

## DICTAMEN DEL PROYECTO DE LEY N° 8574/2003 – CR

En su sesión del 10 de diciembre de 2003 la Comisión de Justicia y Derechos Humanos aprobó el dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 8574/2003 – CR, presentado por el Ejecutivo, mediante el cual se propone modificaciones a los artículos 48° a 51°, referido al concurso de delitos, y 200° del Código Penal, referido al delito de extorsión, sobre el cual se propone aumento de penas e incorporación de figuras agravadas.

Según se señala en el dictamen, existe un acuerdo de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos mediante el cual se decidió que todo los proyectos referidos a la Parte General del Código Penal, dentro de la cual están los artículos 48° a 51°, serán remitidos a la Comisión Especial Revisora del Código Penal, por lo que sólo es materia de dictamen la propuesta de modificación del artículo 200°.

### Contenido del Proyecto de Ley

El Ejecutivo propone que:

- a) Se incremente la pena privativa de la libertad prevista para el tipo básico, pasando de un rango de 6 a 12 años, a uno de 10 a 15 años.
- b) Se establezca un máximo de 25 años de privación de libertad en la pena prevista para lo que el dictamen denomina agravante de menor severidad y que actualmente no tiene fijado uno.
- c) Incorporación dentro de esta agravante de menor severidad una causal adicional, la duración mayor a 5 días del secuestro.
- d) Incorporación como la denominada agravante de mayor severidad, según el dictamen, la calidad de menor de edad de la víctima, junto a las lesiones graves, que era lo que establece la norma vigente.
- e) Incremento de la pena en la denominada forma calificante, esto es cuando se produce la muerte de la víctima, que en la norma vigente es una pena no menor de 25 años de privación de la libertad.

El proyecto de ley es muy escueto en su fundamentación, señalando como base de su propuesta lo siguiente:

- a) Se propone endurecer las penas.
- b) Se propone equiparar las penas del delito de extorsión con las del delito de secuestro.
- c) Ello obedecería a que la privación de libertad con fines extorsivos merece una punición adecuada, que si se da en el caso del delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal), pero no en el delito materia del proyecto. Entendemos por esa equiparación que se considera debe darse.

### Contenido del Dictamen

La comisión aprobó la propuesta del Ejecutivo con un texto sustitutorio:

- a) Se aumenta la pena del tipo básico, pero a un rango entre 8 a 12 años de privación de la libertad y no de 10 a 15 como se proponía.
- b) No se incorpora el máximo para el agravante de menor severidad.
- c) Se incorpora la duración del secuestro como agravante.
- d) Se incorpora a la agravante de mayor severidad el hecho de que el rehén sea menor de edad.
- e) Se incorpora como calificante la muerte del rehén, con pena de cadena perpetua.

Como fundamentos, el dictamen señala lo siguiente:

