

# ANÁLISIS DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA DE ZAFFARONI EN EL TRATAMIENTO DE LA ALIENACIÓN LEGAL POR EL DERECHO PENAL PERUANO

## ANALYSIS OF THE CRITICAL CRIMINOLOGY OF ZAFFARONI IN THE TREATMENT OF LEGAL ALIENATION BY PERUVIAN CRIMINAL LAW

*Claudia Gabriela Pereda Cribilleros*

Universidad de San Martín de Porres

Orcid: 0000-0001-5593-1943

claudia\_peredal@usmp.pe

<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2022.v40n2.09>

Perú

Recibido: 18 de octubre de 2021

Aceptado: 5 de marzo de 2022

### SUMARIO

- Introducción.
- El pensamiento de Zaffaroni y su Criminología Crítica.
- Relación del pensamiento de Zaffaroni y el concepto de “alienación legal”.
- Criterios para operar en contextos de desigualdad dirigidos a operadores de justicia.
- La culpabilidad por vulnerabilidad, desarrollada por Zaffaroni.
- Justicia penal en situaciones de desigualdad en el Perú.
- Crítica de Zaffaroni al concepto de “coculpabilidad” de la sociedad (o corresponsabilidad).
- Conclusión.
- Referencias.

### RESUMEN

El presente artículo realiza un análisis de la criminología crítica planteada por Eugenio Zaffaroni y su relación con el concepto de alienación legal desarrollado por Roberto Gargarella y Antony Duff. Asimismo, se realiza el análisis de la normativa penal peruana y sus criterios de determinación de la pena, dentro de los cuales se ha previsto considerar el contexto de carencias sociales que pueda haber sufrido el delincuente.

### PALABRAS CLAVE

Alienación legal, culpabilidad, criminología, Zaffaroni.

### ABSTRACT

This article analyzes the critical criminology proposed by Eugenio Zaffaroni and its relationship with the concept of legal alienation developed by Roberto Gargarella and Antony Duff. Likewise, an analysis of the Peruvian criminal law and its criteria for determining the sentence is carried out, within which it is planned to consider the context of social deficiencies that the offender may have suffered.

### KEYWORDS

Legal alienation, guilt, responsibility, criminal law, Zaffaroni.

### INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, diferentes autores han llevado a cabo la tarea de buscar las razones criminológicas del comportamiento humano intentando responderse a la pregunta del porqué ciertas personas delinquen y, con ello, establecer las políticas públicas adecuadas para un certero control social que permita reprimir – actualmente, prevenir – la comisión de delitos.

Tomando en consideración lo predicado por el maestro Zaffaroni (1988) y el recorrido de las teorías criminológicas a lo largo de la

historia, desde Lombroso con su Criminología positivista hasta el auge de las teorías sociológicas del conflicto y su repercusión en la Criminología y el Derecho Penal, podríamos dividir las diferentes respuestas brindadas por los autores a la pregunta del *porqué del actuar criminal* en dos vertientes: las teorías que no buscan los fundamentos de la existencia del crimen asociándolo al poder, y las que sí lo fundamental en él.

Dentro del primer grupo, se encuentran las teorías que buscan la motivación del criminal en razones biológicas, la herencia, patologías, así como razones psiquiátricas.

Como es visible, este grupo de teorías no estudia al derecho penal como una ciencia involucrada con el crimen y su prevención, sino que, en algunos casos, el delincuente es percibido como un ser anormal que no tiene remedio por poseer una patología innata y en otros, un ser que necesita de la ayuda del Estado para ser rehabilitado.

Más adelante, y, en cierto momento de la historia<sup>1</sup>, la sociología comenzó a tener relevancia para la explicación de la criminalidad, apoyándose en las relaciones de poder que se gestaban en la sociedad creando jerarquías entre los habitantes de esta. Las escuelas criminológicas fueron inspiradas por las teorías del conflicto.

Para esta corriente, el derecho penal es reconocido como una de las formas para el control social del crimen, el cual, se encontraría a su vez, directamente relacionado a la estructura de poder existente en la sociedad, convirtiéndose en una especie de herramienta para la opresión y dominación de los más poderosos hacia los menos privilegiados.

La criminología liberal, criminología crítica y criminología radical componen este segundo grupo de teorías que buscan la razón de la delincuencia en los contextos de poder, de las cuales, pasaremos a realizar un análisis de la segunda.

