

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**Imputabilidad restringida por la edad, bajo la política
criminal autoritaria, vulnera derechos fundamentales del
imputado**

Para optar : **El Grado Académico de Maestro en Derecho
y Ciencias Políticas, Mención: Ciencias
Penales**

Autor : **Bach. Heraclio Munive Olivera**

Asesor : **Dr. Gastón Jorge Quevedo Pereyra**

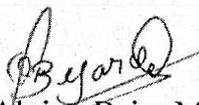
**Línea de
investigación
Institucional** : **Desarrollo Humano y Derechos**

**Fecha de inicio /
término** : **03.09.2021 – 30.10.2021**

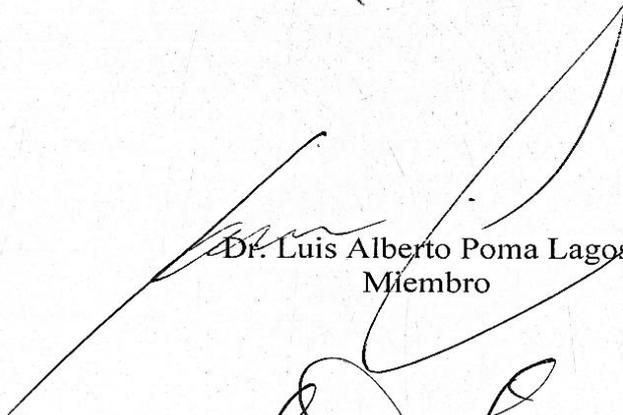
Huancayo – Perú

2022

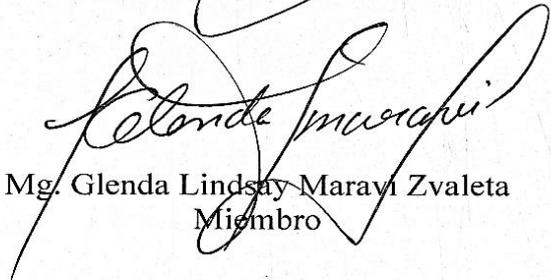
JURADO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS



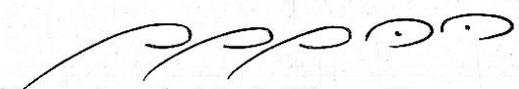
Dr. Aguedo Alvinó Bejar Mormontoy
Presidente



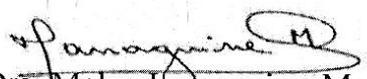
Dr. Luis Alberto Poma Lagos
Miembro



Mg. Glenda Lindsay Maravi Zvaleta
Miembro



Mtro. Angela María Rivera Paucarpura
Miembro



Dra. Melva Iparraguirre Meza
Secretaria Académica

ASESOR

Dr. Gastón Jorge Quevedo Pereyra

DEDICATORIA

A mi adorado hijo WINFRIED HERÁCLITO,
Por su decisión de seguir el camino del Derecho.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a OWONY, mi querida esposa, por su muy valiosa colaboración en el tipiado e impulso de animarme a terminar con el objetivo trazado de terminar mi tesis.

Al Dr. FLORENCIO MISSAN MAS, mi maestro, in memoriam por haberme encaminado a la investigación jurídica en la Unidad de Posgrado de la Universidad Mayor de San Marcos (Universidad del Perú, Decana de América).

Al Dr. ALDO ESTRADA CHOQUE, mi maestro en Derecho Penal en las aulas universitarias de San Antonio Abad del Cusco.

Al Dr. GUIDO MUELLE VILLENA, mi maestro de prácticas, in memoriam por sus extraordinarias dotes humanas en la enseñanza de la praxis del Derecho Penal.

CONTENIDO

CARÁTULA	i
JURADO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS	ii
ASESOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
CONTENIDO	vi
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	xii

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	19
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	29
1.2.1. Problema general	29
1.2.2. Problemas específicos.....	29
1.3. JUSTIFICACIÓN	30
1.3.1. Social	30
1.3.2. Teórica	31
1.3.3. Metodológica	31
1.4. OBJETIVOS	32
1.4.1. Objetivo general.....	32
1.4.2. Objetivos específicos	32

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES.....	33
2.1.1. Nacionales.....	33
2.1.2. Internacionales	39
2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS	44
2.2.1 Evolución histórica	44
2.2.2 Política criminal.....	60
2.2.3. Teoría general del delito o teoría jurídica del delito o teoría de la imputación penal	68
2.2.3.1. Concepto.....	68
2.2.3.2. La categoría de la culpabilidad.....	69
2.2.3.3. Noción de imputabilidad	71
2.2.3.4. Imputabilidad restringida por razón de edad	72
2.2.3.5. Imputabilidad disminuida.....	73
2.2.4. Dogmática jurídico-penal, política criminal y criminología.....	75
2.2.5. Sistema penal y seguridad ciudadana	79
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	80