- a) Se hace un recuento de los antecedentes legislativos, como son el Decreto Legislativo 635, el Decreto Legislativo 896 y la Ley 27472.
- b) Se hace una descripción legal de los elementos del delito (bien jurídico protegido, tipicidad objetiva y subjetiva, grados de desarrollo, agravantes, calificantes y diferencias con el robo y el secuestro).
- c) Se hace un recuento de opiniones doctrinarias sobre la función de la pena. Se señala que:
  - i) La finalidad y sentido de la pena solo se entiende si es examinado en un sistema social y económico (Raúl Peña Cabrera); ii) Es la privación de un bien jurídico por la autoridad, luego de un debido proceso, al responsable de una infracción, es retributiva, es una suerte de precio por el delito cometido (Luis Bramont Arias y Luis Bramont – Arias Torres); iii) Conforme a los principios de nuestro Código Penal, éste tiene por finalidad la prevención como medio de protección de la persona, lo que se conjuga con la función preventiva, protectora y resocializadora que atribuye a la pena (Felipe Villavicencio); iv) En el país no ha habido un debate sobre la función de la pena y cada jurista se ha alineado individualmente a teorías eclécticas, similares a las “teorías de la unión” sobre la pena, siendo que el Código le asigna varias funciones, pero con una clara connotación retribucionista (Víctor Prado Saldarriaga); v) La pena es el principal medio de coacción para motivar el comportamiento de los individuos. La norma penal tiene entonces función motivadora, amenazando con una pena las conductas consideradas deseables (Francisco Muñoz Conde); y, vi) El derecho penal se ha desecho de planteamientos pasados, como son la valoración del injusto y la culpabilidad, teniendo propósitos determinados, siendo que las teorías preventivas prometen la solución a diversos problemas, como es la rehabilitación de los condenados y la intimidación de los potenciales delincuentes. Así lo ven la sociedad y los políticos, con planteamientos de eficiencia, creando nuevos tipos y aumentando penas, esto es confiando en el derecho penal para la solución de problemas acuciantes, mediante la amenaza penal (Winfried Hassemer).
- d) El esfuerzo por incrementar las penas y replantear sus modalidades es atendible y necesario, a la luz de las vivencias recientes, vinculadas a acciones criminales bajo algunas formas agravadas de esta figura penal, que motiva una reacción social y jurídica condenatoria que legitima el aumento de la pena, siendo urgente impedir el incremento del delito, lo cual corresponde a una necesidad de naturaleza preventivo general.
- e) La pena propuesta guarda proporcionalidad con el bien jurídico afectado, pues se ensaya sobre supuestos que también han sido materia de penalización en la figura de secuestro.

- f) Se aprovecha para devolver coherencia a la norma, modificada por la ley 27472, pues si bien se pretendía agravar la extorsión con resultado de lesiones graves, se logró el efecto contrario, al llevar la sanción por debajo de los demás supuestos de agravación que le preceden.
- g) Se varia en cuanto a la pena máxima para las denominadas agravantes de menor severidad (segundo párrafo del artículo 200°), pues resultaría limitadora e incluso disminuye la pena existente actual, pues al no tener máximo previsto este puede llegar hasta 35 años.

### Comentarios

#### a) La legitimidad de la pena: retribución vs. Prevención

Esbozado por el dictamen, existen dos puntos de vista con relación al derecho penal: los que lo entienden como un instrumento al servicio de la justicia frente a quienes entienden que debe servir prioritariamente al valor utilidad. Ello ha dado lugar a la llamada lucha de escuelas. Por un lado la llamada Escuela Clásica, Teoría Absoluta de la Pena o Teoría de la Retribución, y por el otro la Escuela Positiva, de la defensa Social, Teoría Relativa o Teorías de la Prevención. Toda propuesta de modificación de la pena es evidentemente una lucha entre ambas propuestas.

Para la teoría clásica la pena se legitima si es que constituye una retribución a la lesión del orden jurídico cometida. Tal lesión realizada conscientemente importa un abuso de la libertad y por tanto culpable y reprochable. La pena es entonces necesaria y constituirá un mal –una disminución de derechos– que compense adecuadamente el mal causado.

Esta teoría obviamente privilegia al individuo sobre la sociedad, pues no permite utilizar al condenado para fines preventivos generales, esto es para la intimidación de la sociedad mediante la aplicación de penas que no guardan relación con la gravedad del delito cometido y que tienen que ver más con la tendencia general a delinquir de una sociedad, cosa de la que el condenado es ajeno.

Debe considerarse que el derecho penal es una creación del Estado Moderno que nace en contraposición de las prácticas preventivas y la aplicación de penas infamantes propias del medioevo. En la Edad Media no había forma de reprimir eficazmente el delito (no había lo que hoy conocemos como Policía) y por tanto, la única forma de evitar que se cometiera un delito era aterrorizando a la población, dado que no era posible capturar a todas las personas que cometían delito. La pena, entonces, debía ser tormentosa y pública, para que así todos temieran que le pudiera suceder lo mismo de cometer un delito.