## EL PENSAMIENTO DE ZAFFARONI Y SU CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Para Zaffaroni (1988), toda criminología que pretenda estudiar la realidad represiva de Latinoamérica debe ser crítica, ello en virtud de que la distribución mundial del poder nos coloca a todos nosotros en la posición de las sociedades menos favorecidas, las “sociedades proletarias”, como lo diría también Marx. Es por ello por lo que carecería de sentido alguno pretender abordar los fenómenos criminológicos de nuestras sociedades tomando como referencia las políticas públicas de control social empleadas en ciudades de primer mundo, en donde existen otras condiciones de vida – por no decir, mejores – a consecuencia de la elevada tecnología y avances industriales en comparación con países en los que se vive de la economía netamente extractiva<sup>2</sup>.

Bajo este contexto, Zaffaroni (1988) precisa que las sociedades en Latinoamérica al no poseer un capital autónomo, sino otorgado por los países centrales, se encuentran en un proceso de capitalismo periférico<sup>3</sup>, dentro del cual, se nos fuerza a vivir condiciones que no se adaptan a la cultura que nos representan y, por el contrario, son copias y remedos de los países en los que realmente se gestaron los sistemas económicos que aplican.

Dicha situación se desarrolla en nuestro continente desde la colonización por los países europeos a nuestra raza, imponiendo su religión y costumbres en los pueblos nativos en un contexto de control social punitivo sangriento y cruel. Tras la independencia de América Latina, influenciadas directamente por ideas liberales también recogidas del viejo continente, nos incorporamos a la “civilización”, recogiendo un control social punitivo imitado, el *disciplinamiento inglés*, el cual tuvo su fuente en la revolución industrial y la imperiosa necesidad de los burgueses de entrenar y someter a las masas rurales y ciudadanos pobres a la dura disciplina fabril, a través del encierro en cárceles denominadas

1 Zaffaroni hace referencia que interaccionismo simbólico y teorías del conflicto, tales como el marxismo, que emergió en la primera mitad del siglo XIX por la iniciativa de Karl Marx y Federico Engels.

2 Las actividades extractivas están ligadas a la obtención de recursos del medio natural, tanto del mar o de la tierra, las cuales pueden ser la agricultura, minería, ganadería, tala, entre otras.

3 El capitalismo periférico es una forma de sistema económico impuesto a los países no industrializados por parte de los industrializados, en el cual se observa una copia burda del verdadero sistema capitalista forzado a encajar en un lugar donde la realidad económica, social y cultural es distinta.

panópticos, creados por Jeremy Bentham. Sin embargo, en América Latina no fueron usadas para disciplinar, siendo en la mayoría de los casos, un monumento arquitectónico que les permitía asimilarse a la cultura europea.

Asimismo, los gobiernos de la época se apresuraron en copiar códigos y leyes europeas de casi imposible adaptación a nuestra realidad, reservándose también, leyes que permitían la imposición de penas sin delito a las clases marginadas mediante el sistema de levas o incorporación forzada al ejército con los peores destinos, como una manera de eliminar a “vagos” y “malentrenidos”, también persistían desde la época de la colonia formas no legitimadas de control punitivo, como lo fueron la eliminación física de marginados peligrosos o eliminación con fines intimidatorios.

En ese sentido, tal como lo plantea el jurista argentino y se muestra a lo largo de la historia, existiría un vínculo directo entre los contextos de poder, que provoca desigualdades en las clases sociales, y, el control social punitivo, representado por el derecho penal.

Para Zaffaroni (1998) “el sistema penal es una compleja manifestación del poder social” (p.20), y, sería, este poder lo que le otorga legitimidad para su vigencia. Así también, el mismo autor refiere que “el poder social no es algo estático que se tiene, sino algo que se ejerce” (p. 20), siendo el derecho penal una muestra de este ejercicio de poder. Apreciándolo desde esa arista, el mismo autor precisa que el derecho penal vendría a ser una ciencia que procura racionalizar el poder punitivo para justificarlo, hecho que ha acontecido en muchos momentos de la historia, tal como se hizo referencia en líneas anteriores. Sin embargo, para el jurista argentino, en procura de un verdadero Estado de derecho, la función del derecho penal debería ser compatible con los actos de contención y reducción del *ius puniendi* con la finalidad de evitar la asunción de regímenes totalitarios, lo cual, en pocas circunstancias sucede.

Muestra de ello, son los casos en los que el poder político ha impedido que se sancione a altos funcionarios y únicamente se han condenado a los servidores públicos de entidades estatales, cuando son enjuiciados delincuentes de delitos menores, pero no líderes de organizaciones criminales del narcotráfico.

Asimismo, muchas veces se han procesado médicos por malas praxis, pero nadie toca a las áreas responsables que deberían proveerles los instrumentos necesarios para brindar atención de calidad. Es por ello que Zaffaroni (2007) también considera que el juicio de reproche, como herramienta de la dogmática penal, no es ético, debido a la arbitrariedad con la que se selecciona a los imputados, señalando que es discriminatorio.

