017, pág. 295).

Ahora bien, defender una concepción garantista del Derecho Penal no tiene por qué implicar la negación de su eficacia. No es necesario tampoco lograr una propuesta extrema como la de Blackstone, quien sostenía que para la ley “es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra” (1769, pág. 352). Como señala Bajo Fernández, el Derecho debe asegurar “una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad”; sin embargo, solo es Derecho si cumple con unos valores de justicia mínimos y sirve al hombre (2011, pág. 35). En el mismo sentido, Hassemer explica que una comprensión exigente de la eficiencia “podría llegar a la conclusión de que sólo el Derecho penal conforme con el Estado de

Derecho y el derecho procesal resultan eficientes a largo plazo: minimizan las consecuencias negativas y fomentan las buenas consecuencias” (1998, pág. 75).

Una función del Derecho Penal es entonces servir de límite al poder estatal y político. Sin embargo, esta no debe ser su única o más importante función. En ese sentido, se propone un Derecho Penal limitado, en el que las garantías sean fines del Derecho Penal y no meros límites, a fin de que, como señala Couso, se conecte el Derecho Penal “con fines superiores (constitucionales), trascendentes a él, evitando la “miopía teleológica” de las concepciones que entienden todo fin del Derecho penal referido a los puros fines de la pena (la prevención)” (2006, pág. 33). Al respecto, resalta Silva Sánchez la capacidad del Derecho Penal para reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en una sociedad. Se trata de dos niveles distintos de reducción: reducción de la violencia social y reducción de la propia violencia punitiva del Estado (Silva Sánchez, 1992, págs. 181 - 183). En síntesis, como bien apunta Alcácer “la *estabilidad* del Derecho penal, es decir, el respeto a sus normas, dependerá en gran medida de su *legitimidad*, es decir, del libre reconocimiento de esa legitimidad por parte de sus destinatarios” (2002, pág. 156). Resulta necesario entonces analizar la intervención penal tanto desde una perspectiva deontológica, como desde una óptica consecuencialista, la que no necesariamente tendrá que asimilarse a una teoría utilitarista (Ortiz de Urbina, 2011, págs. 187 - 188).

En la línea de los autores citados, en otro lugar he defendido una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva de la pena con algunos correctivos, siguiendo esto, lo que justifica la imposición de la sanción penal desde una perspectiva consecuencialista no utilitarista es el mantenimiento de un estado objetivo de confianza de la ciudadanía. Ello es medido a partir del funcionamiento de un sistema penal respetuoso de los límites propios del contrato social que fundamenta el ejercicio del poder punitivo estatal, lo que trae consigo el consiguiente efecto de pacificación por la adecuada aplicación del Derecho. Concibo entonces la confianza como una situación objetiva que permite concluir que los ciudadanos están en condiciones de ver reflejados los principios de la democracia constitucional en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. No es suficiente entonces la ilusión de que todos los ciudadanos hayan participado del “proceso de creación de las normas penales”, sino que debe centrarse la atención en que la pena se justifica cuando el Estado respeta los límites garantistas a la potestad punitiva, lo que genera confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema penal, incluso la de aquellos que no han podido gozar de autonomía comunicativa, pero cuyos intereses son objetivamente tutelados por el Estado (Sánchez-Málaga, 2018, pág. 105).

Llama la atención que la propuesta penal se oriente casi siempre a la reacción punitiva retributiva sin tomar en cuenta los efectos preventivos que podría operar desde una propuesta garantista, tanto en torno a la criminalización primaria como a la criminalización secundaria. Especialmente si, como reflexiona Corcoy, vivimos en una sociedad que es consciente de que “la prevención es más adecuada que la intervención cuando ya se ha producido el resultado, por ejemplo, en

la medicina” (2017, pág. 296). Ello podría ser un indicador de que no está todo resuelto, pues existe todavía una base que permitiría amparar una propuesta garantista de Derecho Penal que sea acogida por un buen sector de la ciudadanía.

### 3. Neo retribucionismo en la Legislación Penal Peruana

Con gran lucidez, Corcoy advierte que la expansión del Derecho Penal se debe, en gran medida, a una técnica legislativa que “desconoce la existencia de la Parte General del Derecho Penal, utiliza el casuismo y administrativiza el Derecho Penal” (2017, pág. 291). Observa entonces que la actual política criminal, sin base empírica alguna, legisla a través del populismo, el electoralismo y la alarma social, lo que podría explicar “el renacimiento del retribucionismo” (Corcoy, 2017, pág. 292).