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO METODOLÓGICO.....	87
3.1.1. Método de investigación.....	87
3.1.2. Tipo investigación.....	91
3.1.3. Nivel de investigación	91

3.1.4. Diseño de investigación propiamente dicho	92
3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTRO	93
3.2.1. Población y muestra.....	93
3.2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	93
3.2.2.1. Técnicas de recolección de datos.....	93
3.2.2.2. Tratamiento de la información	94
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS	
4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS.....	96
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.....	96
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	106
4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres.....	108
4.2. TEORIZACIÓN DE LA UNIDADES TEMÁTICAS	112
4.2.1. La politización del primer y segundo párrafo del artículo 22 Código Penal a propósito de los mayores de 18 y menores de 21 años.	112
4.2.2. La politización del primer y segundo párrafo del artículo 22 Código Penal a propósito de los mayores de 65 años.	123
4.2.3. La política criminal autoritaria respecto a la imputabilidad restringida por la edad.	125
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	129
CONCLUSIONES	138
RECOMENDACIONES	145
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146
ANEXOS	155

MATRIZ DE CONSISTENCIA	156
CONSENTIMIENTO INFORMADO	159
EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS.....	160
COMPROMISO DE AUTORÍA	161

RESUMEN

La investigación parte del problema: ¿La imputabilidad restringida por la edad, constituye un factor atenuante en la imposición de la pena?; siendo el objetivo: Determinar si la imputabilidad restringida por razón de edad constituye un factor atenuante en la imposición de la pena. La investigación está ubicada dentro del tipo básico; en el nivel explicativo; se utilizó los métodos: Inductivo, deductivo, comparativo, análisis, síntesis; así mismo método particular como exegético, dogmático, sistemático, sociológico: Con un diseño observacional y además se utilizó la metodología de la teoría fundamentada; asimismo no amerita tener en cuenta la población y muestra por ser una investigación de corte cualitativa teórica, asimismo se llegó a la conclusión de que: el texto original del artículo 22 del Código Penal de 1991, es la más racional y garantista, a la que debemos retomar; mientras que las leyes modificatorias, de exclusión de esta atenuante en ciertos delitos graves, dolosos e inclusive culposos, resulta atentatoria a los derechos fundamentales del imputado. Por eso se recomienda la derogatoria in extenso, del segundo párrafo del Art. 22 del Código Penal vigente. Del mismo modo la derogatoria del primer párrafo, in fine del artículo citado.

Palabras clave: Capacidad de culpabilidad /principio de igualdad /principio de proporcionalidad /imputabilidad restringida por la edad.

ABSTRACT

The Research of the Problem: Does age- restricted imputability constitute an attenuating factor in the imposition of penalty? The objective being: to determine whether the imputability restricted by reason of age constitutes a extenuating factor in the imposition of the penalty. The Research is located within the Basic Type; in the descriptive level; the methods will used to test the hypothesis are: inductive, comparative, analysis; likewise, particular methods such as exegetical, dogmatic, systematic, and sociological: with a simple design, with only a sample and a type of simple probabilistic sampling. For the collection of information, surveys and documentary analysis will be used; arriving at the conclusion: that the original text of article 22 the Penal Code is the most guarantor, to which we must return; whereas the amending law, excluding this mitigating factor in certain serious crimes, is a threat to the fundamental rights of the accused.

KEYWORDS: Capacity of culpability /Principle of equality /Principle of proportionality / Restricted imputability by the age.

INTRODUCCIÓN

En el art. 22 del Código Penal vigente de 1991, se encuentra regulado el instituto de la Imputabilidad Restringida o Responsabilidad Restringida por la edad, que es una atenuante en razón del ser (persona humana) desde un punto de vista de las condiciones biopsíquico y sociales del llamado “adolescente mayor” o “jóvenes delincuentes”, donde el estado de madurez no se alcanza, en personas cuya edad fluctúa entre mayor de 18 y menor de 21 años de edad, advirtiéndose la dificultad para poder comprender o manejarse de acuerdo a las normas establecidas, siendo que en tales situaciones según nuestra normativa penal, se impone una pena prudencialmente reducida. De otro lado, para los mayores de 65 años de edad, el fundamento no está en el grado de inmadurez, sino porque a esa edad sobreviene un periodo de decadencia, de disminución de sus actividades vitales. Esas deficiencias provocan la disminución de la capacidad de comprender del carácter delictivo de su acto, o de determinarse de acuerdo a este conocimiento, la capacidad de culpabilidad se siente afectada o limitada.