Habiendo realizado esta breve referencia al pensamiento crítico del juez argentino, podemos concluir que el derecho penal, desde su óptica, ha sido creado para legitimar los actos de control punitivo implementado por los niveles más altos de la sociedad donde radica el poder político, siendo muchas veces un instrumento de estos últimos para ejercer una “justicia” discriminatoria entre los no poderosos y marginados, por lo que, termina siendo antiético.

Desde otra perspectiva, es observable también que la manipulación de los sectores de poder en los órganos encargados de la persecución penal, delegados del *ius puniendi* estatal, provoca que difícilmente se les persiga procesalmente, dando lugar a un sentimiento de inseguridad jurídica y justicia aparente en la sociedad, noción que será abordada en adelante.

## **RELACIÓN DEL PENSAMIENTO DE ZAFFARONI Y EL CONCEPTO DE ALIENACIÓN LEGAL**

Entonces, partiendo del hecho que el control social punitivo deriva del *ius puniendi* estatal, antes de abordar el presente tema, pasaremos a definir para el lector, en palabras sencillas, que el *ius puniendi* es la potestad que posee el Estado para castigar legítimamente a todo ciudadano dentro de su jurisdicción, siempre y cuando realice comportamientos considerados como prohibidos.

Y, pues, siendo esta potestad sancionadora tan gravosa para los ciudadanos de a pie, toda vez que implica la facultad del gobierno estatal para infligirles dolor a través de castigos, es sumamente necesario la existencia de garantías y contrapesos que impidan a las autoridades tomar decisiones injustas y arbitrarias en contra de cualquiera. Estas instituciones son llamadas “principios limitadores al *ius puniendi*”, y, se

encuentran recogidas en cada Constitución Política de los Estados de derecho.

El principio de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, mínima intervención, igualdad ante la ley, resocialización, presunción de inocencia y otros más<sup>4</sup> son los que se erigen como escudos limitadores al poder del Estado, en defensa del individuo.

Pues bien, de todas estas instituciones, y, partiendo de lo analizado en el punto anterior, pasaremos a abordar un análisis del principio de igualdad ante la ley en sociedades marcadas profundamente por la pobreza, barrera que logra diferenciar a ciudadanos.

Situándonos en este contexto, tenemos que, en la misma línea que propugna el maestro Zaffaroni, Gargarella (2011) refiere que en una comunidad socialmente desigual existe un riesgo muy alto de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados por las personas que detentan el poder político y económico para proteger un orden social injusto en el cual sólo este grupo se vea beneficiado.

Asimismo, para este autor, una de las formas de manipulación del Estado se encuentra en la posibilidad de que el sector más favorecido influya para hacerse del proceso de creación normativa con la finalidad de mantener su situación de ventaja, sancionando a quienes la cuestionan.

De similar forma opina Pérez-Martínez (2018), cuando señala que otro de los mecanismos de las “élites” para la manipulación del Estado es ir ocupando los puestos públicos socavando la confianza de las instituciones, resaltando que “(...) la influencia política es un componente necesario para la desigualdad, pues cambia las decisiones, manipula las instituciones e inclina la balanza en favor de quien goza esta influencia, dejando de lado a la justicia social (...)” (p. 145). De igual forma, Illich (2011), indica que bajo contextos de desigualdad el aparato judicial y demás instituciones sirven para proteger privilegios.

Conforme a lo planteado por los autores anteriores, en sociedades en las que los grupos de poder imponen un control social punitivo con la finalidad de perpetuar su situación de ventaja

frente a los otros grupos, (ya sea interviniendo en el proceso de creación normativa o al momento de sancionar), también existirá otro sector social oprimido, desventajado y sin los mismos derechos que ostenta el primero.

Bajo este contexto, tras ser marginado constantemente de la actividad política del país, este segundo grupo naturalmente se encontrará inclinado a la sensación de la existencia de un derecho ajeno a su realidad.

Y, nos referimos a “derecho ajeno” cuando las brechas sociales y económicas, la carencia de servicios básicos y la indiferencia, no permite que este sector marginado se sienta representado por las leyes del Estado al que pertenece ni por la justicia que ejercen sus autoridades, resultando la normativa, prevista por unos pocos, sin importancia para sus intereses y necesidades.

Respecto a este punto, Roberto Gargarella (2011) cita a Anthony Duff, cuando indica lo siguiente:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. (p. 40)

En palabras de Gargarella (2011), se ha producido lo que él denomina como “alienación legal”.