Pero, también debe considerarse que esta escuela tiene como base un supuesto de hecho: la ausencia de impunidad. En efecto, creada una entidad encargada de la persecución del delito, inexistente hasta entonces, nadie debía poder escapar de la ley. La Justicia podía ser represiva, en su real sentido y no en el peyorativo, esto es la aplicación de penas proporcionales para todos aquellos que hayan cometido un delito, sin excepción alguna. La eficacia del derecho penal radica no en el *quantum* de la pena, sino en la inevitabilidad de su aplicación.

Las teorías relativas legitiman la pena mediante la asignación de una finalidad. La pena entonces tiene una utilidad, pues se convierte en medio para obtener un fin. Dos son estas finalidades que se pretende otorgar a la pena.

Por un lado, se busca inhibir los impulsos delictivos de potenciales e indeterminados autores delitos, impidiendo psicológicamente que se motive a materializar tales impulsos, en cuyo caso estamos ante la teoría preventivo – general, pues lo que pretende es intimidar a toda la sociedad. Por otro lado, se busca obrar sobre el autor del delito para reitere su conducta delictiva, pues se considera que la comisión de un delito contiene la amenaza de su futura repetición. La pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convierta en inhibición, en cuyo caso estamos ante la prevención – especial.

La pena entonces debía servir a tres funciones: corrección, intimidación (del autor) e inoculación, cuando es imposible la corrección. Esta, luego de abandonar el causalismo antropológico y biológico (clasificación de los delincuentes), ha sido la teoría del positivismo en nuestro siglo. La pena se redefinió de una manera uniforme a través del concepto de resocialización, se dio cabida a las consideraciones sobre la co – responsabilidad de la sociedad en el delito y se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la idea del tratamiento. Los tratados internacionales sobre derechos humanos son tributarios de esta posición, pues tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles (artículo 10.3) le otorgan al régimen penitenciario la función de reforma y readaptación social del penado o condenado.

Junto a estas teorías, hay un tercer grupo de teorías denominadas Teorías de la Unión, que tratan de combinar los principios legitimantes del retribucionismo y de la prevención, esto es procuran justificar la pena tanto en su capacidad de reprimir como de prevenir simultáneamente. En la actualidad se trabaja con una serie de criterios legitimantes de la pena en los distintos momentos de su dinámica: amenaza, aplicación y ejecución. En el momento de la amenaza, el fin de la pena será preventivo general, en su aplicación se limitará en la medida de la gravedad de la culpabilidad y en la ejecución adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial).

Nuestra Constitución, como lo fuera la de 1979, es tributaria de la prevención especial. El artículo 139°, numeral 22, reza taxativamente como principio de la función jurisdiccional que *“el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”*, al igual que los tratados de derechos humanos antes referidos.

Ahora bien, régimen penitenciario es sinónimo de ejecución penal y no de pena. En tal sentido, podríamos interpretar que la Constitución lo que establece es que la función de la pena cuando ésta se ejecuta es la prevención especial, pero que no necesariamente tendrá tal fin en sus etapas de amenaza y aplicación. Sin embargo, no parece ser que tal disquisición teórica fuera el origen de la norma y que más bien lo que se pretendió es señalar que el sistema penal, y con él la pena en todas sus etapas, tenía asignada como función constitucional la prevención especial del delito. Esta interpretación, si bien históricamente parece más correcta, puede terminar siendo una camisa de fuerza.

El Código Penal asigna múltiples funciones a la pena, con lo que pareciera adoptar una posición ecléctica. Según se señala en su Título Preliminar, artículo I, se indica que el Código –y por tanto las penas en él señaladas – tiene por objeto la prevención del delito como medio protector de la persona y la sociedad. En el mismo título, artículo VIII, se señala que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, lo que alude a la proporcionalidad de la pena, para inmediatamente señalar, artículo IX, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Finalmente, debe señalarse que el artículo 45°, obliga al juez a considerar las carencias sociales del agente, admitiendo la corresponsabilidad social.