He elegido para el presente artículo tres propuestas legislativas que se encuentran en trámite ante el Congreso de la República de Perú, las cuales evidencian el renacimiento del retribucionismo y ratifican la importancia de mantener vigentes los principios. Estos principios fueron ampliamente desarrollados en la obra del profesor Villavicencio, quien distinguió entre las garantías materiales, como límites materiales al poder punitivo del Estado, y las garantías procesales, de persecución o de ejecución, como límites formales. Entre las garantías materiales, destacaba la importancia de los principios de legalidad, prohibición de la analogía, irretroactividad, mínima intervención, exclusiva protección de bienes jurídicos, racionalidad y humanidad de las penas, culpabilidad, proporcionalidad, preferencia de las normas de derechos humanos y constitucionales, protección de la víctima, entre otros (Villavicencio, 2013, pág. 89 y ss.).

En primer lugar, he elegido el Proyecto de Ley N° 05556/2020 CR, que incorpora el Título I-A a la Parte Especial del Código Penal, referido a los delitos contra la dignidad humana, y tipifica el delito de explotación humana. Este Proyecto de Ley pone en cuestión la vigencia del principio de legalidad, específicamente en relación al sub requisito de taxatividad de la ley penal. El legislador propone la derogación de diecisiete tipos penales y la incorporación en su reemplazo del artículo 129-A al Código Penal que tipificaría el delito de explotación humana en los siguientes términos:

El que explota a otro será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años. Se entiende por explotación el aprovechamiento económico o de otra índole, para el agente o para un tercero, de la venta de niñas, niños o adolescentes; de la prostitución ajena u otro acto de connotación sexual; de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso u otras prácticas análogas de explotación laboral; de la mendicidad; de la extracción y el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos; o de cualquier forma similar de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquiera de las formas de explotación carece de efectos jurídicos y no constituye causa que exime o atenúa la responsabilidad penal. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de explotación humana será reprimido con la misma pena prevista para el autor.

El Proyecto de Ley N° 05556/2020 CR acude a un término genérico como “explotar” para tipificar distintas conductas actualmente recogidas como delitos autónomos en el Código Penal, entre los que destacan los de trabajo forzoso, esclavitud y explotación sexual. Esto traería graves consecuencias. Menciono a continuación únicamente aquellas que tienen relevancia de cara al principio de legalidad, que es objeto del presente análisis.

- Se condensaría en un solo tipo penal comportamientos que afectan intereses jurídicos distintos, que se ubican en distintas fases de ejecución de las formas contemporáneas de esclavitud y que responden a problemáticas criminológicas distintas. Por ejemplo, se pretendería sancionar bajo la misma conducta típica casos muy distintos como el trabajo forzoso, el proxenetismo y la intermediación onerosa de órganos y tejidos humanos.
- Se eliminaría tipificaciones claras y taxativas actualmente vigentes en el Código Penal, como aquellas que aluden al acto de sometimiento de la víctima, a la reducción de la víctima a una condición de servidumbre y a la reducción de una víctima a condición de esclavitud. Un ejemplo de una norma que pretendería ser eliminada es el artículo 168-B del Código Penal, que tipifica de forma clara y específica el delito de trabajo forzoso, al haber tenido en cuenta los tres elementos típicos de esta forma contemporánea de esclavitud recogidos en el Convenio número 29 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado internacional de derechos humanos reconocido por el Estado peruano. Actualmente para sancionar un caso de trabajo forzoso, el tipo penal exige la configuración de al menos tres elementos: la existencia de un trabajo o servicio personal, la amenaza de pena o coacción sobre la víctima y la ausencia de consentimiento de esta última. Como puede observarse, se trata de una tipificación clara y que garantiza la seguridad jurídica. En consecuencia, la eliminación de figuras delictivas como esta, que tienen referentes interpretativos claros en tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a nuestro Derecho interno, y su reemplazo por un concepto genérico de explotación, que no responde a tratado o norma relevante alguna y que carece de fuentes sustantivas para la interpretación, sería un grave error. Este es solo el caso de un tipo penal y el proyecto de ley propone la derogación de diecisiete.
- Se podría generar distorsiones interpretativas al incorporar la figura del aprovechamiento económico o de otra índole como contenido del acto de explotación. Esta figura podría plantear tanto interpretaciones objetivas, que conciben el acto de aprovechamiento económico como la ventaja que se obtiene de una determinada situación, como interpretaciones subjetivas que distorsionen la adecuada interpretación del tipo penal y exijan una actitud o motivación específica en el sujeto activo del delito. Ello iría contra el sentido de protección de la norma penal y podría reducir la seguridad jurídica. Se reemplazaría la normativa vigente, que define como un caso de explotación el acto objetivo de sometimiento de la víctima, por ejemplo, en

