

2021



DEBATE
PENAL
CONTEMPORÁNEO

Reflexiones sobre el sistema penal

ADPC

2021



DEBATE PENAL CONTEMPORÁNEO

Reflexiones sobre el sistema penal

ADPC

La revista *Debate Penal Contemporáneo* es un proyecto académico impulsado por una asociación sin fines de lucro denominada Asociación Debate Penal Contemporáneo (ADPC), la misma que fue constituida en la ciudad de Lima, en el año 2020. Esta publicación es editada por jóvenes abogados que, además de compartir su interés por la investigación en materia jurídico-penal, tienen en común el haber egresado de la Decana de América, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

DEBATE PENAL CONTEMPORÁNEO N.º 1

Edición: 2021

Tiraje: 500 ejemplares

ISSN: 2789-2522

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA
NACIONAL DEL PERÚ N.º 2021-02703

Edición a cargo de:

ASOCIACIÓN DEBATE PENAL CONTEMPORÁNEO

Calle 19 Mz. L2 Lt. 1 Urb. El Álamo, Comas

Impresión a cargo de:

Multigrafik SAC

Calle s/n Mz. 54 Lote 25 A.H. Huáscar

(Grupo 06 Sector A) - San Juan de Lurigancho

Lima-Perú, agosto de 2021

DERECHOS REVERVADOS

Decreto Legislativo N.º 822

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopiado, ya sea para uso personal o colectivo de distribución posterior, sin la autorización expresa de la Asociación Debate Penal Contemporáneo.

Nota: El contenido de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores. La revista *Debate Penal Contemporáneo* no comparte necesariamente las opiniones personales vertidas por los autores.



DEBATE
PENAL
CONTEMPORÁNEO

Reflexiones sobre el sistema penal

CONSEJO EDITORIAL

Director

Miguel Angel Girao Isidro

Subdirector

Joel Enrique Córdova Rojas

Secretaría de Redacción

Jordan Dony Mercado Cerrón

Editores

Alejandra Mariel Mori Sáenz
Javier Wilfredo Vega Cisneros

Maricruz Julieta Vargas Leandro
Roberto Carlos Vilchez Limay

Juan Del Carmen Casiano Ortiz

CONSEJO ACADÉMICO

Andrea Planchadell Gargallo
Eugenio Raúl Zaffaroni
Elvia Barrios Alvarado
Juan Luis Gómez Colomer
Laura Zúñiga Rodríguez

Ramiro Salinas Siccha
Renzo Orlandi
Ricardo Brousset Salas
Susana Castañeda Otsu
Víctor Prado Saldarriaga

DEBATE PENAL CONTEMPORÁNEO N.º 1

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
I. LA CORRUPCIÓN EN DEBATE	
— El bien jurídico en los delitos de infracción de deber. <i>Ramiro Salinas Siccha</i>	17
— La investigación del delito para producir consecuencias penales en los casos de corrupción. <i>Fany Soledad Quispe Farfán</i>	40
— Delito de colusión en el contexto del COVID-19. <i>Raúl Ernesto Martínez Huamán</i>	52
— Una aproximación al delito de tráfico de influencias (art. 400 CP). <i>Alejandra Mariel Mori Sáenz</i>	90
II. DOCTRINA CONTEMPORÁNEA DE LAS CIENCIAS PENALES	
2.1. Derecho penal	
2.1.1. Cuestiones de parte general	
— Metamorfosis del derecho penal del Estado de derecho. <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	113
— El renacimiento del pensamiento totalitario: La doctrina del derecho penal del enemigo. <i>José L. González Cussac</i>	131
— La teoría de los delitos de infracción de deber: Fundamentos y consecuencias. <i>Raúl Pariona Arana</i>	151
— Las circunstancias agravantes genéricas reguladas en el Código Penal de 1991 a propósito de la determinación judicial de la pena. <i>Alexei Dante Sáenz Torres</i>	170
— Los principios generales en el Proyecto de Código Penal peruano de 2016. <i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	208



Las circunstancias agravantes genéricas reguladas en el Código Penal de 1991 a propósito de la determinación judicial de la pena

Alexei Dante Sáenz Torres*

“A mi maestro y amigo Felipe Andrés Villavicencio Terreros”
In memoriam

Sumario: I. Introducción. II. Circunstancias agravantes genéricas. 1. Por el criterio del objeto material. 1.1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. 1.2. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos. 2. Por el criterio de los especiales motivos. 2.1. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. 2.2. Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole. 3. Por los medios empleados. 3.1. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común. 3.2. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento. 3.3. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable. 3.4. Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva. 4. Abusando de una posición. 4.1. Ejecutar la conducta punible con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. 4.2. Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función. 5. Por el criterio de los elementos circunstanciales. 5.1. Aprovechando las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. 5.2. Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional. 6. Por el resultado producido o por consecuencias adicionales. 6.1. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito. 6.2. Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales. 7. Por la cantidad de sujetos activos. 7.1. La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito. 8. Por la condición de vulnerabilidad del sujeto pasivo. 8.1. Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial. III. Resultados de la investigación empírica. 1. Interpretación de datos. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: El autor analiza las circunstancias agravantes genéricas contempladas en el art. 46 del Código Penal de 1991 que agravan el marco penal aplicable al momento de determinación judicial de la pena; además, brinda los resultados de investigación empírica, en la cual recolectó datos de 31 sentencias condenatorias para constatar cómo los jueces penales aplican dichas agravantes.

Palabras clave: Circunstancias agravantes genéricas, determinación judicial de la pena, marco penal abstracto, marco penal concreto, investigación empírica.

* Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor contratado de la Escuela de Posgrado de la Universidad San Martín de Porres y profesor contratado de la Academia de la Magistratura.

Abstract: *The author analyzes the generic aggravating circumstances contemplated in art. 46 of the Criminal Code of 1991 that aggravate the criminal framework applicable at the time of judicial determination of the sentence. Furthermore, he provides the results of his empirical investigation in which he collected data from 31 convictions to verify how criminal judges apply said aggravating factors.*

Keywords: *Generic aggravating circumstances, judicial determination of the sentence, abstract criminal framework, concrete criminal framework, empirical investigation.*

Recibido: 24/3/2021

Aprobado: 12/5/2021

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se trata acerca de cada una de las circunstancias agravantes genéricas que se implementó a raíz de la Ley N.º 30076, la cual modificó el sistema de determinación judicial de la pena que reguló el Código Penal de 1991 en su texto original. En esa reforma se estableció un conjunto de reglas a partir de la modificación del artículo 46 del Código Penal en el que por primera vez en el Perú se incorporó un grupo de circunstancias atenuantes genéricas y un grupo de circunstancias agravantes genéricas con el propósito de realizar a través de un sistema reglado denominado el sistema de tercios, el procedimiento para la determinación judicial de la pena, esto debido a las constantes contradicciones y muchas veces incorrecto proceder al momento de realizar la determinación

judicial de la pena por parte de algunos magistrados.

En consecuencia, solo se abordarán las circunstancias genéricas¹ que pueden agravar la pena al momento de realizar la individualización de la determinación judicial de la pena, siempre que concurren en el caso en concreto. Esto permitirá establecer el marco abstracto de la pena tanto para el tercio medio como también para el tercio superior.

Es necesario también para los propósitos de este trabajo señalar que las circunstancias agravantes genéricas actúan en concordancia con el principio de inherencia regulado en el artículo 46 *ad initio* del C.P. de 1991, ya que este supuesto no debe estar previsto específicamente para sancionar un delito específico y no sea a su vez un elemento constitutivo de dicho hecho punible.

¹ Respecto a la categoría de circunstancias genéricas, su concepto, su naturaleza, entre otros aspectos, ya nos hemos pronunciado en mi artículo titulado "La carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991", *Actualidad Penal* 29 (2016): 120-126. Así como en el *Informe in extenso de estudio de investigación SIN/SIN 2016: Las circunstancias atenuantes genéricas en el Código Penal de 1991 y su relación con el sistema de la determinación judicial de la pena*, presentado el 27 de marzo del 2017 a la UNMSM (Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Investigación, 2016), 8-58.



También es importante destacar que cada una de las circunstancias agravantes debe ser comprendida por el dolo, de lo contrario no se podrán aplicar para la imputación específica correspondiente; en este sentido, ya Villavicencio Terreros lo manifestó desde 1990².

Las investigaciones en cuanto a este tema son en el Perú aún incipientes, por ello es necesario dedicarle algunas consideraciones, empero este trabajo solo nos introduce al tema, pues debemos considerar a futuro la pretensión de aquellos que quieren ampliar el catálogo de las circunstancias agravantes genéricas, frente a una postura que más bien simplifique dichas circunstancias o redefina las agravantes vigentes; por cierto, este problema también se da en el derecho comparado. Así en España, por citar un ejemplo, se tiene que proponer de *lege ferenda* regular la aporofobia³, que es el rechazo o el odio hacia la persona en situación de pobreza.

Para nuestro caso será necesario realizar una investigación integral donde se

aborde tanto las circunstancias atenuantes⁴ y agravantes⁵ genéricas considerando los siete años que ya han pasado desde la implementación del sistema de tercios en el Perú para la determinación judicial de la pena cuyo problema de investigación consista en evaluar las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas contempladas en nuestro sistema penal.

II. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENÉRICAS

Las circunstancias agravantes genéricas, reguladas en el artículo 46 numeral 2 del Código Penal de 1991, se agrupan considerando los siguientes criterios: el objeto material, los especiales motivos, los medios empleados, abusando de una posición, los elementos circunstanciales de tiempo, modo o lugar, por el resultado producido o consecuencias adicionales, la cantidad de sujetos activos, y la condición de vulnerabilidad del sujeto pasivo o la calidad de las personas⁶.

De esta manera, el propósito de agruparlas conforme a los criterios

- 2 Tanto en Felipe Villavicencio Terreros, *Lecciones de derecho penal. Parte general* (Lima: Editores Cultural Cuzco, 1990), 145, como en Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general* (Lima: Grijley, 2006), 357, situándolo en ambos casos en el conocimiento del dolo.
- 3 Miguel Bustos Rubio, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4.ª CP)* (Barcelona: J.M. Bosch, 2020).
- 4 Sobre las circunstancias atenuantes genéricas, véase la tesis de mi discípula Esther Lucía Alvarado de abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2017).
- 5 Respecto a las circunstancias agravantes genéricas véase el trabajo de investigación consignado en Alexei Dante Sáenz Torres, *Informe in extenso de estudio de investigación SIN/SIN 2016*, 8-58.
- 6 Alejandro Rodolfo Cilleruelo, *Sistema de sanciones en el Código Penal. Extinción de la acción y de la pena. Lesa humanidad e imprescriptibilidad. Mensuración de la pena. Reincidencia y multirreincidencia. Condenación y libertad condicional. Suspensión del juicio a prueba. Punición de las personas jurídicas (ley*

expuestos permite orientar mejor las funciones que deben cumplir dichas circunstancias agravantes genéricas, como son: la función de sistemática que deben de cumplir dichas agravantes en relación con las agravantes específicas o las agravantes genéricas cualificadas (por ejemplo en la concurrencia de dichas agravantes, o la concurrencia con atenuantes), así como la función de interpretación para diferenciarlas unas de otras a partir de su contenido, la función de justificación de las decisiones judiciales cuando se utilicen al momento de realizar el procedimiento de determinación judicial de la pena en el caso concreto, e incluso desde la perspectiva procesal la función de prueba al momento de utilizarla en el caso concreto.