Ensayando un concepto de alienación legal considero, como postura propia, que se encuentra referido a la condición del ciudadano que no logra identificarse con la ley debido a que no ha intervenido en su creación ni refleja

4 Se trata de un catálogo abierto, numerus apertus.

su entorno real, pero que, a pesar de ello no puede evitar su imposición. En ese sentido, al no encontrarse el ciudadano motivado por la vigencia de la norma, se encuentra proclive a romperla y consecuentemente, a ser castigado.

### **CRITERIOS PARA OPERAR EN CONTEXTOS DE DESIGUALDAD DIRIGIDOS A OPERADORES DE JUSTICIA**

Respecto a este punto, Gargarella (2011) propone como un criterio para operar jurídicamente en contextos de desigualdad asumir la existencia previa de condiciones de alienación legal cuando el imputado provenga de alguna comunidad donde sea visible la existencia de graves desigualdades, debiendo tenerse en cuenta que esta situación le ha ocasionado un cuestionamiento en la validez de las normas penales vigentes.

Sin embargo, conviene preguntarnos ¿cuál es el motivo por el cual deberíamos asumir la existencia de alienación legal en dichas sociedades? En primer lugar, para responder a esa pregunta se deberá tener en cuenta que en Estados donde un gran número de personas viven privadas de sus derechos básicos como la alimentación, salud y educación es posible percibir en ellas un sentimiento de exclusión o falta de pertenencia a dicho Estado, en contraposición a los ciudadanos que sí gozan este tipo de beneficios estatales, lo cual genera también sentirse excluidos de las leyes que los gobiernan como parte de una misma sociedad, siendo más latente esta situación en supuestos en los que se recurre ante entidades del gobierno para solicitar el cumplimiento de dichos derechos básicos o tutela jurisdiccional sin respuesta alguna por parte de la administración.

Entonces, bajo este contexto en el que la ley y los órganos estatales son indiferentes a las necesidades de la mayoría de la población al no brindarles los elementos básicos para su existencia, siguiendo la línea que propone Gargarella (2011), corresponde hacer directamente responsable al Estado por las privaciones que padecen tales grupos a consecuencia de sus omisiones, situación que dificulta justificar el uso de coerción en tales contextos.

Por otro lado, Duff (2014), ha desarrollado las llamadas “precondiciones de la responsabilidad criminal”, las cuales actuarían como estándares que deben ser satisfechos para considerar una sanción como legítima.

Respecto a ellas, Duff (2014) señala que “no son condiciones cuya satisfacción garantice la condena del acusado y cuya insatisfacción ordene su absolución, pero, si no son satisfechas, no puede ser ni condenado ni absuelto correctamente, puesto que no puede ser juzgado correctamente” (p.227)

Con relación a las precondiciones, Duff (2014) refiere que cualquier teoría del castigo debe considerar la pregunta ¿es posible castigar justamente a delincuentes cuyos delitos estén relacionados con serias injusticias sociales que haya sufrido?, absolviendo esta interrogante, indica que los tribunales antes de juzgar al delincuente deberán previamente cuestionarse respecto a si dichos ciudadanos deben responder por lo que han hecho, en el sentido de que si ellos mismos o aquellos por quienes dicen actuar tienen la legitimidad oral para pedirle a estas personas que rindan cuentas ante ellos.

Asimismo, Duff (2014) sostiene que, al momento de juzgar, los magistrados no solo deben valorar si existen pruebas suficientes para resolver si el imputado es culpable o inocente, sino que, también deben reflexionar respecto a si tienen la autoridad moral (“moral standing”) para juzgar a un delincuente.

Por otro lado, para Duff (2014), que ciertos delincuentes hayan sido víctimas de injusticia estructural a lo largo de su vida los hace merecedores de una defensa parcial o completa para sus acciones, siendo estas últimas plausibles de ser consideradas justificadas – o parcialmente justificadas – debido a que delinquieron por “coacción propia de las circunstancias o falta de oportunidades para adquirir artículos normalmente disponibles por medios no criminales”, toda vez que, para este autor, a veces “el crimen puede ser visto como una respuesta a, o como un intento para remediar la injusticia” (p. 258).

### **LA CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD, DESARROLLADA POR ZAFFARONI**

En base a lo referido en el punto anterior, Eugenio Zaffaroni ha desarrollado la tesis denominada “culpabilidad por vulnerabilidad”, con la finalidad de que sea analizada por el juez para determinar la responsabilidad penal y fijar la intensidad de la respuesta punitiva hacia el sujeto agente, en caso de que presente carencias sociales.