el delito de trabajo forzoso, por una normativa que generaría distorsiones interpretativas y soluciones disímiles que irían en contra de la seguridad jurídica.

- Se incorporaría en un solo tipo penal, como objeto del aprovechamiento económico o de otra índole, una serie de circunstancias que supuestamente responderían a los delitos actualmente tipificados en diecisiete artículos del Código Penal (153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 168-B, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A y 318-A). La propuesta legislativa generaría dificultades interpretativas al incorporar en un solo tipo penal circunstancias de distinta naturaleza: sexual (aprovechamiento de la prostitución ajena u otro acto de connotación sexual), laboral (aprovechamiento de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso u otras prácticas análogas de explotación laboral) y de otra índole (aprovechamiento de la mendicidad, de la extracción y el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos). Asimismo, la propuesta legislativa no necesariamente incorporaría todos los tipos penales derogados a la figura de la explotación, lo que generaría controversia en torno a la posible impunidad de casos como la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes.
- La implementación del Proyecto de Ley 05556/2020 CR podría generar también un problema interpretativo al establecer que el consentimiento de víctima a cualquiera de las formas de explotación carece de efectos jurídicos y no constituye causa que exime o atenúa la responsabilidad penal. Se trata de una regla sin lugar a dudas válida cuando se trata de víctimas menores de edad; sin embargo, podría plantear dificultades interpretativas en los casos de mayores de edad, especialmente si se presenta un conflicto con el artículo 20° de la Parte General del Código Penal, en el que se exime de responsabilidad penal a quien realiza un acto con consentimiento expreso y válido del tercero. En ese sentido, sería más adecuado relacionar la irrelevancia del consentimiento con el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, situación que no es adecuadamente desarrollada por el proyecto de ley y que resta nuevamente taxatividad a la conducta típica propuesta.

El principio de legalidad es un cimiento de la democracia constitucional. Poner en cuestión su vigencia es un síntoma del modelo autoritario de Estado, cuyas terribles consecuencias son conocidas por todos (Gómez, 2007, págs. 139 - 140). Se trata de un principio derivado del modelo de Estado de Derecho de nuestra Constitución que se constituye como el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita (Villavicencio, 2013, pág. 89). La sanción penal sólo será legítima si existe una ley penal previa, escrita y estricta, que tipifique la conducta prohibida y establezca la correspondiente consecuencia jurídica. Al respecto, Roxin distingue cuatro prohibiciones derivadas del principio de legalidad: dos dirigidas al juez penal (prohibición de analogía y de recurrir al derecho

consuetudinario para fundamentar o agravar la pena) y dos dirigidas al legislador (prohibición de retroactividad desfavorable al reo y de leyes penales indeterminadas o imprecisas) (1997, pág. 140). Esta última prohibición estaría siendo afectada por el Proyecto de Ley comentado.

Ante tal escenario, es preciso recordar al profesor Villavicencio cuando planteaba que el principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal, que “se constituye en una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo” (2013, pág. 90). Dicha precisión está ausente en el proyecto de ley comentado y podría ser fuente del ejercicio inadecuado e ilegítimo del poder punitivo estatal. Con relación a la exigencia de una ley penal estricta, esta debe contar con un grado mínimo de precisión y debe excluirse su aplicación analógica cuando esta perjudique al reo. Mir Puig explica que el mandato de determinación excluye las cláusulas generales y constituye un aspecto material del principio de legalidad (2015, pág. 117). Remontándonos a Beccaria, cabe entender que, cuantas más personas entiendan las leyes, menos frecuentes serán los delitos, “porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan la elocuencia de las pasiones” (2004, pág. 24). En ese sentido, Roxin sostiene que la prohibición de leyes penales indeterminadas permite al ciudadano reconocer qué características ha de tener la conducta punible (1997, pág. 141), mientras Jakobs indica que los tipos penales de la Parte Especial de un Código Penal sólo admiten las complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto que se correspondan con los preceptos legales, por lo que “no cabe introducir nuevas regulaciones no determinadas legalmente sino sólo hacer aplicables las existentes” (1997, pág. 91).