El texto punitivo vigente, en su versión original estableció expresamente, lo siguiente: “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción”. Esta disposición como se advierte de su tenor, no contenía un segundo párrafo, y no contemplaba ninguna excepción por razón de la naturaleza, gravedad o entidad del delito cometido. Es decir, la eximente incompleta de responsabilidad penal no suscitaba problema alguno en su aplicación, de la imputabilidad restringida por razón de la

edad, a quienes cometan delitos de cualquier clase o naturaleza, dolosa o culposa. El problema se genera como consecuencia de la dación de la Ley 27024 de 25 de diciembre de 1998, que modifica al art. 22 del Código Penal vigente (en adelante CP), agregando un segundo párrafo, donde se excluye expresamente de aplicar la responsabilidad restringida por la edad a los adolescentes o jóvenes mayores de 18 y menores de 21 años de edad y a los adultos mayores de 65 años de edad, que cometan determinados delitos graves o muy graves, cuyo tenor literal es: “Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua”. Posteriormente, con fecha 19 de noviembre de 2009, se promulga la Ley 29439, que innova el párrafo primero del art. 22 del CP, con una salvedad: se aplicará la responsabilidad restringida, “salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111 tercer párrafo o 124, cuarto párrafo del Código Penal”; es decir, la restricción se hace extensivo en los delitos de homicidio culposo y lesiones graves culposas cuando los agentes comenten estas infracciones de manera reiterada. Más adelante, se introduce una tercera innovación con fecha 19 de agosto de 2013, al promulgarse la Ley N° 30076, incorporando en el segundo párrafo del Art. 22 del CP, donde se incrementa el catálogo de delitos, prohibiendo la posibilidad de atenuación de la pena con el siguiente texto: “Está excluido el agente de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo

agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua”. Luego, la problemática se agudizó a consecuencia de la promulgación del Decreto Legislativo 1181, (en adelante D. Leg.1181) de 27 de julio de 2015, por la cual el legislador amplía los tipos penales, donde se excluye la responsabilidad restringida, modificando el segundo párrafo del art. 22 del CP, del modo siguiente: “Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua”.

A consecuencia de estas cuatro reformas sucesivas o cambios normativos, desde la dación del CP de 1991, en el ámbito jurisprudencial se han producido una serie de posturas disímiles, es así mientras que los Acuerdos Plenarios: N° 4-2008/CJ-116, de fecha 18 de julio de 2008, y el N° 4-2016/CJ-116, de fecha 12 de junio de 2016, postulan la inaplicación de la prohibición establecida en el párrafo segundo del art, 22 del CP, vía control difuso, aunque con fundamentos diferentes. De otro lado, las decisiones de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, han sido las más zigzagueantes y hasta contradictorias; en cambio, las Decisiones de las Salas Penales, tanto de la permanente, como de las transitorias, han seguido una línea jurisprudencial en su

mayoría a favor de la inaplicación de la prohibición establecida por la norma penal acotada, al considerar que estas modificatorias contravienen a los principios constitucionales de igualdad, al principio de proporcionalidad de la pena y al principio de resocialización de la pena, entre otros.

En la doctrina penal más relevante y consagrada en nuestro país, un sector mayoritario, se pronuncian por razones constitucionales, para no aplicar el segundo párrafo del art. 22 del CP, coincidiendo plenamente con las conclusiones de los acuerdos plenarios N° 4-2008/CJ-116, la Casación N° 335-2015- Santa y hace poco el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116, que establecen de manera correcta que, sí se puede inaplicar el segundo párrafo del art. 22 del CP, vía control difuso. Discrepando con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que indica “que la aplicación del principio de responsabilidad penal restringida es una potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del juzgador, mas no así una disposición de carácter vinculante u obligatoria, siendo que es de naturaleza facultativa y no obligatoria”, aferrándose a la interpretación literal de la norma penal. En concreto, en la doctrinal penal nacional no se plantea una postura uniforme, sobre el estudio, regulación y aplicación de la imputabilidad restringida por la edad. Algunos han guardado silencio en torno a su tratamiento y sus consecuencias jurídicas.