Ahora bien, el proyecto, y por supuesto el dictamen, tienen una clara posición preventivo general. Ello aparece expreso como parte de la fundamentación: es una reacción a “*la ya glosada actual alta incidencia de delitos patrimoniales afectatorios de otros bienes jurídicos como la libertad personal*”. El hecho que se afirme que la pena para el delito de secuestro extorsivo no es proporcional, no supone preocupación por la justicia de la pena, pues como se señala tanto en el proyecto como en el dictamen, se considera que no hay tal proporcionalidad en relación al delito de secuestro calificado, el cual también ha sido objeto de múltiples modificaciones normativas para aumentar su penalidad.

**b) El límite de la responsabilidad penal: la proscripción de la responsabilidad objetiva**

Nuestro Código Penal en sus artículos IV, VII de su Título Preliminar y en su artículo 12º, expresamente señalan que la pena necesariamente requiere la lesión o peligro de un bien jurídico, así como de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, y se aplican siempre al agente de infracción dolosa y al de infracción culposa en los casos señalados por la ley.

Estas normas no señalan que las penas no pueden alcanzar sino al responsable por su propia acción, excluyendo toda responsabilidad penal por las acciones de otros y toda responsabilidad por hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos que fundamentan la responsabilidad penal. Ello permite excluir, ante todo, la aplicación del principio del *versare in re illicita* y, en consecuencia, toda forma de responsabilidad basada en la mera causalidad material exclusivamente (la llamada responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado).

El proyecto establece una forma calificada del delito y es el caso de muerte del rehén de un secuestro extorsivo. El proyecto establecía sencillamente “*si el rehén fallece*” y el dictamen señala “*si el rehén fallece durante el delito o a consecuencia de dicho acto*”. Entendemos que obviamente se trata de proteger el bien jurídico vida, que normalmente merece un mayor reproche penal, como lo atestigua el propio Código Penal en diversas de sus figuras penales agravadas, pero la redacción resulta lamentable en ambos casos.

Y es que tal como está redactado esta modalidad delictiva pareciera que no importa como muere el rehén, si por dolo, culpa o por mero resultado. A la víctima puede darle un aneurisma o un infarto durante el secuestro, y ello no tiene por qué acarrear responsabilidad penal, sin embargo, tal y como se expresa en la propuesta –fallece o fallece durante el delito– esa sola circunstancia.

Por otro lado, la responsabilidad culposa –que es lo que parece ser que se pretende sancionar en la norma– no supone imputación por la realización de actos que no hayan sido cometidos por el autor. Siempre se requiere acción del agente y si bien no se puede exigir un dolo, si debe haber ausencia de diligencia.

Y es que en estos delitos “*la tipicidad depende de la comprobación de una acción realizada sin el cuidado exigido (negligente) y de la producción del resultado o peligro requerido para su punibilidad*”. Esto es, se “*requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado. Si se trata además de un delito culposos con resultado de lesión, el resultado deberá ser objetivamente imputable a la acción*”. Fallecer durante el delito no necesariamente constituye un hecho imputable a una conducta.

Ni siquiera la mención a la consecuencia de dicho acto, pues podríamos encontrarnos ante un delito preterintencional, esto es, delito que produce un resultado más grave como consecuencia de la intervención de un factor no conocido por él, como es por ejemplo, una enfermedad. En dichos casos, aún cuando se pudiera producir un daño grave, no podrá haber consecuencia penal, sino que ésta deberá ser reducida hasta el daño que se quiso ocasionar. Por ello, normalmente, en las figuras culposas se usan fórmulas como “*el que por culpa*” o “*el agente pudo prever el resultado*”.

Finalmente, debe indicarse que tal como está redactado dicho agravante, el homicidio, esto es, la privación de la vida con conciencia y voluntad de hacerlo, queda definitivamente excluido, pues no se sanciona el dar muerte al rehén, y en ese caso funcionaría simplemente el concurso real de delitos. Ello también nos hace preguntarnos si se puede llegar al extremo de aplicar la cadena perpetua por la muerte accidental de la víctima, pena que debería estar reservada a las formas de privación de la vida más graves (genocidio, homicidio calificado).