De acuerdo con la tesis de Zaffaroni (2007), la culpabilidad se relaciona con los grados de peligrosidad que el sistema penal (detenido por el poder policial) ha creado en base a las características personales y estatus social de los habitantes. Por ejemplo, la peligrosidad será más alta para los hombres, los jóvenes, los desocupados y sin inserción estudiantil, los inmigrantes, los peores vestidos y los que viven en barrios.

Por el contrario, la peligrosidad será menor para las mujeres, los que tienen trabajo e inserción estudiantil, los que tienen aspecto de clase media o se visten con elegancia, criterios que son tomados en cuenta cuando se piden identificaciones en la vía pública.

Bajo este contexto, y, en virtud de esta diferenciación de peligrosidad, los ciudadanos considerados peligrosos son más vulnerables (“*preferente vulnerabilidad*”) a que el poder punitivo se ejerza contra ellos (“*selección criminalizante*”).

Sin embargo, y gracias al deterioro de las condiciones sociales actuales (la cual hace que existan cada vez más pobres y menos poderosos), puede afirmarse que la mayoría nos encontramos en estado de vulnerabilidad y alto grado de peligrosidad.

Siguiendo esta línea, Zaffaroni (2007) precisa que el estado de preferente vulnerabilidad reside en los individuos de manera abstracto, hasta que, en algún momento, se realice un esfuerzo o contribución personal para pasar del estado de vulnerabilidad abstracto a una situación particular donde se concrete finalmente el poder punitivo (“*esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*”).

Respecto a esto, Zaffaroni (2007) refiere: “A nadie se le puede reprochar razonablemente su estado de vulnerabilidad, sino solo el esfuerzo personal por alcanzar la situación en que el poder punitivo se concreta” (p. 517)

Y, mientras algunos con menos grado de vulnerabilidad hacen esfuerzos enormes para concretar el poder punitivo, hay otros que por ser considerados peligrosos para la sociedad y por ende preferentemente vulnerables necesitan solo un pequeño esfuerzo para ser perseguidos por el control social.

Para Zaffaroni, en sociedades desiguales los jueces deberían aplicar el criterio de la culpabilidad por vulnerabilidad y centrar el análisis de la reprochabilidad en el esfuerzo que hace el delincuente en colocarse en una situación de vulnerabilidad concreta, con la finalidad de garantizar una sentencia justa.

### **JUSTICIA PENAL EN SITUACIONES DE DESIGUALDAD EN EL PERÚ**

#### **Imputación personal (culpabilidad) y fin preventivo de la pena**

Para Peña Cabrera (2011), la imputabilidad versa sobre “las condiciones que deben concurrir para que el autor sea pasible de una pena, de conformidad con los fines que se desprenden de la sanción punitiva” (p. 798).

Así también, para el mismo autor, la culpabilidad se encuentra compuesta por las condiciones mínimas para poder motivarse normativamente, siendo la motivación la capacidad para adecuar el comportamiento conforme a lo que mandan las normas y el derecho.

En ese mismo sentido, Bullemore y Mackinnon (2007) opinan que “la culpabilidad es “la capacidad y posibilidad de motivarse por el Derecho sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de sanción” (p.110)

De acuerdo con la teoría funcionalista, la capacidad de motivarse conforme a derecho (como elemento principal de la culpabilidad) posee una estrecha relación con los fines preventivos de la pena, ello debido a que sería irracional la conminación penal en sujetos que no posean facultades físicas o cognitivas óptimas para conocer o evitar el comportamiento anti normativo.

Por ejemplo, imponer una pena a una persona que posee anomalía psíquica sería inútil desde el punto de vista de la prevención especial, asimismo, la sanción penal a un inimputable produciría efectos negativos en la finalidad de prevención general, toda vez que acentuaría en la ciudadanía la negación de la vigencia de la norma tras percibirse la falta de idoneidad e ineficacia de la conminación penal.

Lo señalado anteriormente, guarda relación con lo manifestado por Stratenwerth (2005), al referir que “la imputabilidad tiene que ver con la capacidad del individuo para responder positivamente al mandato normativo: (...) de comprender lo ilícito del hecho y dejarse determinar por esta comprensión, renunciando a su realización” (p. 277); *contrario sensu*, si el sujeto es incapaz de entender lo ilícito de su acto, imponerle una pena devendría en ineficaz – ya sea con fines de resocialización o prevención –, toda vez que su actuar correspondería a una patología.

En ese sentido, toda vez que el castigo en sujetos inimputables decae en irracional, para fines de prevención especial resulta adecuado la imposición de medidas de seguridad.

Sin embargo, así como existen supuestos en que la culpabilidad se encuentra totalmente excluida por causales de inimputabilidad, muchas veces la “capacidad motivacional” o de conducirse conforme a derecho puede haberse visto mellada o reducida por factores de carencias sociales, como es el caso de la alienación legal; situación que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de atribuir responsabilidad penal, así como en el momento de la determinación e individualización de la pena.