A continuación, se realizará el desarrollo y análisis de cada una de ellas dejando en claro que a veces algunas de las circunstancias obedecen a más de un criterio, empero por motivos metodológicos hemos preferido titular el predominante y en desarrollo consignar el o los demás criterios.

1. Por el criterio del objeto material

1.1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad (art. 46, num. 2, lit. a del Código Penal de 1991)

Esta circunstancia agravante genérica ordinaria se refiere al objeto material⁷ del tipo penal que tenga una determinada finalidad. Así, para la configuración de esta circunstancia agravante importa no solo el objeto material en sí, que debe tratarse de bienes o recursos, sino la finalidad para la que están destinados, esto es, las actividades de utilidad común, así como también alternativamente la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

Para el primer supuesto, se puede plantear como ejemplo el caso de los bienes muebles o recursos destinados a las actividades de uso común, como los materiales donados por una entidad privada que se utilizan en la construcción de un puente Bailey o los vehículos que utiliza la empresa para transportar

27.401) (Buenos Aires: Ad Hoc, 2018), 110. En Argentina se utiliza la nomenclatura de la calidad de las personas y se resalta que "este aspecto suele hacer hincapié en la relevancia que suelen tener las particulares características de la víctima, que demuestran una mayor cuantía de injusto por parte del autor. Este aspecto suele darse, por ejemplo, en todos aquellos casos donde la víctima por sus condiciones no pudo ofrecer una resistencia adecuada, cuyo aprovechamiento por parte del autor constituye un aspecto a ponderar negativamente.

7 El profesor Prado Saldarriaga, quien es el experto en este tema, señala que se trata de los bienes objeto del delito. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal* (Lima: Idemsa, 2016), 215.



Revista de Derecho Penal y Criminología

dichos materiales, en situaciones de necesidad como consecuencia de fenómenos naturales como los huacos en los meses de febrero y marzo.

Para el segundo supuesto, se puede plantear como ejemplo el caso de los bienes muebles destinados a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, como una tubería de agua, desagüe, o cableado de luz o teléfono.

La pregunta es: si dada la naturaleza del objeto material, sea este bienes o dinero, ¿qué sucede en el caso de las obras públicas? Acaso ¿la circunstancia agravante genérica ordinaria solo se aplica para funcionarios públicos o también para personas naturales privadas?

Al respecto, creo que esta agravante se aplica perfectamente a ambos supuestos, por lo cual da lo mismo que un particular o un funcionario público cometa un delito que tenga como objeto material cualquiera de las modalidades de esta agravante genérica, siempre y cuando y de conformidad con el principio de inherencia⁸ regulado en el artículo 46 *ad initio* del C.P. de 1991, este supuesto no esté previsto específicamente para sancionar un delito específico y no sea a su vez un elemento constitutivo de dicho hecho punible.

A raíz del proceso de pandemia que se está viviendo en el país, queda por

preguntarse: ¿si también se deben considerar los alcances de esta circunstancia, para aquellos casos en que se cometan delitos con ocasión de dicha pandemia a partir de las acciones penalmente relevantes?

De allí que, cualquiera sea la realización de las circunstancias que se cometan contra los bienes o recursos destinados a las actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, sea que provengan de personas comunes o de funcionarios o servidores públicos, ello en atención a que la salud pública es considerada una necesidad básica, serán suficientes para materializar la agravante. A modo de ejemplo, se considera el robo de una ambulancia de propiedad de una clínica privada o el robo de la camioneta en la que una persona jurídica privada brinda servicios de seguridad, alimentación, etc., a las personas que excepcionalmente trabajan en las épocas de una pandemia, el robo de un servidor de un colegio o universidad particular desde el cual se viabiliza las clases virtuales, o el asalto y robo a una farmacia o botica en épocas de pandemia, son algunos ejemplos que nos pueden servir a propósito de una pandemia, un terremoto grado 8, entre otros casos.

8 La importancia de este principio se resalta en el derecho comparado, así lo señala Emiliano Borja Jiménez, en *La aplicación de las circunstancias del delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 20.

1.2. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos (art. 46, num. 2, lit. b del Código Penal de 1991)

En esta circunstancia agravante genérica ordinaria lo que interesa es solo la naturaleza del objeto material⁹, es decir, que se traten de bienes muebles de naturaleza pública o recursos públicos (bienes y recursos pertenecientes al Estado), para que se acredite dicha naturaleza, será de mucha utilidad, por ejemplo: los inventarios realizados por las diversas instituciones públicas del Gobierno nacional, regional, local y otros organismos autónomos del Estado, así como los presupuestos entre otros medios que puedan acreditar la propiedad de dichos bienes y recursos públicos.

La primera diferenciación que se puede establecer con la circunstancia agravante genérica regulada en el literal 1, del numeral 2 del artículo 46, es el supuesto del destinatario de estos bienes o recursos que son objetos de delito; mientras que en el primer caso se está refiriendo a un propósito en específico (utilidad común o satisfacción de una necesidad básica), que tienen estos bienes o recursos, en la circunstancia bajo análisis resulta relevante el carácter público que puede referirse a cualquier

servicio en general brindado a la población por parte del Estado, aunque en realidad, la agravante no se refiere a servicios, sino a bienes o recursos públicos, lo que generalmente algunos consideran indispensable para la realización por parte del Estado de determinados servicios públicos.

Es del parecer de esta última postura Pérez Alonso, quien distingue entre un concepto amplio y un concepto estricto de servicio público. Así, en sentido amplio, señala: "No podemos entrar ahora en un estudio en profundidad sobre los distintos planteamientos en torno a la noción de servicio público. De todos modos, debe destacarse que en la actualidad se ha pasado de un concepto amplio, generalizado en exceso, que llegaba a identificar servicio público con la totalidad de la acción administrativa"¹⁰, y el concepto estricto de servicio público: "En donde se engloba la actividad de la Administración tendente a prestar servicios asistenciales y sociales —beneficencia, sanidad, educación, etc.—, así como servicios económicos, ya que la Administración tiene la posibilidad de realizar la explotación económica de determinados servicios e incluso gestionar empresas"¹¹.

- 9 Por su parte, el profesor Prado Saldarriaga señala que la regulación de esta agravante deviene en innecesaria, pues "esta agravante en principio tiene igual naturaleza que la examinada anteriormente", aunque luego señala que "la aplicación de esta agravante genérica se reserve solo para los actos delictivos que recaen en bienes estatales". Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 216.
- 10 Esteban Juan Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio* (Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1995), 393.
- 11 Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias*, 393.



Así, en España se aprecia una agravante de carácter similar que agrava la pena cuando el delito, en este caso el de robo, tenga por objeto cosas destinadas a un servicio público, por lo cual esta agravante se fundamenta “como premisa para determinar el alcance y contenido de este tipo agravado. Cabe señalar que dicho motivo y agravación encuentra su fundamento en las graves perturbaciones que las sustracciones de cosas destinadas a los servicios públicos pueden producir en los intereses generales. Con esta circunstancia se intenta proteger el normal funcionamiento de los servicios públicos, como interés colectivo de los ciudadanos”¹².

En síntesis, esta circunstancia agravante genérica solo se refiere al objeto material cuyo titular es el Estado, es decir, a bienes o recursos del Estado, sobre el cual recae la acción delictuosa, dejándose de considerar otras exigencias adicionales, tales como el cumplimiento de un determinado tipo de servicio, pues para la configuración de cualquier

afectación al objeto material, a través de los bienes o recursos del Estado, siempre se limitará, directa o indirectamente, cualquier tipo de servicio que brinde el Estado.

2. Por el criterio de los especiales motivos

2.1. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria (art. 46, num. 2, lit. c del Código Penal de 1991)

En la doctrina se considera el motivo abyecto o fútil “a un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, que aparece en algunas figuras penales y que, a no dudarlo, toca con un mayor contenido de injusto derivado del desvalor de la acción que aquí es más elevado que en condiciones normales”¹³.

La naturaleza de esta circunstancia agravante genérica ordinaria radica en la especial motivación¹⁴ que haya tenido el autor de la conducta prohibida. Así, aquel

12 Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias*, 389.

13 Fernando Velázquez Velázquez, *Derecho penal. Parte general* (Bogotá: Comlibros, 2009), 1114.

14 Villavicencio Terreros consideró que el especial motivo o el móvil “pertenecen al campo del derecho de determinación judicial de la pena (artículo 46, numeral 6, Código Penal), y en todo caso al juicio de imputación personal”, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, 375. Y en esta misma obra realizó una distinción entre los móviles y el dolo, cuando expresó: “El sujeto quiere la realización del tipo. Este querer no se confunde con el deseo, que solo implica una posible inclinación que no logra concretarse, siendo intrascendente a efectos jurídico-penales. Ejemplo: el asaltante que no desea matar al cajero del banco, pero a pesar de ello quiere hacerlo, pues no existe otra forma de apoderarse del dinero. Tampoco se confunde con los móviles. Para la existencia del dolo es indiferente la naturaleza de los motivos. El dolo existe, aunque los móviles no sean antisociales”. Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, 368. También precisó Villavicencio Terreros que no se deben confundir los móviles o motivos con los elementos subjetivos del tipo o del injusto diferentes al dolo; sin embargo, precisó que “en la doctrina

autor que obedece o actúa por un motivo, sea este de un móvil abyecto, de un móvil fútil, o de un móvil como el precio o la recompensa o la promesa remuneratoria, indudablemente que esta circunstancia agravante corresponde a los motivos propios de la culpabilidad del autor.

Aunque convenga hacer la distinción entre los supuestos que requieran de un motivo y los supuestos que no requieren de motivos, sino más bien de un precio pactado o acordado, así como de una recompensa remuneratoria, la misma que a su vez absorbe el supuesto de la promesa remuneratoria. En los supuestos de precio y recompensa, es indudable que se ejecute en parte o en su totalidad, para luego dejar la posibilidad de admitir la mera promesa en el caso de la remuneratoria.

Así, sobre la recompensa o promesa remuneratoria, según la doctrina, “aun cuando en un sentido literal la ‘recompensa’ o ‘promesa’ no se circunscriba a la de sentido económico, existen razones para restringir la esfera de la agravante a los supuestos de retribución en sentido patrimonial. Estas razones descansan en la consideración de que la concurrencia de una recompensa o promesa, de índole distinta a la económica, no muestra la existencia, ni en quien ofrece ni en

quien recibe aquella, de un aumento de la gravedad de la conducta”¹⁵.

También en el derecho comparado español, Córdoba Roda, refiriéndose a la legislación vigente de 1972, afirmó que “el hecho descrito en el número 2 del artículo 10 supone la actuación de dos personas distintas: el delito es cometido mediante el precio, recompensa o promesa, satisfecho u ofrecido, por un determinado sujeto. Obsérvese, además, que el Código exige el que el hecho delictivo sea efectuado mediante alguna de las indicadas retribuciones, con lo que el texto legal reclama, dado el sentido usual de dicha expresión, el que el instigado cometa la conducta en atención al precio, recompensa o promesa. La dación u oferta de estas últimas ha de haber motivado, pues, la práctica del delito por el autor material”¹⁶.

En cuanto a la concurrencia de esta agravante con otras atenuantes, es posible que esta agravante sea incompatible con las figuras como la disminución parcial del pensamiento: “Se trata de una agravante inconciliable —para la predominante doctrina— con la disminución del vicio parcial de mente y de la provocación. Más correcta es la controvertida compatibilidad con el hecho ilícito culposo (ej.: pirata vial que siega

se ha establecido la presencia de estos elementos de manera implícita en el tipo legal. En este caso, su identificación se va a desprender de su interpretación, ya sea sistemática o axiológica, de la figura legal que corresponda”, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, 374. Por su parte Prado Saldarriaga lo denominó motivación delictiva. Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 217.