En síntesis, el análisis del Proyecto de Ley N° 05556/2020 CR evidencia la importancia de la taxatividad de la ley penal como garantía material del ciudadano frente a la intervención punitiva del Estado, toda vez que esta como mínimo:

- Garantiza la seguridad jurídica en torno a las decisiones que la justicia penal tome y que involucren la libertad individual de los ciudadanos.
- Garantiza la materialización del principio de culpabilidad y, específicamente, del criterio de evitabilidad, al solo ser sancionadas penalmente aquellas conductas que son claramente comprensibles y, por ende, evitables.
- Evita problemas concursales y de afectación del principio de *ne bis in idem*, al disponer una tipificación clara y la especificación de los elementos típicos de cada delito.
- Refuerza la confianza de los ciudadanos en el sistema legislativo penal, el cual es más claro, coherente y consistente, así como en el sistema judicial penal, cuya aplicación del Derecho resulta más predecible y concreta.

En segundo lugar, he elegido para el análisis el Proyecto de Ley N° 05744/2020-CR, el cual establece la pena de cadena perpetua para violadores y asesinos, y modifica los artículos 107, 108, 108-B, 108-C, 170, 171, 172 y 177 del Código Penal.

El legislador penal propone imponer la pena de cadena perpetua a quienes cometen los delitos de parricidio, homicidio calificado, feminicidio, sicariato, violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir y violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Como veremos a continuación, se trata de un Proyecto de Ley cuya Exposición de Motivos pone en evidencia la tendencia neo retributiva que subyace a gran parte de propuestas legislativas.

El problema manifiesto de este tipo de propuestas neo retributivas es su aparente pretensión de atribuir a la retribución una capacidad que no le es propia. Al respecto, la exposición de motivos del Proyecto de Ley comentado expresa que, además de “dotar de herramientas al juzgador para imponer condenas proporcionales al delito cometido”, ello debe ocurrir “en atención a las graves secuelas físicas y/o emocionales en las víctimas y sus familiares o deudos”. Reconoce entonces que el endurecimiento de las sanciones a imponer por la comisión de estos delitos “no ha frenado la perpetración de los mismos” ni ha tenido “el efecto disuasivo esperado”. Luego de calificar ciertamente con razón que este tipo de conductas son de las “más despreciables”, postula que, como respuesta a los altos índices de comisión de estos delitos, se deben endurecer las penas, recurriendo a la sanción más drástica posible. Combina entonces retribución y un supuesto efecto disuasivo (preventivo) que se pretende atribuir a la sanción penal.

Al analizar propuestas legislativas como la que es objeto de comentario es importante tener en cuenta que la retribución puede ofrecer una justificación deontológica de la pena como acto particular (“se justifica la imposición de la pena al condenado porque es la justa consecuencia de su culpabilidad”) o incluso frente a la colectividad (“se justifica la imposición de la pena porque es aplicación de principios de justicia frente a las conductas más despreciables que se realizan en la sociedad”). Sin embargo, cualquier justificación frente al condenado o frente a la colectividad que pretenda ir más allá de la imposición de la pena en sí misma no podrá ser ofrecida por el discurso retributivo. Constituirá en todo caso una referencia a la utilidad de la pena o a una función que cumple más allá de su propia imposición (prevención), como termina por hacerlo el proyecto materia de análisis. Este último es el terreno de la justificación consecuencialista de la pena, es decir una justificación en base a los efectos que la pena podría generar en el condenado (por ejemplo, inocuizarlo o resocializarlo) o sobre la sociedad (por ejemplo, intimidar la comisión del delito o restablecer la confianza de la ciudadanía en la vigencia normativa). Ahora bien, las teorías retributivas no tienen la capacidad, ni la pretensión, de ofrecer esta justificación consecuencialista de la pena ni frente al condenado ni frente a la colectividad (Sánchez-Málaga, 2017, pág. 81). Sin embargo, las propuestas neo retributivas, a pesar de tomar como punto de partida la negación de todo efecto preventivo de la pena, le atribuyen a ésta funciones que son impropias de la retribución. Lo que sucede es que, en el marco de un Estado social, no es atendible limitar la justificación de la sanción penal al principio deontológico, sino que aquella se justifica en gran medida en atención a principios consecuencialistas no utilitaristas. El problema es que la aplicación