### **Principio de corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito y las carencias sociales**

Conforme al documento de exposición de motivos del Código Penal peruano de 1991, “la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito” constituye un mandato normativo para el juez al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, por lo que, resulta obligatorio tomar en consideración las carencias sociales que hubieran podido afectar al autor de un delito.

La corresponsabilidad del Estado, en palabras de Reátegui (2019), se produce cuando ante la comisión de un hecho delictivo existe además de la responsabilidad del imputado, la responsabilidad del propio Estado, ello a consecuencia de no haber dotado a través de las entidades estatales de los servicios mínimos para satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos, lo cual, evitaría que estos cometan actos ilícitos.

Para Alonso–Peña (2004), el reconocimiento del principio de corresponsabilidad resulta relevante para entender los factores de la delincuencia, hecho que no vulnera la vigencia de un “*derecho penal de acto*”, toda vez que una justicia que pretende ser humanitaria se nutre a su vez de los datos brindados por la criminología, por lo que, no es impedimento para que el juez pueda valorar las circunstancias que conllevan a una persona a cometer un delito.

Respecto al concepto de carencias sociales, este puede encontrarse determinado por circunstancias como la falta de acceso a la educación desde la niñez, el poseer una familia disfuncional, situación de pobreza, falta de acceso a servicios básicos, oportunidades de trabajo, entre otros.

### **Determinación judicial de la pena y artículo 45° del Código Penal peruano**

Para Ziffer (1996):

[...] la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras (p.23).

Por su parte, Bramont–Arias (2001) precisa:

[...] la determinación o individualización judicial de la pena se trata de aquel procedimiento de carácter técnico (por la ponderación de la teoría dogmática del delito aplicada a la sentencia final) y de carácter valorativo (por la ponderación de la teoría probática a la sentencia final), que se

relaciona con aquella decisión que debe adoptar un juzgador penal dentro de un proceso judicial (p. 84).

En ese sentido, concuerdo con Reátegui (2019) al referir que, teniendo en cuenta los diferentes niveles de injusto y culpabilidad que puedan existir al momento de la comisión de un delito, no se puede “medir” de la misma manera la sanción penal a imponer a todas las posibilidades existentes; razón por la cual, la legislación ha previsto criterios judiciales para la imposición penal.

“Artículo 45. - El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

a) Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. (...)”

Conforme al artículo 45° literal a) del Código Penal peruano, las carencias sociales y la posición económica del autor de un delito constituyen presupuestos para fundamentar y determinar la pena a imponer, siendo obligatorio que el juez al momento de la determinación de la pena evalúe respecto al imputado, sus posibilidades motivacionales (capacidad de conducirse en la norma o no, como en el caso de la alienación legal) así como su capacidad de aprehensión y grado cognitivo conforme a sus facultades de integración en un modelo social sujeto a una serie de normas tanto sociales como jurídicas.

En ese sentido, al establecer el análisis de las carencias sociales del sujeto agente por el juzgador al momento de establecer la pena concreta constituye, a mi criterio, una compensación que realiza el Estado a través de los jueces penales a favor del imputado, reconociéndose responsable también de no haber garantizado una vida digna y de igualdad ante la ley y oportunidades para todos los ciudadanos dentro del territorio, habiendo vivido situaciones penosas que no les permitieron una adecuada motivación en las normas que rigen la vida entre los miembros de la sociedad, tras haber sido marginados de ella por las carencias sufridas<sup>5</sup>. Asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza del delito cometido, también corresponde al juez penal analizar

las oportunidades que tuvo el delincuente para obtener de manera lícita los beneficios que procuraba al conducirse de manera ilegal, criterio que podría ser aplicable en los delitos contra el patrimonio.

### Jurisprudencia peruana

Con relación a la aplicación del artículo 45° como criterio para la determinación de la pena en contextos de desigualdad y carencias sociales, pasaremos a mencionar los siguientes precedentes judiciales referidos al tema:

a. Las carencias personales se evalúan con relación al injusto cualificado cometido y su reprochabilidad por el hecho (R. N. N.° 1891-2008-Madre de Dios, del 01-09-2008).