- 15 Juan Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. 1 (Barcelona: Ariel, 1972), 558.
16 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 559.



a la muchedumbre por bravuconería en la conducción)”¹⁷.

En la doctrina española se ha señalado que “mención aparte merece la circunstancia consistente en ejecutar el hecho ‘mediante precio, recompensa o promesa’, que hemos clasificado entre las objetivas, lo que demanda una explicación. Para ello debe señalarse que mientras el texto legal anterior [refiriéndose a la legislación española] la definía como ‘cometer’ el delito mediante precio, la jurisprudencia la estimó aplicable tanto al que paga (porque comete el delito como inductor) como al que cobra por delinquir. Pero al referirse ahora el art. 22, 3.ª a quien ‘ejecuta’ el delito mediante precio, recompensa o promesa, parece limitarse a lo que propiamente son actos de ejecución y, por tanto, es dudoso que siga siendo aplicable al inductor que paga (pero que no ejecuta). En todo caso, de aplicarse al que paga, es posible apreciar una mayor facilidad de comisión e impunidad, pero ello no es consustancial al que cobra, en el que la razón de la agravación solo puede situarse en el desvalor recayente sobre los móviles ‘innobles’ que le empujan a delinquir”¹⁸.

La definición de precio “desde un punto de vista estrictamente semántico,

parece que deberemos entender por precio el valor pecuniario en que se estima una cosa o, en fin, la prestación consistente en numerario o en valores de inmediata o fácil realización que un contratante da o promete por conmutación de la cosa, servicio o derecho que adquiere. La promesa será expresión de voluntad de dar a uno o hacer por él alguna cosa. Finalmente, la recompensa debe considerarse como la retribución o remuneración de un servicio”¹⁹.

Algunos consideran que también es posible considerar que el precio o la recompensa no solo son patrimoniales, económicos o pecuniarios. Así Mir Puig lo señaló “partiendo de la existencia de un fundamento común al oferente y al ofertado que consistiría, como hemos visto, ‘en la ruptura de la cadena motivacional’, entiende que existen beneficios honoríficos o profesionales que carecen de naturaleza económica, pero que pueden, perfectamente, constituir motivos equiparables a los económicos, pareciendo ello, por otro lado, más compatible con la dicción empleada en el texto de la norma que junto al concepto del ‘precio’ añade los términos de ‘recompensa o promesa’”²⁰.

17 Fernando Mantovani, *Los principios del derecho penal*, trad. Martín Eduardo Botero, 1.ª ed. (Lima: Legales Ediciones, 2015), 353.

18 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 523-524.

19 Leopoldo Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, 1.ª ed. (Madrid: Constitución y leyes, 1997), 504.

20 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 498.

Así se ha definido que el momento adecuado o relevante penalmente para la recompensa es “que no resulta necesario que el dinero u objeto en que la recompensa consista sea entregado con carácter previo a la realización de la ejecución material del delito. En este sentido, creo que la inclusión del término ‘promesa’ despeja al respecto cualquier clase de duda. Sí es preciso, en cambio, que la oferta de entregar el dinero o compensación se realice con anterioridad a la comisión del delito, pues, en otro caso, no podría sostenerse que este se ha cometido mediante precio, recompensa o promesa”²¹. Por ello, se afirmó que “no [se encuentra] razón alguna para que haya de considerarse apriorísticamente más reprochable el comportamiento de quien lesiona por dinero que el de quien lesiona por el mero capricho o deseo de agredir a las personas cuyo comportamiento no juzga correcto. No [se encuentra] diferencia ostensible en punto a la reprochabilidad de quienes matan a un individuo cualquiera, escogido al azar, en desarrollo, por ejemplo, de un juego de rol, con respecto a quienes realizan esa misma actividad para recibir, a cambio, una cierta cantidad de dinero”²².

A modo de ejemplo, Puente considera que esta circunstancia agravante genérica no se aplica según algunos

autores cuando un sujeto “lesiona a una persona porque su amada le impone esa condición (le promete, por ejemplo, que tras la comisión del delito mantendrán relaciones sexuales). Sin embargo, el comportamiento del culpable resultaría más censurable para estos autores cuando la caprichosa enamorada impone como condición para mantener relaciones sexuales con su pusilánime admirador que este le regale una joya determinada para cuya adquisición el agente lesiona a una persona a cambio del dinero que un tercero le entrega y que precisa para adquirir aquella joya”²³.

Sin embargo, un sector de la doctrina manifestó la postura subjetiva de considerar tanto al precio como a la recompensa como motivos, así se señaló que “el autor material no tenía la menor intención de cometer el delito, decisión que surge en su ánimo ante el ofrecimiento de precio, recompensa o promesa efectuado por un tercero. En tales supuestos parece claro que la circunstancia agravante deberá ser apreciada. El ofrecimiento del precio, recompensa o promesa constituye el motor esencial de la acción”²⁴.

Abona a esta posición la de los que manifestaron que “en estos supuestos en los cuales convergen varios móviles distintos (en el ejemplo, cobrar la recompensa y librarse del ‘intruso’) debería ser aplicada

21 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 504.

22 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 495.

23 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 496.

24 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 505.



la conocida teoría de la equivalencia de las condiciones surgida en el ámbito de la causalidad, de forma tal que si no puede prescindirse de la recompensa para explicar la actuación del autor material, la circunstancia agravante deberá ser aplicada y, en cambio, si suprimido mentalmente el precio, recompensa o promesa, se concluye que el autor de todas formas habría actuado igual, la agravación no podrá, a mi juicio, apreciarse”²⁵.

Por ello, la postura subjetiva considera que “la motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de la culpabilidad. Es decir, coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su índole subjetiva se manifiesta en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad”²⁶.

2.2. Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole (art. 46, num. 2, lit. d del Código Penal de 1991)

La fórmula de esta agravante genérica ordinaria ahora se ha detallado a

través de los móviles de intolerancia o discriminación tales como: “el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica”, manteniendo la frase genérica como cajón de sastre “o de cualquier otra índole”.

Esta fórmula deja más dudas que aciertos, pues diferenciar móviles de intolerancia con discriminación ameritará un desarrollo doctrinal o de la jurisprudencia; mientras tanto, será complicado que los jueces penales y los operadores en general puedan echar mano de esta agravante.

En el derecho comparado español algunos han sostenido sobre estas circunstancias agravantes genéricas que “entre ellas se incluye la agravante consistente en actuar por móviles racistas o discriminatorios (art. 22, 4.^a). Con su previsión se ha pretendido dar respuesta a una más que razonable preocupación social por la comisión de delitos impulsados por ideologías de carácter racista o por motivos discriminatorios referentes a la religión, ideología, creencias, nacionalidad, sexo, enfermedad, etc.”²⁷.

Empero, también se discute en el derecho comparado el hecho de justificar la naturaleza de por qué una

25 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 505.

26 José Hurtado Pozo y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal. Parte general*, vol. 2, 4.^a ed. (Lima: Idemsa, 2011), 332.

27 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 524.

circunstancia agravante genérica de naturaleza subjetiva tenga que incrementar la naturaleza objetiva del tipo base al manifestar que “lo explicable de esta preocupación no elimina el hecho de que, en estos casos, el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor, como son los móviles de su actuación, lo que impide encontrar aquí razones por las que la gravedad objetiva del delito se ve incrementada”²⁸.

Otro sector de la doctrina ha señalado que “esta circunstancia agravante permite también diferenciar un elemento subjetivo que vendría representado por el móvil discriminatorio que habría animado al responsable del delito y un elemento objetivo que atendería a la circunstancia sobre la cual resulta construido el comportamiento discriminatorio”²⁹.

Algunos autores han considerado que esta circunstancia agravante tiene una naturaleza jurídica de carácter puramente objetivo.

El legislador, al regular esta circunstancia agravante genérica ordinaria, ha establecido una fórmula mixta, por un lado, un grupo de supuestos específicos (origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad,

idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica), y por otro, una fórmula genérica (móviles de discriminación de cualquier índole), aunque no ha precisado de manera específica en la legislación los móviles de intolerancia de los de discriminación que son objeto de la aplicación de esta circunstancia agravante, abarcando con ello a todas las formas de los supuestos específicos como al supuesto genérico. Así, esta labor les corresponderá a los jueces a partir de los casos concretos que se resuelvan.

En el derecho comparado “por ideología parece que deberá entenderse el conjunto de opiniones personales que configuran la percepción del mundo en el campo de lo político, refiriéndose, acaso, las creencias a las concepciones personales de naturaleza no política y la religión al conjunto de dogmas o doctrinas referentes a la comprensión o aproximación a la divinidad”³⁰.

En cuanto al sexo como elemento de discriminación se manifiesta que “parece que el mismo debería ser interpretado sin distinciones de tal manera que tanto podría cometerse el delito con la intención de discriminar a hombres como a mujeres, bastando, como señala Cuerda Arnau, que el sexo haya sido el motivo del hecho”³¹.

28 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 524.

29 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 509.

30 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 510.

31 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 511.



Sobre la orientación sexual “es evidente que con esta expresión ha querido referirse el legislador a los supuestos de heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad, de tal manera que el móvil del comportamiento delictivo pueda encontrarse en la discriminación o desprecio hacia la víctima en función de su concreta opción sexual”³².

Algunos otros autores han presentado el supuesto discriminatorio de esta circunstancia agravante genérica con una naturaleza subjetiva. Así, se dijo que “naturalmente, no basta para apreciar la circunstancia agravante que estamos estudiando con que la víctima del delito pertenezca a una determinada raza, sexo, ideología, etc. Es preciso, además, que el autor del ilícito penal haya delinquido por motivos discriminatorios, es decir, precisamente en atención a las circunstancias de la víctima que hemos abordado con más detalle en el epígrafe anterior o, con independencia de la persona sobre la cual recaiga el delito, por motivos racistas”³³.

Así se señala en cuanto a la discriminación “que cuando el móvil discriminatorio converja con cualesquiera otro, el aplicador del derecho deberá

preguntarse si prescindiendo del móvil racista el delito se habría cometido o si, por el contrario, desaparecido ese móvil en el comportamiento del autor, el ilícito penal no habría llegado a producirse”³⁴.

En el derecho penal internacional, esta agravante también ha sido recogida en dos instrumentos, como son las Reglas de Procedimiento y Prueba, específicamente la regla 145.2.b).v, y el Estatuto Penal de Roma art. 21.3., y se considera como conclusión que “se aplicará esta agravante al que cometa el crimen por cualquier motivo que entrañe discriminación por razón de género, edad, raza, color, idioma, religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”³⁵.

También se precisan algunos aspectos en la aplicación de esta circunstancia agravante genérica de derecho penal internacional, señalándose que “esta agravante no se aplicará a otros supuestos discriminatorios distintos de los señalados, sin perjuicio de que, como veremos inmediatamente, en ese caso, se pueda apreciar como agravante analógica”. Así Ollé Sessé ejemplifica lo que aconteció

32 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 512.

33 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 513.

34 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 514.