de estos principios debe guiarse por pautas distintas a las retributivas y tener a las garantías materiales, como las propuestas en la obra de Villavicencio, no solo como límites sino como fundamento de la aplicación de la pena.

Esto último no ocurre en el Proyecto de Ley N° 05744/2020-CR, que pondría en cuestión al menos dos garantías materiales trabajadas con precisión por el profesor Villavicencio:

- Por un lado, el principio de racionalidad de las penas, que

rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo, pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria. (Villavicencio, 2013, pág. 107)

Ello es coherente con un modelo de Estado cuya piedra angular es la defensa de la persona y su dignidad, y en el que se proscribe la instrumentalización de los seres humanos para lograr supuestos fines colectivos como la paz y la seguridad ciudadana. Al respecto, el profesor Villavicencio enfatizaba que “la dignidad del individuo es el límite material que debe respetar un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas”; sin embargo, reconocía el proceso de sobre criminalización que enfrentamos y que el principio de racionalidad de las penas “es uno de los más ignorados por el poder penal” (2013, págs. 108 - 109).

- Por otro lado, el principio de proporcionalidad o de prohibición en exceso, el cual implica “la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado” (Villavicencio, 2013, pág. 115). El Proyecto de Ley objeto de comentario, sin mayor fundamento racional, no solo impone la pena máxima a conductas graves, sino que lo hace con conductas de distinta entidad y lesividad. Ello ocurre, por ejemplo, al igual la penalidad de delitos como el de violación sexual y el de violación de una persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, conducta esta última de mayor lesividad.

En tercer y último lugar, he elegido para este análisis el Proyecto de Ley N° 05087/2020-CR, que modifica los artículos 366 y 367 del Código Penal a fin de aumentar la pena cuando se ejerce violencia contra el personal médico y asistencial en los establecimientos de salud. Este Proyecto de Ley evidencia no solo la falta de una política criminal del Estado, sino también el desconocimiento de la teoría del delito y de la Parte General del Código Penal por parte del legislador, así como pone en cuestión el principio de respuesta no contingente desarrollado por el profesor Villavicencio.

En su exposición de motivos, el Proyecto de Ley parte de la supuesta evidencia de hechos sucedidos en contra de personal médico y asistencial en diversos lugares del Perú, y cita el caso específico de familiares de un fallecido por COVID-19 que agredieron a personal de salud y vigilantes de un hospital en San Juan de

Lurigancho. Concluye entonces que, frente a la grave situación de emergencia sanitaria, “urge habilitar y tomar acciones en todo ámbito del Estado”, pero se limita a proponer el incremento de penas “con el objetivo de disuadir las conductas tendientes a ejercer violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de las funciones, como en el caso de los profesionales médicos y asistenciales”. Más allá del claro error conceptual, consistente en equiparar el rol del funcionario público con el del profesional médico y asistencial, el Proyecto de Ley plantea objetivos irrealizables con la sanción penal como garantizar la bioseguridad y prevenir mayores contagios de una enfermedad epidémica. Asimismo, supone que el incremento de penas generará disuasión de las conductas tendientes a ejercer violencia contra los profesionales médicos y asistenciales y, por ende, garantizará la integridad del personal médico y asistencial. El salto valorativo es evidente.