SÉTIMO.- Que, en el ámbito de la determinación judicial de la pena, las carencias sociales y condiciones personales del encausado se evalúan con relación al injusto cualificado cometido y su reprochabilidad por el hecho; que, en tal sentido, se aprecia que ninguna de las circunstancias concurrentes tienen aptitud para reducir la pena conminada por debajo del mínimo legal; que, sin embargo, se advierte que no es legítimo incrementar la pena impuesta (diecisiete años de pena privativa de libertad) en virtud al principio del *non reformatio in peius*, pues el recurso proviene solo del encausado

b. Para invocar la concurrencia de carencias sociales o culturales, el recurrente debe precisar de qué modo estas influyeron en la comisión del hecho punible en el caso concreto (R. N. N.° 3326-2007-Madre de Dios, del 29-01-2008)

SÉTIMO. - [No] basta invocar la concurrencia de carencias sociales o culturales, sino que -en un delito como el tráfico ilícito de drogas- el recurrente debe precisar de qué modo estas influyeron en la comisión del hecho punible en el caso concreto; que la apremiante necesidad económica no solo no está acreditada en autos, sino que tal circunstancia no genera efectos atenuantes si se la pondera con la alta gravedad y nocivas repercusiones del delito incriminado.

c. Carencias personales (Consulta N.°120-99-Callao, de 13-09-1999)

<sup>5</sup> En el mismo sentido, James Reátegui Sánchez en su obra Código Penal comentado. Volumen I, página 163.

Este supremo colegiado, toma en consideración la condición personal de los agentes, quiénes evidencian notorias carencias sociales, lo cual relativiza sus posibilidades reales de internalizar los valores y mandatos normativos con igual aptitud que una persona que haya podido acceder a patrones básicos de cultura, a efectos de atenuar la pena por debajo del mínimo legal; que, asimismo, abona a favor de los acusados la atenuante de orden procesal referida a la confesión sincera, prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales.

d. Situación sociocultural del procesado (Exp. N° 589- 98-P/CAM-Camaná.)

Es particularmente relevante, para la fundamentación de la pena, el principio de culpabilidad; es decir, debe reconocerse la situación de postergación económica y cultural del procesado como un ingrediente de su conducta.

e. Educación secundaria y empleo excluyen carencias sociales (R.N. N° 2412-99-Santa/Chimbote)

Para los efectos de la imposición de la pena al acusado, debe tenerse en cuenta el marco legal de pena que se señala para el delito; así se debe señalar que no abona en favor del acusado ninguna circunstancia atenuante de orden sustantivo ni procesal, que justifique una pena inferior al mínimo legal, pues si nos atenemos a los criterios genéricos y específicos que deben tenerse en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena, contenidos en los artículos 45° y 46° del Código Penal, se establece que el agente al momento de la comisión de los hechos no tenía carencias sociales, en tanto contaba con un empleo como albañil, actividad por la que percibía la suma de doscientos nuevos soles; además es una persona que cuenta con tercer año de educación secundaria la que, a criterio de esta Sala Suprema Sala, era suficiente para haber interiorizado y comprendido la ilicitud de su conducta.

f. No corresponde imponer sanción inferior al mínimo legal sin atenuante excepcional o exención incompleta. En el delito de lesiones graves por violencia familiar se aplica el criterio axiológico. (Recurso de Nulidad N° 1969-2016-Lima Norte).

DÉCIMO SEXTO: (...) El artículo 46° del Código Penal establece como aspecto básico que la pena debe imponerse dentro de los límites fijados en la ley. El principio de legalidad se forja como un baremo inexorable en la dosificación punitiva, en tanto que, si no consta una circunstancia de atenuación punitiva o exención incompleta alguna; no es posible imponer una sanción inferior (...).

DÉCIMO OCTAVO: (...) corresponde asumir, en esta clase de delitos, **un criterio axiológico** referente a la naturaleza y gravedad del injusto, esto es, lesiones acaecidas en el contexto familiar, que constituye un factor de agravación especial acorde con la sensibilidad social del hecho punible, y en ningún caso, supone un tratamiento diferenciado respecto a otros delitos igualmente gravosos. Estamos frente a un ilícito que contiene un reproche jurídico absoluto, cuya lógica de ejecución es la reiteración y progresividad de las agresiones físicas y psicológicas, que genera consecuencias devastadoras en la apreciación personal y social de las víctimas de violencia de género, llevándolas, en los casos más extremos, a la muerte. Los vejámenes no se restringen al daño corporal. Abarcan lo referente a la esfera subjetiva, afectándolas severamente en el desarrollo de la personalidad. (...) Se trata de un fenómeno delictivo transversal a todos los ámbitos de la colectividad. (...) De ahí que, respetando el marco de la legalidad, el impacto de las sanciones debe ser lo más intenso posible con la finalidad de disuadir eficazmente esta tipología de delitos (...).