35 Manuel Ollé Sessé, “Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes”, en *Derecho penal internacional*, ed. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, 2.ª ed. (Madrid: Dykinson, 2019), 328. En la doctrina nacional, el profesor Prado Saldarriaga resalta que estos móviles son frecuentes en algunos delitos como los crímenes de odio y los delitos contra la humanidad. Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 217-218.

en el caso Katanga y en el caso Mahdi, donde respecto del primero “no se estimó esta agravante porque la dimensión discriminatoria del ataque fue un factor en el que se basó la CPI para determinar la gravedad de los hechos”, y respecto del segundo “tampoco se apreció porque la naturaleza del ataque religioso también la tuvo presente el tribunal para valorar la gravedad de los hechos”³⁶.

Finalmente, se señala que “aquellos delitos que ya contienen un móvil discriminatorio en su definición, como por ejemplo el crimen contra la humanidad de persecución, pues de lo contrario se incurriría en un *bis in idem*”³⁷.

3. Por los medios empleados

3.1. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común (art. 46, num. 2, lit. e) del Código Penal de 1991)

Esta circunstancia agravante ordinaria se refiere a un supuesto compuesto, de un lado al medio empleado³⁸ por parte del sujeto activo, y de otro, que del uso de dicho medio empleado se produzca un posible resultado que provoque un peligro común a la comunidad, así por ejemplo aquellos sujetos activos que para cometer un delito de hurto utilizan explosivos, granadas de guerra, etc.

3.2. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento (art. 46, num. 2, lit. f del Código Penal de 1991)

Este supuesto contiene también otra circunstancia agravante genérica, la misma que se sustenta en el criterio del medio empleado, ya que la realización de la conducta penalmente relevante por parte del sujeto activo requiere del ocultamiento para lograr la comisión del delito.

En este supuesto, el sujeto pasivo realiza el delito mediante el ocultamiento de su persona durante toda la ejecución, lo cual incluye las fases del *iter criminis*. Este ocultamiento se da durante la realización del delito, siendo el medio indispensable para permitirle o facilitarle el delito. En este sentido, es interesante la precisión realizada por Prado Saldarriaga, al señalar basado en la doctrina española, el disfraz³⁹.

3.3. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable (art. 46, num. 2, lit. j del Código Penal de 1991)

Esta circunstancia agravante genérica se justifica en función a la utilización de una persona considerada inimputable para la realización del delito, el mismo que puede participar en cualquier fase externa del *iter criminis*, especialmente

36 Ollé Sesé, “Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes”, 328.

37 Ollé Sesé, “Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes”, 328.

38 En este sentido, Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 219.

39 Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 220.

40 Velázquez Velázquez, *Derecho penal*, 1123.



desde la tentativa hasta la consumación, aunque para ello es claro que el o los sujetos activos han tenido que considerarlo desde la etapa de la planificación e incluso en los actos preparatorios, a fin de prepararlo para su participación en la ejecución del delito. Así, la justificación radica en la mediatización que hace el sujeto activo de la persona humana al valerse de la misma para realizar un delito; en este sentido, en la doctrina colombiana, Velásquez crimines señaló “la utilización de ‘inimputables’ como medio comisivo de la infracción”⁴⁰.

Algunos autores han preferido justificar esta agravante a partir de la fórmula de la autoría mediata, que creo que no es incompatible como un criterio adicional de justificación. En este sentido, Prado Saldarriaga, quien además especifica el actuar del sujeto activo como un *modus operandi*, “lo que determina el mayor desvalor en la conducta del agente y su aumento de punibilidad”⁴¹.

Sin embargo, es necesario establecer la delimitación de lo que implica la inimputabilidad, dado lo extenso de su contenido, por ello estamos de acuerdo con lo propuesto por Fernando Velásquez cuando señaló: “Se puede constatar que el legislador ha incurrido en una protuberante falla técnica al utilizar una locución que solo puede

definirse por el funcionario judicial en sede de la culpabilidad, una vez que emita el correspondiente juicio de carácter psíquico-normativo, resultante de la confluencia de valoraciones de tipo psiquiátrico-psicológico-jurídicas”. Así las cosas, el sujeto activo de la conducta criminal tendría que ponerse en el lugar del juzgador para hacer dicho discernimiento, como si no fuera tarea del juez la determinación de la capacidad de culpabilidad o no del sujeto. Lo acertado, para evitar semejante yerro, hubiera sido decir: “El que se valga de un trastornado mental, de un inmaduro psicológico o de un menor de 18 años”, lo que impediría la identificación del fenómeno de la imputabilidad con la causa que lo genera; o una expresión parecida a la utilizada por el Código Penal de 1936, cuando hablaba de “la actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos de mente”⁴².

Así entonces, es necesario relevar la causa de la inimputabilidad, que es la razón por la cual el sujeto activo requiere para la ejecución del delito; para ello se tendrá que acreditar durante el proceso penal caso por caso.

Sobre la concurrencia entre esta circunstancia agravante genérica y la circunstancia agravante cualificada regulada en el art. 46-D, es relevante

41 Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 225.

42 Fernando Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, en *Determinación judicial de la pena* (Lima: Instituto Pacífico, 2015), 146.

la contradicción que señala Prado Saldarriaga al expresarnos su propuesta de *lege ferenda* al expresar dos opciones: “La primera, concretar la aplicación de la agravante cualificada para determinados delitos, como ocurre en el caso del artículo 46-A en relación a los que son ordenados o ejecutados desde el interior de un centro penal o desde fuera de país; y, la segunda, derogar el literal j del artículo 46”⁴³.

Finalmente, creo que podría actuar de forma complementaria, considerando que la regla del artículo 46-D es más descriptiva y específica que la circunstancia agravante genérica del literal j del numeral 2 del artículo 46, hasta que se dilucide la contienda, en uno u otro sentido.

3.4. Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva (art. 46, num. 2 lit. m)

El criterio de justificación de esta circunstancia agravante genérica ordinaria es la sanción por el medio empleado, con una fórmula mixta, por un lado, especificando los medios empleados, y por otro lado una fórmula genérica “u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva”.

Algunos autores han considerado esta circunstancia agravante genérica ordinaria como una mera repetición de la agravante regulada en el literal e) de este mismo articulado que agrava la pena, cuando para la ejecución del delito se emplean medios que pueden crear peligro común. Así, en la doctrina colombiana se señaló: “Esta causal, que toca con los medios empleados para la comisión de la conducta punible, que son innegables componentes típicos, gobernados por un mayor desvalor de acción que torna más grave el injusto, es una innecesaria repetición de la circunstancia prevista —de forma más general— en el num. 4 [art. 58 del C. P. de Colombia], en examen cuando se refiere a la ejecución de la conducta punible a través de “medios de cuyo uso pueda resultar peligro común”⁴⁴.

No se asume esta postura, ya que el empleo de armas, explosivos o venenos o cualquier instrumento de similar eficacia, no ocasionan en todos los casos peligro común, especialmente cuando para la ejecución del delito se ha empleado veneno, ya que esta sustancia que pueden ser fácilmente individualizada y ser dirigida a una sola persona o a un grupo reducido de personas, sin exponerlos a un peligro común.

Creo que es importante resaltar que en este caso lo relevante no radica en el

43 Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 226-227.

44 Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, 149.



medio empleado solamente, sino en la ventaja que logra el sujeto activo para vencer la resistencia del sujeto pasivo lo más rápidamente al utilizar dicho medio, aunque si se expusiere a las personas a un peligro común e incluso produjere daños al sujeto pasivo y/o a la comunidad se aplicaría la circunstancia regulada en el literal e), segundo párrafo del artículo 46 del Código Penal de 1991, posibilitándose el concurso del delito inicialmente cometido con otros delitos diferentes por el peligro o el resultado producido.

4. Abusando de una posición

4.1. *Ejecutar la conducta punible con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe (art. 46, num. 2, lit. f del Código Penal de 1991)*

Aquí se plantea una relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo (o víctima), relación que se fundamenta en el abuso de la condición de superioridad por parte del sujeto activo con el sujeto pasivo o víctima, superioridad que se debe entender en sentido amplio que va desde el aspecto físico, psicológico, etc. Esta superioridad debe estar presente al momento de la comisión del delito, pues se contemplan casos de la condición de superioridad transitoria como permanente, precisándose que esta superioridad no debe contemplar abuso de cargo,

posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función. Entonces nos encontramos ante una circunstancia agravante genérica subsidiaria, pues se presenta en defecto de los literales h) y n) del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal de 1991.

Para algunos, este supuesto contempla la vulnerabilidad de la víctima y por ende no tendría sentido haber regulado el literal n), del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal de 1991, aunque en realidad de lo que se trata es del abuso del poder que puede tener el sujeto activo sobre la víctima; en cambio, cuando se trata de aprovecharse de la vulnerabilidad de la víctima se aplicaría el literal n) del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal de 1991.

En la doctrina se discute también el abuso de superioridad, pues a diferencia del literal h) en esta circunstancia agravante se resalta la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, en cambio en el literal h) se resalta la posición del sujeto activo que puede no suponer una relación especial con el sujeto pasivo.

La condición de superioridad del sujeto pasivo se refleja en las relaciones domésticas, relaciones de cohabitación, las relaciones de hospitalidad, relaciones laborales, entre otras semejantes.

En la doctrina italiana se consideró que "la relación doméstica se tiene entre los pertenecientes a un único núcleo familiar, aunque no estén ligados por vínculos de parentesco y no hubiere

cohabitación (ej. colaboradora doméstica)⁴⁵.

Otra manifestación de la condición de superioridad “se tiene una relación de cohabitación, cuando más personas disfrutan del mismo espacio habitacional con una cierta continuidad (casa privada, pero también un convento, una escuela, un hospital, una cárcel, un barco, un dormitorio público)”⁴⁶.

También constituye una relación de superioridad en la legislación italiana si “se tiene una relación de hospitalidad, cuando hay una convivencia, momentánea u ocasional entre el agente y otros sujetos, en el cual reside y en cuyo domicilio (ej.: casa, estudio, ambulatorio, auto, nave) puede lícitamente permanecer”⁴⁷.

Otra relación de superioridad suele postularse a partir de la relación de oficio, la cual “es aquella, aunque temporánea o de hecho, que nace entre los sujetos que desarrollan un oficio público o privado en el mismo lugar o, en todo caso, en la misma comunidad de trabajo o entre la persona que desarrolla el oficio y quien frecuenta el oficio mismo”⁴⁸.

El aprovechamiento de las circunstancias por parte del sujeto activo del

delito se plasma en la disminución de la defensa del sujeto. “Ello requiere el conocimiento de la condición favorable y la voluntad de aventajarse. La así llamada minorada defensa puede ser debida a circunstancias de tiempo (ej.: pública calamidad con los fenómenos de depredación); de lugar (ej.: aislamiento del lugar del hecho ilícito; ausencia de los habitantes del edificio por vacaciones); o bien de persona (ej.; enfermedad, deficiencia psíquica de la víctima)”⁴⁹.

En la doctrina española por abuso de superioridad se ha señalado “en cambio, el aprovechamiento de situaciones ya dadas por las que la víctima tiene menores posibilidades de defenderse es reconducible al abuso de superioridad y al aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas”⁵⁰.

A veces, en la doctrina y el derecho comparado se plantean distinciones. “Entre la interposición de medios alevosos y el aprovechamiento de situaciones de inferioridad de la víctima es importante porque en ocasiones se ha confundido el ámbito de aplicación de unas y otras. Así, la jurisprudencia ha estimado frecuentemente que la muerte de un niño siempre es alevosa (calificán-

45 Mantovani, *Los principios del derecho penal*, 356.

46 Mantovani, *Los principios del derecho penal*, 356.

47 Mantovani, *Los principios del derecho penal*, 356.

48 Mantovani, *Los principios del derecho penal*, 356.

49 Mantovani, *Los principios del derecho penal*, 354.

50 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 523.



dola, por tanto, como asesinato, art. 139 CP), cuando en realidad, si solo existe la inferioridad propia de la edad —sin interposición de medios alevosos—, debe acudir a la circunstancia de abuso de superioridad”⁵¹.