Esta propuesta legislativa es un claro ejemplo de una respuesta contingente del Estado frente a un problema social grave. Se recurre a la vía penal como respuesta facilista y única, que proporciona un efecto simbólico a corto plazo que puede convenir a los intereses electorales del legislador. Sin embargo, ello vulneraría el principio de respuesta no contingente que el profesor Villavicencio definió como una garantía material del Derecho Penal. Defendió entonces la necesidad de ejercitar “una contención a la llamada administrativización del Derecho Penal entendida como la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales” (2013, pág. 121). Tras reconocer que se trata de una práctica usual del Estado frente al aumento de la criminalidad, Villavicencio, concluyó que la ley penal no podía ser una respuesta inmediata frente a todo tipo de conflicto social (2013, pág. 121).

En síntesis, el análisis del Proyecto de Ley N° 05087/2020-CR evidencia la importancia de garantías como la de mínima (o, al menos, racional) intervención punitiva del Estado, así como la de no respuesta contingente del Estado. La falta de vigencia de estas garantías trae una serie de riesgos como recurrir a generalizaciones intuitivas (Anderson, Schum, & Twinning, 2015, págs. 447 - 448) o a heurísticos o sesgos en el razonamiento judicial (Nieva, 2010, págs. 120 - 125), la desprotección de otros intereses sustantivos, la desatención de verdaderos conflictos sociales y, lo que es más grave, puede llevar a la desatención de las causas del delito, de los procesos de recuperación y reparación de las víctimas, manteniendo el statu quo y reduciendo el debate social.

#### **4. Balance**

La evaluación de la eficacia del Derecho Penal no puede desligarse del análisis de garantía, no al menos sin restar legitimidad al poder punitivo del Estado y reducir la confianza de la ciudadanía en el Derecho. Resulta entonces una tarea urgente efectuar una revisión crítica de la legislación penal, a partir de la aplicación de las garantías materiales, como las que propuso el profesor Villavicencio, al Derecho vigente y, especialmente, a las iniciativas de reforma, como las que han sido materia de análisis.

Paralelamente a lo anterior, es preciso entender que el proceso penal es la instancia en la que se pueden materializar los efectos del neo retribucionismo y

concretarse los riesgos de punitivismo irracional de la criminalización primaria. Por ello, es sustancial partir de la premisa de que el proceso penal tiene como funciones esenciales la autolimitación del Estado, la protección del imputado y la protección de la víctima (Asencio, 1998, págs. 27 - 29); con lo que el Derecho Procesal Penal se convierte en “el sismógrafo de la Constitución del Estado” (Roxin, 2000, pág. 10) y, además de ser una forma de realización del Derecho Penal Material, se consolida como una garantía para los derechos del ciudadano y para la libertad individual (Vera Sánchez, 2014, pág. 5).

En la experiencia anglosajona, destaca el vínculo estrecho entre teoría del delito y proceso penal, lo que genera que, a través de precedentes jurisprudenciales, se procure formular criterios claros y previsibles para la imputación penal (Sánchez-Málaga, 2020, pág. 29). La respuesta al neo retribucionismo se ubica entonces en la aplicación de las garantías materiales en los procesos de construcción de las estructuras de imputación del delito, así como en la aplicación de las garantías materiales y procesales en los procesos de determinación judicial de la responsabilidad penal.



## REFERENCIAS

- Alcácer, R. (2002). Prevención y garantías: conflicto y síntesis. *Doxa*(25), 139 - 175.
- Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Asencio, J. M. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bajo Fernández, M. (2011). El Derecho Penal: concepto y funciones. En *Introducción al Derecho Penal* (págs. 37 - 57). Madrid: Thomson Reuters - Civitas.
- Beccaria, C. (2004). *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*. Madrid: Alianza.
- Blackstone, B. (1769). *Commentaries on the Laws of England*.
- Corcoy, M. (2017). Prevención limitada vs neo retribucionismo. En M. Castineira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 285 - 297). Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Couso, J. (2006). *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Rarón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gómez, V. (2007). *El Derecho Penal de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (1998). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppetor.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ortiz de Urbina, I. (2011). Caso de los dos psiquiatras en el III Reich. En P. Sánchez-Ostiz, *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Madrid: La Ley.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho Penal*. Barcelona: Atelier.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sánchez-Málaga, A. (2017). *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento [Tesis Doctoral]*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Sánchez-Málaga, A. (2018). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Sánchez-Málaga, A. (2020). *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*. Madrid: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Vera Sánchez, J. S. (2014). *La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias [Tesis Doctoral]*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.