### **CRÍTICA DE ZAFFARONI AL CONCEPTO DE “COCULPABILIDAD” DE LA SOCIEDAD (O CORRESPONSABILIDAD).**

De acuerdo con lo referido en el punto 8.2. del presente artículo, la corresponsabilidad del Estado (en adelante me referiré como “coculpabilidad” de la sociedad, para fines prácticos) tiene lugar en contextos donde no se les brinda a determinado grupo social las condiciones adecuadas para su desarrollo y en ese sentido, se produce una compensación a favor de estos ciudadanos al momento de cuantificar la pena, en el caso de la comisión de ilícitos penales.

Pues bien, para el jurista argentino Zaffaroni (2007) resulta insuficiente por los siguientes motivos:

- a) Crea prejuicios que relacionan a la pobreza como causa del delito, tesis que ha sido refutada por Sutherland, debido a que el crimen se produce en todos los estratos sociales.
- b) Provoca la aplicación del derecho penal a dos velocidades: Más garantías para el delito común, cometidos por los pobres (más contención del poder punitivo) y menores garantías para el delito organizado y empresarial (menor contención del poder punitivo). Para Zaffaroni, el otorgar mayores garantías a un estrato social no es el verdadero riesgo, sino que la experiencia histórica demuestra que cuando se producen circunstancias excepcionales en desmedro de un sector culmina siempre recortando los derechos de todos, para este autor “el derecho penal no tiene dos velocidades, sino caja automática: avance y retroceso, y toda derogación de limitaciones al poder punitivo es una marcha atrás hacia la inquisición”
- c) La “cocolpabilidad” ignora el verdadero problema del poder punitivo, que, en palabras de Zaffaroni “es la arbitraria selectividad” con la que se escoge a los ciudadanos que serán investigados y procesados, que, casi siempre, serán los menos poderosos, los pobres y marginados.

En ese sentido, Zaffaroni considera que, a pesar de la implementación de la “cocolpabilidad” social, esta institución no ofrece resultados, sino que, crea una ficción en la que el poder es repartido de manera igualitaria o que existe de alguna manera, compensación.

## CONCLUSIONES

1. A lo largo de la historia el poder punitivo ha sido reconocido como una herramienta de control social empleado por las estructuras de poder para lograr la opresión y dominación hacia los más vulnerables.
2. La verdadera función del derecho penal no se encuentra en legitimar el poder coercitivo del Estado, sino en impulsar actos de contención y reducción del ius puniendi con la finalidad de evitar la asunción de regímenes totalitarios.

3. La “alienación legal” se encuentra relacionada con la falta de motivación del ciudadano a la norma penal, producto de carencias sociales atravesadas a lo largo de su vida.
4. La normativa penal peruana al implementar las carencias sociales como un criterio para la determinación de la pena ha reconocido las desigualdades existentes en nuestro país como un factor que incide en el actuar criminal.
5. La corresponsabilidad del Estado se introduce en el derecho penal a través del artículo 45° del Código como un criterio compensador de los ciudadanos que no se les ha brindado las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas, lo cual pudo haber evitado la comisión de ilícitos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAMONT ARIAS, L.;BRAMONT ARIAS TORRES, L. (2001). *Código Penal anotado*. Editorial San Marcos.
- BULLEMORE, V.;MACKINNON, J. (2007). *Curso de Derecho Penal.Tomo II*. Editorial Lexis Nexis.
- DUFF,A. (2004). *Punishment, Communication, and Community*. Oxford University Press.
- DUFF, A. (2014). La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Precondiciones de la Responsabilidad Penal (traducido por Ignacio Noel y otros). *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 15 (2), 223-238. <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/issue/view/7>
- GARGARELLA, R. (2011). El derecho y el castigo: De la injusticia social a la justicia social. *Revista Derechos y Libertades* 25 (II) . 37-54. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/17097/DyL-2011-25-gargarella.pdf>
- ILLICH, I. (2011). *Obras reunidas. Volúmen I*. Fondo de Cultura Económica.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Rodhas.

PEÑA, C. A. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. (Tomo I). Editorial Rodhas.

PEREZ MARTINEZ, J. (2018). Justicia de élite: Impunidad y desigualdad. *Eunomia: Revista en cultura de la legalidad* 14, 142-161. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4160>

REATEGUI SÁNCHEZ, J. (2019). *Código Penal comentado*. (Volúmen 1). Ediciones Legales EIRL.

STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I*. (4ta Ed) totalmente reelaborada. (M. Cancio Meliá, & M. Sancinetti, Trads.) Editorial Hammurabi.

ZAFFARONI, E. (1988). *Criminología. Aproximación desde un margen*. (Vol. I) Editorial Temis SA.

ZAFFARONI, E. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Editorial Ediar.

ZAFFARONI, E. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Ediar.

ZIFFER, P. (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Editorial Ad Hoc.