El caso de “abuso de superioridad supone la existencia de una especie de desequilibrio o desproporción entre las fuerzas del agresor y las del agredido, que ha de concurrir al tiempo de cometerse el delito, teniendo que aprovecharse el primero de la situación de inferioridad del segundo, limitando con ello las posibilidades de defensa del ofendido”⁵².

Otro de los supuestos en torno al “primer elemento objetivo que vendrá representado por la existencia de una situación desigual o de desequilibrio en favor del agresor que habrá de dificultar la defensa que pudiera realizar el ofendido. Esa situación de desequilibrio o superioridad tanto puede provenir de factores personales como circunstanciales o externos. Así, por ejemplo, estaremos ante una situación de superioridad cuando un agresor corpulento enfrenta a un anciano debilitado por cualquier enfermedad o por el simple paso de los años; pero también cuando el agresor disponga, por ejemplo, de

armas contundentes frente a una víctima desarmada”⁵³.

A este elemento se le agrega un segundo de naturaleza subjetiva “que consiste en la necesidad para que pueda ser apreciada la circunstancia agravante de que el agresor sea consciente de aquella situación objetiva de superioridad y decida aprovecharla en su beneficio a fin de asegurar la ejecución disminuyendo las posibilidades de defensa del agredido. Para ello, tanto da que el agresor haya creado la situación de superioridad con ese fin (se haya provisto, por ejemplo, de un arma contundente) como que, existiendo el desequilibrio de fuerzas por razones ajenas a su voluntad (por ejemplo, distinta envergadura de agresor y agredido), resuelva aprovechar esa situación preexistente con los mismos fines”⁵⁴.

También se acredita la superioridad cuando hay “un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir —superioridad medial—, bien al hecho de que concurren una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y

51 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 523.

52 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 473.

53 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 473.

54 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 474.

el de mayor frecuencia en su aplicación —superioridad personal”⁵⁵.

4.2. Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función (art. 46, num. 2 lit. h del Código Penal de 1991)

Esta circunstancia agravante genérica ordinaria sanciona al sujeto activo por aprovecharse de su condición favorable frente al sujeto pasivo; es decir, el sujeto activo considerando el cargo que ostenta, la posición económica, la formación, el poder, el oficio, la profesión o la función, realiza el tipo penal⁵⁶.

Por ejemplo, aquel policía de resguardo con formación especializada o de élite, o fuerzas especiales, comete el delito de secuestro a un empresario, precisando que no concurren los supuestos de la circunstancia agravante específica regulada en el segundo párrafo del art. 152, ya que en este caso se sanciona el suministro de información, y tampoco concurren los supuestos regulados en el art. 152, primer párrafo, numeral 5 del CP de 1991, ya que si bien el caso se refiere a un sujeto pasivo secuestrado por sus actividades empresariales, la agravante genérica ordinaria enfatiza

que el agente o sujeto activo abusa de su formación.

En la doctrina italiana esta agravante requiere para su aplicación no solo la posesión del cargo, sino que se haya abusado de esta condición para la realización del delito: “abuso no de la mera calificación, sino de los poderes o la violación de los deberes a ella inherentes; este abuso debe ponerse en relación de medio a fin con respecto al hecho ilícito cometido, habiendo hecho posible o facilitado la ejecución”⁵⁷.

Para esta circunstancia en la doctrina española “se refiere expresamente al prevalimiento del carácter público, y no al abuso de función. Sobre ello insistieron ya con especial interés los comentaristas del siglo pasado. Así indicaba Groizard que el funcionario público puede delinquir de tres modos enteramente distintos: “O abusando del poder o cargo que ejerce en representación de la sociedad y que esta o sus delegados le han confiado; o como simple particular y sin tener en consideración las funciones o cargo que desempeña; o como particular también más prevaliéndose de las funciones o carácter público que ejerce”⁵⁸.

55 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 475.

56 Prado Saldarriaga señala el elemento *modus operandi*. Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 223. Afirma que “el abuso tiene un sentido más funcional que físico”. Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 224.

57 Mantovani, *Los principios del derecho penal*, 355.

58 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 672.



La legislación española abarca más supuestos que la regulación peruana, pues el prevalimiento por la función abarca el abuso de función, regulado en el artículo 46, literal h del segundo párrafo del Código Penal de 1991: “En este sentido, declaró la sentencia de 29 octubre 1956 que la característica propia de la agravante que comentamos es actuar ‘prevaliéndose del carácter, pero no la función, aprovechando la cualidad de funcionario, pero no dentro de su actividad o función’. Ello no quiere decir naturalmente que, a la inversa, todo abuso de función no presuponga un prevalimiento del carácter público. Precisamente porque lo presupone la agravante genérica décima del artículo 10 es incompatible, como veremos en su oportuno lugar, con todos los delitos que implican un abuso de la función o con la estimación de agravaciones específicas como la del artículo 403 estructuradas sobre el abuso del cargo. Lo que sucede es que, si bien todo abuso de función implica un prevalimiento del carácter, no todo prevalimiento del carácter entraña un abuso de función. Este último se caracteriza específicamente, en términos de la sentencia de 29 octubre 1956, porque el sujeto “intercala el delito entre las mallas legales de sus funciones”, mientras que la agravante décima se refiere a aquellos prevalimientos que tienen lugar

fuera ‘de la actividad o función pública que desarrolla el sujeto’”⁵⁹.

Según la doctrina, la agravante genérica se justifica señalándose que “lo que agrava no es la condición personal del autor por sí mismo, sino que quien ostente carácter público, aproveche las mayores facilidades que este le confiere para la ejecución del delito. Lo que origina la agravación no es simplemente que el sujeto tenga, sino que se prevalega del carácter público. Conforme indicó la sentencia de 5 marzo 1964, prevaleerse “significa en su sentido usual y léxico valerse de una ventaja o superioridad”. En este caso concreto, utilizar las ventajas que el carácter público ofrece “para ejecutar el delito con menor riesgo o más fácilmente”⁶⁰.

Más recientemente, en torno a la circunstancia agravante genérica del abuso de cargo, señaló Terradillos citando a Pacheco que: “Los empleados públicos pueden delinquir como tales, abusando del poder que la sociedad les ha confiado y pueden delinquir como simples individuos en aquello que no tiene relación con sus atribuciones’, para añadir que en el primer caso se da lugar a delitos especiales; mientras que en el segundo ‘el carácter de empleado puede entrar por algo y agravar la culpabilidad y la penalidad’, y ejemplifica: ‘Al juez que seduce a una mujer casada no

59 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 672.

60 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 674.

impondríamos solo por ser juez, mayor pena que prevaleció de aquella cualidad, si empleó el ascendiente, el influjo, el prestigio que ella le daba, como medio para llevar a cabo su propósito”⁶¹.

La jurisprudencia española por su parte tuvo también su aporte, pues desde el año 1999 ya la Sala analizaba la circunstancia agravante dividiéndola en un elemento objetivo y subjetivo: “Así, la STS de 30 de septiembre de 1999, con expresa cita de otras precedentes, pone de relieve lo anterior, aduciendo que ‘las resoluciones más recientes exigen que el delincuente haya convenientemente los medios disponibles, representándose un *modus operandi* en el que quede totalmente suprimido cualquier riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, de tal forma que, para la estimación de la referida agravante, es menester apreciar, al lado de la antijuricidad —elemento objetivo— el correspondiente plus de culpabilidad —elemento subjetivo—’. Es la asunción de la naturaleza mixta de la agravante, cuyo fundamento se encuentra tanto en el incremento del injusto o mayor desvalor de la acción, como en el de la culpabilidad”^{62 63}.

Además, se precisa que “el fundamento de la agravante que comenta-

mos es similar al de las circunstancias de abuso de superioridad y abuso de confianza, con las que, según hemos indicado al principio, se encuentra estrechamente emparentada. En última instancia, radica en la mayor reprochabilidad que entraña emplear el carácter público para cometer con más facilidad el delito, disminuyendo la posible defensa de la víctima y faltando a la confianza pública que la atribución de tal carácter supone”⁶⁴.

5. Por el criterio de los elementos circunstanciales

5.1. *Aprovechando las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe (art. 46, num. 2, lit. f del Código Penal de 1991)*

El literal f del numeral 2 del Código Penal contiene varias circunstancias agravantes genéricas, reguladas así sea por tradición o por error, y dichas agravantes están basadas en distintos criterios, por lo cual compete aquí solo analizar las agravantes que se basen en los elementos circunstanciales, de los cuales se distinguen dos casos.

El primero es la ejecución de la conducta punible por parte del sujeto

61 Juan María Terradillos Basoco, “Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada en la responsabilidad criminal”, en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, ed. Del Río Fernández (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995), 76-77.

62 José Manuel Maza Martín, *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal. Eximentes, atenuantes, agravantes y circunstancia mixta de parentesco* (Madrid: La Ley, 2007), 441.

63 STS de 13 de marzo de 2000.

64 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 676.



activo, el cual se aprovecha de las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido, así se tiene como ejemplo: la noche para el tiempo, el engaño con el modo y el desierto para el lugar.

El segundo se refiere a la ejecución de la conducta punible por parte del sujeto activo, el cual se aprovecha de las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la identificación del autor o partícipe, así se tienen como ejemplos: la noche para el tiempo, el engaño con el modo y el desierto para el lugar o la cordillera o una zona remota de la selva.

Así pues, la ubicación sistemática de esta agravante implica su pertenencia al “injusto, en la medida que el agente se aprovecha de estas (tiempo, lugar, modo y ocasión) para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, en los delitos de hurto y robo, se considera agravante que el delito se ejecute con ‘ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular de agraviado’”⁶⁵.

1.º) Sobre el supuesto del tiempo hay que precisar que hoy en día el elemento tiempo⁶⁶ no solo está orientado al día y a la noche, sino también al tiempo cronológico o tiempo reloj, pues hay horas más propicias para la realización de los delitos, como son las horas de la mañana, momento en el cual las personas abandonan sus casas para ir al mercado, o las horas en que las personas están atascadas en el tráfico, sobre todo cuando regresan de trabajar o estudiar⁶⁷.

En torno al presupuesto de tiempo y su distinción con el lugar, la doctrina establece que “la diferencia con la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias del lugar radicaría, naturalmente, en el elemento objetivo (que en este caso no hace referencia a condicionamientos locales o de situación, sino a elementos temporales), compartiendo ambas circunstancias agravantes el mismo fundamento que, necesariamente, pasa por la reducción de las posibilidades defensivas de la víctima

65 Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal*, 332.

66 El desaparecido maestro colombiano Reyes Echandía señaló sobre el tiempo: “Se refiere al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado”. Alfonso Reyes Echandía, *Tipicidad*, 5.ª ed. (Bogotá: Themis, 1989), 66.

67 En la doctrina, Puente Segura expresa un punto acerca del momento en que debe concurrir la temporalidad: “Deberá entenderse esencialmente al fundamento de la circunstancia agravante al que ya tantas veces se ha aludido para comprobar si las circunstancias temporales concurrentes en el momento de cometer el delito facilitaron la ejecución o la impunidad del mismo y, en caso afirmativo, aplicación de la circunstancia agravante con respecto a los delitos que, por ejemplo, se cometerían en el marco de una huelga general o de policías”, Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 484.

y por la tendencia al aseguramiento de la impunidad del delito”⁶⁸.

2.º) Sobre el supuesto de los modos o modalidades⁶⁹, que son los mecanismos utilizados por los delincuentes para realizar el delito, se perfecciona y evoluciona en forma constante y permanente, pues el *modus operandi* de la delincuencia se reinventa cada cierto tiempo; por ejemplo, con el incremento de las motocicletas en todo el país, ahora hay delitos que se realizan solo con la utilización de dichos vehículos, antes con las mototaxis o motocars, para lo cual se cubren con el casco y ahora hasta con las mascarillas —a propósito del COVID-19—, y en algunos casos incluso se han utilizado bicicletas, etc.

Las modalidades van a depender de ciertas habilidades y destrezas de las que se valen los delincuentes para sorprender a las víctimas a la hora de realizar el delito, de allí que dependan mucho de los medios empleados a los que recurren; por ello hay modalidades que van desapareciendo o siendo reemplazadas

por otras, utilizando medios caseros, tecnología, informática, conocimientos técnicos. Un claro ejemplo son las modalidades por las cuales se busca pasar la droga por el aeropuerto, o las que se utilizan para estafar a través del internet, a propósito del COVID-19.

3.º) Sobre el supuesto del lugar⁷⁰ de la comisión del delito, es claro que se trata del espacio en el que se desea cometer los delitos. Por ejemplo, un lugar muy concurrido es clave para las estafas, como fue el mercado informal de las recargas de tinta para las impresoras, pues como los comercios formales no podían abrir se tuvo que recurrir a los informales y, con las urgencias que ameritaban los cuidados por el COVID-19, los vendedores inescrupulosos vendieron productos adulterados o falsificados, o combinaban los frascos de cartucho con la tinta adulterada, es el caso de las impresoras a tinta que requieren de cuatro cartuchos de colores diferentes para recargar, rojo, amarillo, azul y negro, de los cuales te daban dos cartuchos con tinta originales y dos con tinta adulterada.

68 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 484.

69 En este trabajo recurrimos al desaparecido maestro colombiano Reyes Echandía, quien describió las circunstancias de modo de la siguiente forma: “La descripción modal de la conducta se refiere a la manera como el autor debe realizarla y, más concretamente, a los *instrumentos utilizados* para lograr su cometido. Así, los padrinos de un duelo solo serán sancionados cuando utilicen en contra de los combatientes “cualquier medio desleal, como la alevosía, la insidia u otros”. Reyes Echandía, *Tipicidad*, 64.

70 Reyes Echandía sobre el término lugar recurriendo a la doctrina italiana citó a Grispiñi: “No debe tomarse aquí en sentido filosófico, sino empírico; él se concreta al lugar, específicamente señalado en el tipo donde la conducta debe desarrollarse; por eso nada tiene que ver con este momento circunstancial el fenómeno del *locus commissi delicti*, predicable de la eficacia espacial de las leyes penales”. Reyes Echandía, *Tipicidad*, 64-65.



En lo que respecta al término lugar, “Quintero Olivares considera que esta circunstancia agravante comparte, en cierta medida, fundamento, función y crítica con el abuso de superioridad. Por eso, las circunstancias de lugar favorecedoras de la comisión del delito y/o reductores de la imposibilidad defensiva procedente de la víctima o de terceros han de ser buscadas para lograrla ‘aprovechando las circunstancias de lugar’. El autor últimamente citado, partiendo de la similitud que aprecia entre la agravante que ahora estudiamos y el abuso de superioridad, considera que en todos los delitos en que la víctima no sea una persona física que esté soportando directamente el mal (delitos contra las personas, la libertad, la libertad sexual) no cabe plantear la aplicabilidad de la circunstancia de agravación, como tampoco podría tener cabida en aquellos delitos que, por su propia configuración típica, han de ser cometidos por un grupo de personas”⁷¹.

Respecto a las exigencias de elementos objetivos y subjetivos, compartimos la conclusión de Puente: “Para que pueda apreciarse esta circunstancia agravante será necesario, en primer lugar, la existencia de un elemento objetivo representado por el concurso de circunstancias de lugar que contribuyan a disminuir las posibilidades de defensa

de la víctima o de terceros o que faciliten la impunidad del hecho delictivo. En segundo lugar, será también preciso el concurso de un elemento subjetivo consistente en la necesidad de que el sujeto responsable aproveche o provoque la existencia de las referidas circunstancias de lugar; y, finalmente, será ineludible también el concurso de un elemento temporal que se expresaría en el hecho de que el aprovechamiento de las referidas circunstancias haya de producirse el tiempo de cometer el hecho delictivo”⁷².

A veces se prefieren los lugares inhóspitos, lejanos, oscuros, los locales bancarios, comerciales o cualquier ambiente físico, pero también hay que incorporar a los lugares o espacios virtuales, muy propicios también para la delincuencia, una por ejemplo que se ha dado en diversas partes del mundo ha sido las compras cotidianas por internet respecto a las estafas, etc., todo dependerá del tipo de delito que se quiera realizar.

5.2. Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional (art. 46, num. 2 lit. k del Código Penal de 1991)

La fuente de esta circunstancia agravante se encuentra en el derecho

71 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 479.

72 Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, 480.

penal colombiano, art. 58 numeral 13 del Código Penal, con la precisión que se sanciona el criterio del lugar de comisión desde donde se comete el delito, así se presentan dos supuestos distintos, por un lado, se trata de sancionar a aquel procesado o condenado que estando privado de la libertad en cualquier centro de reclusión dirige o comete total o parcialmente la conducta punible, consumada o tentada, e incluso los actos preparatorios punibles.

Por otro lado, se trata de sancionar a aquel procesado o condenado que estando fuera del territorio nacional, dirige o comete total o parcialmente la conducta punible, consumada o tentada, e incluso los actos preparatorios punibles.

Así, en la doctrina colombiana se señala: “Desde luego, a poco mirar, lo que ‘agrava’ la conducta punible es el lugar de comisión de la misma o el lugar desde donde se dirige su ejecución, con lo que se cobija no solo a los autores directos o indirectos —que pese a su condición de privados de la libertad delinquen desde el interior de los centros de reclusión—, sino a los determinados (instigadores o inductores), que desde esos sitios ‘dirigen’ las conductas punibles en su calidad de privados de la libertad”⁷³.

Aunque también hay que contemplar el caso de la comisión del delito de un procesado o condenado en un

lugar de reclusión en el extranjero, así se sanciona esta conducta indistintamente señalando que se encuentra en un país extranjero, partiendo del criterio efectista probatorio, ya que comprobar si está o no el sujeto activo internado, como procesado o condenado en otro país resultaría mucho más complejo.

6. Por el resultado producido o por consecuencias adicionales

6.1. *Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito (art. 46, num. 2, lit. g del Código Penal de 1991)*

Para esta circunstancia agravante genérica ordinaria “la distinción entre la esfera de uno y otro precepto se deberá derivar de la consideración de que la agravante debe ser estimada en todos aquellos supuestos en los que el mal del hecho típico respectivo ha sido notablemente incrementado dentro del marco mismo del tipo, sin originar por ello la concurrencia de una segunda infracción. El que un tal relevante aumento solo puede darse en determinadas figuras legales resulta, a nuestro juicio, obvio, en virtud de las consideraciones hechas más arriba”⁷⁴.

También se justifica su fundamento en cuanto que el “aumento del mal del delito ha de producirse en virtud de la

73 Fernando Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, en *Determinación judicial de la pena* (Lima: Instituto Pacífico, 2015), 148.

74 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 582.



causación de males innecesarios. Esta última característica concurrirá en cuanto los daños ocasionados merezcan *ex ante*, y en sentido relativo, la cualidad de superfluos. La innecesaridad se dará, pues, siempre que, al retrotraerse el juzgado al momento de la realización de la conducta, el mal concretamente producido sea estimado como superfluo. No otra puede ser, en efecto, la determinación de dicha exigencia. Obsérvese que, si el hecho fuera apreciado en virtud de un examen *a posteriori*, casi siempre cabría considerar que, en términos absolutos, alguno de los males causados era innecesario⁷⁵.

Así mismo se afirma que “dado el contenido psicológico que el requisito de la deliberación encierra, el agente deberá ser consciente de la innecesaridad de los males causados para la ejecución del delito. La práctica por el agente de los actos de crueldad o sevicias solo podrá motivar la estimación de la presente circunstancia, si el sujeto se representó, al tiempo de la realización de los mismos, el carácter superfluo de tales actos para el correspondiente delito⁷⁶”.

Esta circunstancia agravante genérica ordinaria procura resaltar las consecuencias de la acción penalmente relevante, pues si bien es cierto que todo delito genera desde la perspectiva de la acción penal, sus propias consecuencias,

en algunos casos, estas pueden tener un resultado mucho más gravoso que el necesario para la realización del tipo penal; así, por ejemplo, es el caso de aquel que pretende hurtar un automóvil y al final termina destruyendo dicho vehículo.

Se podría abarcar en este estudio lo que en la doctrina española se ha venido regulando como la circunstancia agravante de ensañamiento.

Sobre las consecuencias que se derivan del delito, esto ha sido regulado por diversas legislaciones en diferentes países; sin embargo, la forma en que ha sido regulada aquí en nuestro país es muy particular.

Se caracteriza por: 1) que las consecuencias que aumentan la nocividad de la conducta punible sean queridas por el autor o que las haya podido prever y 2) que no se sancionan en sí las consecuencias más graves de la conducta punible, sino que el autor haya realizado durante la consumación actos que logren hacer las consecuencias más graves.

En España, en cambio, se ha regulado la figura de las consecuencias extra típicas del delito, la cual no toma en cuenta el conocimiento que posee el autor sobre las consecuencias del hecho delictivo: “En razón de lo anterior, una vez establecido el criterio a partir del cual se excluyen las consecuencias

75 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 582.

76 Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 583.

derivas del delito, resultará irrelevante que respecto de ellas —aquellas que no constituyen resultado típico— el sujeto activo haya obrado con dolo o imprudencia; esto es, en concreto, que las haya querido, previsto con certeza o solo como una posibilidad, o ni siquiera se las haya representado; pues se tratará de consecuencias siempre ajenas al juicio sobre la valoración del hecho⁷⁷, ni que provenga de actos realizados durante la consumación del delito, ya que pueden ser consecuencias del delito pero no se encuentran contempladas dentro del tipo legal. “Bajo esta expresión puede ser integrada como criterio de ponderación del desvalor de resultado la consideración de aquellas consecuencias derivadas del delito que no se encuentran contempladas dentro del tipo legal, esto es, que no forman parte del resultado típico⁷⁸”.

Ya en nuestro Informe SIN/SIN 2015 titulado: *Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en la determinación judicial de la pena privativa de libertad en el Perú en el año 2014*, siguiendo la posición de Córdoba⁷⁹, se consideró que este mal que es

consecuencia del hecho típico debía ser incrementado dentro del marco mismo del tipo.

6.2. Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales (art. 46, num. 2, lit. I del Código Penal de 1991)

El criterio que justifica la sanción de esta circunstancia agravante genérica radica no solo en el lugar en donde se cometió el delito, sino también por los efectos de daño grave o irreversible que se producen en los ecosistemas naturales ubicados en dicho lugar.

El antecedente de esta agravante se encuentra en el Código penal de Colombia, en el art. 58 numeral 14.

La doctrina colombiana señala en torno al ecosistema que “se entiende una comunidad de plantas y de animales que interactúan los unos con los otros y con su medio ambiente físico; sin echar de menos componentes físicos y químicos, como los suelos, el agua y los nutrientes que dan soporte a los organismos que viven entre ellos. Estos organismos

77 Martín Besio Hernández, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 391.

78 Besio Hernández, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 391.

79 “La distinción entre la esfera de uno y otro precepto se deberá derivar de la consideración de que la agravante debe ser estimada en todos aquellos supuestos en los que el mal del hecho típico respectivo ha sido notablemente incrementado dentro del marco mismo del tipo, sin originar por ello la concurrencia de una segunda infracción. El que un tal relevante aumento solo puede darse en determinadas figuras legales, resulta, a nuestro juicio, obvio, en virtud de las consideraciones hechas más arriba”. Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, 582.



pueden ser desde plantas y animales grandes hasta bacterias microscópicas, e incluyen las interacciones entre todos los organismos en su hábitat particular”⁸⁰.

Así mismo, por daño grave se debe comprender que “para que se produzca un daño grave —esto es de entidad— y/o una modificación irreversible —definitiva— de un ecosistema natural es necesario que el autor, al realizar la conducta punible, lleve a cabo actividades que causen alteraciones como las siguientes: la escorrentía de pesticidas, fertilizantes y productos de desecho animal; la contaminación de los recursos del suelo, el agua y el aire; la introducción de especies exóticas; la sobrepesca; la destrucción de los humedales; la erosión de los suelos; la deforestación; y, para culminar, la expansión urbana descontrolada, entre muchas otras”⁸¹.

Además, en la doctrina colombiana se señala que lo relevante para la aplicación de esta circunstancia agravante no es la conducta ejecutada por el autor, sino que esta conducta efectivamente haya producido un daño grave a los ecosistemas naturales: “Lo anterior significa, entonces, que debe haber una relación de causalidad entre la realización de la conducta punible y el daño o la modificación que se produzca en los ecosistemas naturales. Por lo demás,

debe advertirse, que se trata de una causal llamada a operar muy poco, dado que tales figuras punibles no suelen, ni siquiera, ser objeto de persecución penal, lo que no deja de ser en extremo preocupante porque la Administración de Justicia solo parece preparada para perseguir otros comportamientos punibles, mas no aquellos que tocan con la supervivencia de la especie misma sobre el planeta”⁸².

7. Por la cantidad de sujetos activos

7.1. La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito (art. 46, num. 2, lit. i del Código Penal de 1991)

En Colombia, la circunstancia agravante genérica ordinaria de pluralidad de agentes ha sido denominada coparticipación criminal, en el artículo publicado por Fernando Velásquez Velásquez en el libro *Determinación judicial de la pena* junto con Prado Saldarriaga y otros en el año 2015. El maestro colombiano señala: “Por supuesto, lo que se persigue con su consagración es tornar más delicado el compromiso penal de quien cometa el hecho con la colaboración de otra u otros, pues se supone que mientras más sujetos penales se sumen a la empresa criminal, mayor será el menoscabo sufrido por el bien jurídico y, por ende, mayor la dificultad para la defensa del

80 Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, 148.

81 Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, 149.

82 Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, 149.

ofendido, lo que debe traducirse en un mayor grado de injusto y en una más grave cuantificación penal⁸³.

En la doctrina nacional algunos postularon la idea de entender la pluralidad de agentes como un caso de coautoría, de tal manera que cuando existían dos o más sujetos activos en la acción criminal, se tenía que acreditar el condominio funcional del hecho, de lo contrario no resultaba aplicable dicha circunstancia agravante genérica ordinaria, de esta opinión es Prado Saldarriaga⁸⁴.

Para la mayoría de la doctrina nacional bastaba la mera concurrencia de dos o más personas cualquiera que fuese su nivel de participación en el *iter criminis*, así muchas veces se ha interpretado esta circunstancia como de carácter puramente objetiva, transgrediéndose la prohibición contenida en el título preliminar de la responsabilidad penal objetiva. En este sentido, señala Velásquez Velásquez: “Desde luego, del tenor de la redacción legal se desprende que la expresión ‘coparticipación’ se emplea en un sentido amplio, esto es, como concurso de personas en la conducta punible, con lo que se alude tanto a la intervención de otro autor y/o de uno o varios partícipes en sentido estricto (determinadores o cómplices)”⁸⁵.

8. Por la condición de vulnerabilidad del sujeto pasivo

8.1. Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial (art. 46, num. 2, lit. n del Código Penal de 1991)

El legislador consideró establecer esta circunstancia agravante de la pena para aquellos casos en que el sujeto pasivo del delito, por sus particulares características personales (edad, situación personal, estado físico o mental) se encuentra en un estado de vulneración o indefensión generalmente frente al sujeto activo del delito. Así en la doctrina se señala que “se caracteriza por la situación de indefensión o inferioridad de la víctima. En estos casos, la lesión del bien jurídico se considera más grave porque se encuentra en una mayor indefensión y, por tanto, más necesitado de protección. A su vez, tal situación puede producirse porque el responsable interponga medios o formas de ejecución tendentes a asegurarla o bien porque se aproveche

83 Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, 144.

84 Prado Saldarriaga, *Consecuencias jurídicas del delito*, 225.

85 Velásquez Velásquez, “La determinación de la sanción penal”, 145.



de una situación de inferioridad ya existente en la víctima”⁸⁶.

Como se sabe, esta circunstancia agravante no fue considerada en la propuesta original de la reforma de la ley N.º 30076 (19 de agosto de 2013), sino que fue una iniciativa a partir de la delegación de facultades otorgadas por la Ley N.º 30336 (1 de julio de 2015) al Poder Ejecutivo que mediante el Decreto Legislativo N.º 1237 (26 de setiembre de 2015) incorporó por primera vez al ordenamiento jurídico nacional esta agravante.

En todo caso, la naturaleza de esta circunstancia agravante obedece a la condición de vulnerabilidad del sujeto pasivo, tanto del delito como de la acción por parte del autor, siendo esta la razón prioritaria que justifique la circunstancia agravante. Es importante precisar que, en términos generales, utilizar el término víctima es muy amplio o difuso, si lo vemos desde la perspectiva de la criminología, salvo que entendamos por víctima no solo al sujeto pasivo de la acción, sino también al sujeto pasivo

del delito, siendo esta la razón prioritaria que justifique la circunstancia agravante, y en algunos casos incluso se considera a la familia o a los que dependen del sujeto pasivo⁸⁷.

Sobre la vulnerabilidad se debe también precisar que el 23 de noviembre de 2015 se publicó la ley N.º 30364, aprobada por el Congreso de la República, por la cual en su primera disposición complementaria modificatoria se dispuso la modificación del artículo 45 del Código Penal, específicamente el numeral 3, precisándose a partir de esta reforma que “el juez al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta” sobre la víctima “la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”⁸⁸. Es necesario indicar que la situación de vulnerabilidad considerada en las Reglas de Brasil sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, es mucho más amplia en cuanto a los supuestos que regula, y de seguro constituirá una reforma de *lege ferenda* a fin de considerar otros supuestos tales

86 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 522.

87 Véase la sección 2.ª. Beneficiarios de las Reglas, 5. Victimización, apartado (10) de las Reglas de Brasil sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, de marzo de 2008, en Brasilia, que señala: “A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima, toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podría incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa”.

88 Esta noción de víctima también se encuentra regulada en las Reglas de Brasil sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, de marzo de 2008, considera en su apartado (13) y (14) migración y desplazamiento, (15) y (16) pobreza, (17) al (20) género, (21) pertenencia a minorías, (22) privación de la libertad.

como la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad entre otros. Así, en el caso de que no se pudiese establecer la concurrencia de ninguno de los supuestos regulados de esta circunstancia agravante genérica, el juez estará obligado a justificar dicha vulnerabilidad y a tomarla en cuenta en la determinación judicial de la pena de acuerdo a los alcances del art. 45 del Código Penal.

Otro caso a considerar a propósito de esta última reforma fue la incorporación de la circunstancia agravante cualificada del artículo 46-E del Código Penal, sumillada como circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco en la que establece como consecuencia jurídica el incremento de hasta un tercio de la pena por encima del máximo legal fijado para el delito, y si se tratase de la pena privativa de la libertad temporal siempre y cuando no exceda de treinta y cinco años, pues en este caso ya no se podrá incrementar dicha pena privativa de la libertad. En el caso de la pena indeterminada, esta circunstancia no se aplica.

Los supuestos de parentesco que regula esta agravante son “ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima”, y aunque todos estos supuestos están comprendidos en algunos de los supuestos del literal n) del artículo 46, segundo párrafo del Código Penal de 1991, lo cierto es que en esta lo relevante es la vulnerabilidad,

en cambio en la circunstancia del art. 46 E es el aprovechamiento que en virtud del parentesco con la víctima realiza el sujeto activo, aunque en el fondo también está presente la vulnerabilidad o el aprovechamiento de la confianza, de lo contrario se trataría de una circunstancia puramente objetiva donde es suficiente el parentesco. Adicionalmente, el literal n) que estamos tratando también se aplica a los supuestos de parentesco más allá de lo establecido por los supuestos del artículo 46 E, o cuando haya duda al respecto de dicho parentesco.

Los fundamentos que justifican y sustentan el caso de las personas con discapacidad en la que cobran relevancia los principios (regulados en el art. 4 de la ley N.º 29973), tales como la no discriminación de la persona con discapacidad, el respeto por la diferencia y la aceptación de la persona con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad, y el respeto a la evolución de las facultades del niño y la niña con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad y la interculturalidad.

III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN EMPIRICA

A continuación, se comparten los resultados de la investigación realizada sobre “Las circunstancias agravantes genéricas en el Código Penal de 1991 y su relación con el sistema de determinación judicial de la pena”.



1. Interpretación de datos⁸⁹

Los datos recolectados de un total de 31 sentencias condenatorias permiten apreciar en torno a la investigación postulada para el SIN/SIN 2016, intitulada "Las circunstancias agravantes genéricas en el Código Penal de 1991 y su relación con el sistema de la determinación judicial de la pena" los siguientes resultados:

1. Algunas de las sentencias aplican de forma incorrecta las circunstancias agravantes específicas, asignándoles efectos de graduación de la pena cuando su real efecto radica en delimitar el marco punitivo abstracto para el delito.
2. Otra deficiencia que se debe señalar en la aplicación de las circunstancias genéricas ordinarias es que el juzgador, en muchas de sus sentencias, menciona los artículos 45, 45-A, 46 de la Ley N.º 30076 como parte de la argumentación de la determinación de la pena, pero, al momento de determinar el marco penal concreto, no aplica el sistema de tercios.
3. Se debe diferenciar de aquellos casos en los que el juzgador no aplica la Ley 30076 por desconocimiento, sino que expresamente la declara inaplicable a hechos acontecidos antes de su promulgación por no tener efecto retroactivo, esto es, lo señalado por el juzgador en el Exp. N.º 643-2012 (28 de enero de 2014, fundamento décimo primero).
4. También encontramos aquellos casos en los cuales el juzgador confunde las circunstancias específicas con las circunstancias genéricas al momento de determinar la pena. De tal modo que emplea las circunstancias agravantes o atenuantes específicas para identificar el tercio dentro del cual deberá ser establecida la pena concreta. Este es el caso de la sentencia de 27 de agosto de 2013, emitida en el Exp. 01653-2013-Barranca (fundamento IV).
5. La mayoría de las sentencias que han sido objeto de nuestra investigación tienen como delito imputado el robo agravado, razón por la cual se ha observado que se limitan a señalar las circunstancias específicas del robo agravado (mano armada, pluralidad de agentes, ambiente nocturno, condición de la víctima) sin detenerse a analizar las circunstancias genéricas ordinarias. Lo que debemos preguntarnos es si efectivamente no concurrió ningún tipo de circunstancia genérica ordinaria o si para el juzgador le fue suficiente, para su argumentación, identificar las circunstancias específicas sin mo-

⁸⁹ Véanse los anexos 6 y 7 del Informe in extenso de estudio de investigación SIN/SIN 2016: Las circunstancias atenuantes genéricas en el Código Penal de 1991 y su relación con el sistema de la determinación judicial de la pena.

lestarse en analizar las genéricas. Este es el caso de la sentencia emitida en el Exp. N.º 510-2013 (3 de octubre de 2014, fundamento quinto), Exp. N.º 723-2012 (3 de abril de 2014, fundamento cuarto).

6. Otra ha sido la posición del juzgador en algunos de los distritos judiciales del interior del país, a diferencia de las sentencias de Lima Sur, el juzgador efectivamente diferencia entre la aplicación de las circunstancias agravantes específicas y la aplicación de las agravantes genéricas al momento de determinar la pena. Pues, tal como observamos en el Exp. N.º 1024-2011-Santa (5 de marzo de 2014, fundamento quinto), el juzgador en un primer momento determina el delito imputado junto con las agravantes específicas, y una vez determinado el marco penal abstracto del delito pasa a analizar la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas para poder graduar la pena. En el mismo sentido, las siguientes sentencias: Exp. N.º 720-2014-Ica (12 de agosto de 2015, fundamento vigésimo sexto).
7. También es necesario señalar que el juzgador en las sentencias emitidas en los distritos del interior del país sí aplicó el sistema de tercios regulado por la Ley N.º 30076, señalando el tercio que le correspondía según la concurrencia o no concurrencia de las circunstancias atenuantes genéricas como las circunstancias agra-

vantes genéricas, en un momento posterior a que se haya determinado el tipo penal agravado que concurre en el caso en específico. Un ejemplo de ello son las siguientes sentencias: Exp. N.º 1694-2013-Barranca (6 de marzo de 2014, fundamento 10).

8. Otro elemento que podemos apreciar es que el juzgador ha diferenciado las agravantes genéricas ordinarias de las cualificadas y de las específicas, denominándolas como agravantes simples. Este es el caso de la sentencia emitida el 5 de marzo de 2014, en el Exp. N.º 1024-2011-Santa, fundamento VII. En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia del 17 de junio de 2014 en el Exp. N.º 1744-2011, fundamento VII.
9. Por otro lado, en las sentencias de Lima, se puede observar que el juzgador en un inicio distingue las circunstancias agravantes genéricas de las circunstancias agravantes específicas, pero que, al momento de graduar la pena, emplea indistintamente ambas agravantes para graduar la pena, cuando la legislación le asigna efectos distintos sobre la pena, este es el caso de la sentencia de 9 de junio de 2015, en el Exp. N.º 1309-2014 (fundamento 7.3).
10. En las sentencias de Lima en su mayoría del año 2014, vemos que el juzgador simplemente ha optado por no aplicar las modificatorias implementadas por la Ley N.º 30076, aplicando el Código Penal en su redacción original, sin establecer



circunstancias atenuantes ni circunstancias agravantes, sino aplicando las circunstancias de manera genérica al momento de determinar la pena. Como ejemplo tenemos la sentencia Exp. N.º 893-13 del 21 de julio de 2015 (fundamento quinto), sentencia del 10 de agosto de 2015, en el Exp. N.º 12180-2014 (fundamento 5), sentencia del 20 de agosto de 2015 en el Exp. N.º 17029-2013 (fundamento quinto).

11. En otro grupo de sentencias del distrito de Lima emitidas entre el año 2013 y el año 2014, el juzgador sí aplica las modificaciones de la Ley N.º 30076, estableciendo las circunstancias agravantes y atenuantes como elementos necesarios para determinar la pena; sin embargo, al momento de aplicar las circunstancias agravantes, simplemente omite toda mención, sin precisar si concurren o no concurren en el caso; este es el caso de la sentencia de 27 de setiembre de 2013, emitida en el Exp. N.º 14460-2005-Lima, fundamento VII. En otros casos menciona la Ley N.º 30076, pero no realiza la aplicación del art. 46 en torno a las circunstancias agravantes y atenuantes, como ejemplo tenemos la sentencia del 1 de julio de 2015, en el Exp. 25332-2013 (fundamento quinto).
12. De las sentencias analizadas, encontramos que en la sentencia del 28 de mayo de 2014 emitida en el Exp. N.º 00205-2013, el juzgador ha aplicado

la circunstancia agravante genérica ordinaria regulada en el literal g) del segundo numeral del artículo 46, que agrava la pena cuando el sujeto ha hecho más nocivas las consecuencias de la conducta punible. El juzgador consideró que se le aplica dicha agravante a aquel padre de familia que no reconoce el enorme perjuicio que causó a su menor hija al no proporcionarle sus alimentos, y que extiende este daño a través de los años, aumentando deliberadamente el daño causado por su delito.

13. En esta sentencia, el juzgador señala la aplicación del literal h del segundo párrafo del artículo 46. Al respecto es necesario señalar que esta atenuante genérica que agrava la pena al sujeto por la condición de poder que tiene sobre la víctima (era su padrastro) es aplicable al caso en tanto la circunstancia específica regulada en el artículo 173, tercer párrafo no lo fuera, ya que si bien agrava de forma similar la pena para aquel sujeto que posee una posición de autoridad sobre la víctima, solo es aplicable al numeral 2 del artículo 173 y no al numeral 1 que es el delito imputado en la presente sentencia por haber ocurrido los hechos cuando la menor contaba con menos de 10 años de edad, por lo que la agravante genérica es aplicable al caso. Otra conclusión que obtenemos de la sentencia es que el estado de vulnerabilidad no pudo ser tomado en cuenta como otra circunstancia agravante, aunque

el juez lo menciona en la sentencia, debido a que para la fecha de emisión de la sentencia el numeral n) aún no se encontraba regulado por nuestro Código Penal.

14. En la presente sentencia de fecha 23 de mayo de 2014, el juzgador aplicó de manera coherente la agravante genérica ordinaria regulada por el literal m) del segundo párrafo del artículo 46, para aquel sujeto que empleó un arma de fuego al momento de atacar a un hombre ocasionándole lesiones graves (pérdida de movilidad en las extremidades inferiores).
 - a. Observamos que el juzgador aplicó de manera correcta el sistema de tercios, de tal manera que ante la identificación de esta agravante junto a circunstancias atenuantes ubicó el marco de la pena dentro del tercio intermedio, tal como corresponde según el artículo 45 del CP.
15. En la presente sentencia emitida el 12 de mayo de 2014, el juzgador ha aplicado coherentemente la circunstancia agravante genérica regulada por el literal i) del numeral 2 del artículo 46, ya que el sujeto procesado ha actuado en coautoría con su hermano, ya que ambos formaron parte del acto de violación sexual en contra de la menor de 13 años.
 - a. Delito que se encuentra sancionado con pena de entre 30 años a 35 años de pena privativa de libertad, y aunque el juez no hace referencia a la división de tercios del marco penal abstracto, ante la presencia de

la circunstancia agravante y la no concurrencia de ninguna atenuante, ha aplicado al procesado el límite máximo de la pena correspondiente al delito, esto es 35 años, es decir dentro del tercio superior, tal como corresponde según lo establecido en el artículo 45 del CP.

IV. CONCLUSIONES

- I) El tratamiento de las circunstancias agravantes genéricas reguladas en el Código Penal de 1991, a través del sistema de tercios en la determinación judicial de la pena, todavía refleja un conjunto de supuestos diferenciados, reiterativos, desordenados que ameritan una pronta revisión y adecuación a los estándares internacionales, lo cual lamentablemente no se incorporó en el Proyecto de Código Penal de 2016, impidiéndose tener un coherente sistema de tercios para realizar una adecuada determinación judicial de la pena y que se ajuste a los estándares internacionales, tanto de derecho penal internacional como de derecho internacional público, de derecho, jurisprudencia y doctrina comparada.
- II) A partir del análisis de los expedientes se afirmó que la hipótesis se confirma parcialmente, pues:
 - 1) Los jueces penales solo vienen utilizando formalmente algunas de las circunstancias agravantes genéricas ordinarias en los fundamentos de las sentencias con-



denatorias a pena privativa de la libertad; en los demás casos, o las ignoran o no las mencionan siquiera, cuando correspondió hacerlo.

- 2) Los criterios utilizados por los jueces penales son de carácter puramente formal, solo el texto legal, se ignoró los aportes de la doctrina y la jurisprudencia, que en este tema aún son escasos.
- 3) No se ha podido hacer la delimitación entre las distintas circunstancias agravantes genéricas ordinarias debido a que los jueces no las utilizaron.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado La Rosa, Esther Lucía. *Las circunstancias atenuantes genéricas en el Código Penal de 1991*. Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2017.
- Besio Hernández, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Borja Jiménez, Emiliano. *La aplicación de las circunstancias del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Bustos Rubio, Miguel. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4.ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020.
- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo. *Sistema de sanciones en el Código Penal. Extinción de la acción y de la pena. Lesa humanidad e imprescriptibilidad. Mensuración de la pena. Reincidencia y multirreincidencia. Condenación y libertad condicional. Suspensión del juicio a prueba. Punición de las personas jurídicas (ley 27.401)*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2018.

- Córdoba Roda, Juan. *Comentarios al Código Penal*. t. 1. Barcelona: Ariel, 1972.
- Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga. *Manual de derecho penal. Parte general*. vol. 2, 4.ª ed. Lima: Idemsa, 2011.
- Mantovani, Fernando. *Los principios del derecho penal*. Traducido por Martín Eduardo Botero. 1.ª ed. Lima: Legales Ediciones, 2015.
- Maza Martín, José Manuel. *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal. Eximentes, atenuantes, agravantes y circunstancia mixta de parentesco*. Madrid: La Ley, 2007.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Ollé Sesé, Manuel. "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes". En *Derecho penal internacional*, editado por Alicia Gil Idesa y Elena Maculan. 2.ª ed. Madrid: Dykinson, 2019.
- Pérez Alonso, Esteban Juan. *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Lima: Idemsa, 2016.
- Puente Segura, Leopoldo. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. 1.ª ed. Madrid: Constitución y leyes, 1997.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*. 5.ª ed. Bogotá: Themis, 1989.
- Sáenz Torres, Alexei Dante. "Comentarios a propósito de la reforma penal de los decretos legislativos al amparo de la ley N.º 30336". *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos* 73, años 2016-2017 (2017): 273-293.
- Sáenz Torres, Alexei Dante. "La carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991". *Actualidad Penal*, 29 (2016): 119-144.

Sáenz Torres, Alexei Dante. *Informe in extenso de estudio de investigación SIN/SIN 2016: Las circunstancias atenuantes genéricas en el Código Penal de 1991 y su relación con el sistema de la determinación judicial de la pena*. Presentado el 27 de marzo del 2017 a la UNMSM. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Investigación, 2016.

Terradillos Basoco, Juan María. "Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada en la responsabilidad criminal". En *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, editado por Del Río

Fernández. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

Velásquez Velásquez, Fernando. "La determinación de la sanción penal". En *Determinación judicial de la pena*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Comlibros, 2009.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2006.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Editores Cultural Cuzco, 1990.