Por nuestra parte, en primer lugar, estamos plenamente de acuerdo con estas posturas doctrinarias y jurisprudenciales que postulan el criterio que la prohibición que establece el segundo párrafo del art. 22 del CP, atenta contra el principio de igualdad que está consagrado en el art. 2, inciso 2, de la Constitución Política. Así, el ciudadano mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, o mayor de sesenta y

cinco años, es imputable restringido por igual para todos los delitos que comenta dentro de esas edades. Además, unido al principio de igualdad, se encuentra el principio de proporcionalidad, el cual permite atenuar la pena en función de la edad que adscribe al ciudadano la condición de imputable restringido. Asimismo, el grado de madurez aun no alcanzado por el mayor de 18 y menor de 21 años de edad, o la disminución de las actividades vitales de una persona mayor de 65 años de edad, no está en función directa a la entidad o gravedad del delito cometido. De esta manera, se tiene que la disminución de la pena, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y la gravedad del injusto penal, sino en la evolución del ser humano, referida a la capacidad penal del sujeto, la cual es un elemento de la categoría de culpabilidad; mientras que la gravedad de los delitos está referida a la categoría de antijuridicidad. Resultando de esta manera un contrasentido, las modificatorias introducidas en el segundo párrafo del art. 22 del CP, referido a la prohibición de aplicar el beneficio de imputabilidad restringida por la edad del agente. En estas circunstancias, resulta pertinente y adecuado plantear como aspecto final de nuestra tesis, la derogatoria total del párrafo segundo del art. 22 del CP, incluido la modificatoria introducida por la Ley N° 29439, que excluye del beneficio de la imputabilidad restringida cuando se haya incurrido en forma reiterada en los delitos imprudentes o culposos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo, más aún si se tiene en cuenta que estas infracciones culposas son más leves que las dolosas.

En este orden de ideas, la presente tesis se encuentra estructurada en V capítulos:

El primer capítulo: “EL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN”, contiene: Formulación del problema, distinguiendo el problema general y los problemas específicos, así como los objetivos: General y específicos. Luego se plantea la Justificación del trabajo de investigación, destacando su relevancia teórica, social y metodológica.

En el segundo capítulo denominado “MARCO TEÓRICO”, donde damos a conocer todas aquellas teorías explicativas o sistema de ideas del que nos valemos para sustentar nuestras ideas en lo que es materia de investigación. Detallamos los antecedentes, las bases teóricas y científicas, las tendencias de política criminal. La teoría jurídica del delito. La categoría dogmática de la culpabilidad. Noción de Imputabilidad, la imputabilidad restringida por la edad. El tema del sistema penal y la seguridad ciudadana. Precisión de temas y conceptos.

En el tercer capítulo denominado: “METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN”, damos a conocer los métodos que vamos a emplear en la investigación del tema propuesto, ordenándolos en métodos generales y métodos particulares. En los métodos generales de investigación, se incluyen a los métodos Inductivo y deductivo, al método comparativo, a los métodos análisis y síntesis; mientras que, en los métodos particulares de investigación, recurrimos al método exegético, el método sistemático, el método sociológico, el método de la dogmática jurídico- penal, el método histórico, y el método hermenéutico.

En el cuarto capítulo, abordamos el tema denominado “RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN”, sistematizándolas en cuatro hipótesis específicas: Primera

hipótesis específica, segunda hipótesis específica, tercera hipótesis específica y cuarta hipótesis específica.

En el quinto capítulo, planteamos la temática denominada DISCUSIÓN, ordenándolas en cinco ítems: Primera, segunda, tercera, cuarta hipótesis específica y una quinta, propuesta modificatoria del Art. 22 del CP, en mérito a los resultados obtenidos en la investigación.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Sin duda, en el ámbito de la investigación científica y jurídica, hacer una tesis implica llevar a cabo una investigación, para lo cual debemos enfrentar un problema o campo problemático. Es posible que al inicio no conozcamos un problema específico que podamos estudiar, por lo que primero se hace es escoger un tema de carácter problemático del campo jurídico, en este caso hemos elegido del área penal o de la dogmática jurídico- penal, que viene a ser nuestra preferencia, dentro de ello la Teoría Jurídica del Delito, específicamente referido a la categoría dogmática de la de la culpabilidad, siendo la imputabilidad es el elemento central para determinar la capacidad de culpabilidad, traducido en el título del trabajo como: “Imputabilidad Restringida por la edad, bajo la Política Criminal Autoritaria, vulnera Derechos Fundamentales del imputado”. Describiendo en forma breve la realidad problemática, de la Imputabilidad restringida por la edad del imputado, en nuestro país, podemos decir lo siguiente:

Cuando el Código Penal de 1991, entró en vigencia, regulando la institución de la imputabilidad restringida por la edad, nos presentó el contenido del art. 22, con un texto bastante claro y sencillo, que no generaba mucho problema tanto en su interpretación como en su aplicación a casos concretos de la realidad de impartición de justicia penal peruana. Nuestro texto

punitivo establecía en su único párrafo Primero, lo siguiente: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción”. Este precepto no reconocía ninguna excepción en relación a determinados delitos graves o muy graves. De tal manera, que, si una persona humana cometía un delito cualquiera, por el solo hecho y en razón a su edad, de tener más de 18 y menos de 21 años o más de 65 años, al momento de la comisión del hecho delictivo, debía acogerse al beneficio de la imputabilidad restringida, siendo merecedor en el momento de la determinación judicial de la pena, con una sanción que podrá reducirse prudencialmente hasta el mínimo o por debajo del mínimo legal de la pena prescrita para el delito cometido.

Sin embargo, es a partir de 1998, con la dación de la Ley 27024, comenzaron a generarse una serie de problemas de interpretación y aplicación de la indicada norma penal, al introducir ciertas excepciones en el art. 22 del CP, no precisamente en razón a la edad, sino por la naturaleza, gravedad o entidad del delito. La novedad radica en agregar un segundo párrafo en el artículo en análisis, donde se estatuye las excepciones a la aplicación de la responsabilidad restringida o imputabilidad restringida por razón de la edad, prescribiendo lo siguiente: “ Está excluido el agente que haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”.

Posteriormente, a fines del año 2009, atendiendo a los delitos culposos, mediante Ley N° 29439, se modifica el párrafo primero del artículo que nos ocupa, estableciendo una salvedad, en la aplicación de la imputabilidad restringida por la edad, en la siguiente forma: “(...) salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124 cuarto párrafo”.

Más adelante, con la Ley 30076, de fecha 19 de agosto de 2013, se modificó una vez más el segundo párrafo del art. 22 del C.P, incrementándose los delitos que ya estaban excluidos de la atenuación, como el homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado y apología.

Finalmente, el D. Leg.1181, de fecha 27 de julio de 2015, que continuó modificando el segundo párrafo del tantas veces referido artículo, excluyendo más delitos donde el imputado no pueda beneficiarse de la benignidad de la norma en cuanto a merecer menor penalidad por Imputabilidad restringida, como son: la criminalidad organizada, sicariato y ofrecimiento para el sicariato, genocidio, desaparición forzada y tortura.

Luego en el transcurso de las cuatro modificaciones operadas, en el artículo citado, desde 1998, en que se realizó la primera modificación hasta la actualidad, y con la vigencia de la última modificatoria de 2015, la Jurisprudencia Suprema ha ido evolucionando de manera cambiante y disímil, en relación a la aplicación del art.22 del CP, suscitándose todo un arduo debate académico de naturaleza jurídico penal principalmente en el ámbito

jurisprudencial, involucrando tanto al Tribunal Constitucional, a la Sala de Derecho Constitucional y Social, como a las Salas Penales transitorias y permanentes de la Corte Suprema de Justicia de la República. Todos estos organismos jurisdiccionales han emitido una serie de pronunciamientos disímiles. Así en el 2004 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante R. N. N° 179-2004 y N° 395-2004, comenzó a considerar como inconstitucional la prohibición de no atenuar la pena por la edad, de los condenados en ciertos delitos, inaplicándola por control difuso, por afectar el derecho a la igualdad. Esta interpretación de la Sala Penal Transitoria, no fue compartida por la Sala Pernal Permanente, conforme así se ve reflejado en el R.N. N° 246- 2005, en donde se aplicó tal prohibición aumentándole la pena al condenado de un delito de tráfico ilícito de drogas a pesar de su juventud. Estas posturas nos muestran que para aquel momento los criterios de las Salas Penales de la Corte Suprema sobre el tema estuvieron divididos.

El Tribunal Constitucional ha entrado a tallar en el tema, sin embargo, su interpretación acerca del problema ha sido poco feliz, por haberse ceñido a interpretar el art. 22 del CP, de forma literal, soslayando otros criterios de interpretación constitucional, teniendo en cuenta el principio de primacía constitucional en el tema de la responsabilidad restringida por la edad. Al interpretar la norma penal en cuestión, se han limitado a decir: “(...) la aplicación del principio de responsabilidad penal restringida es una potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del juzgador, más no así una disposición de carácter vinculante u obligatoria, siendo que es de naturaleza

facultativa y no obligatoria”. Pues el Tribunal Constitucional haciendo uso de la interpretación gramatical, (no recomendado en el ámbito Constitucional) parte literalmente de la expresión “podrá reducirse”, el Tribunal entiende que esta es una facultad del Juez, en ese sentido para la procedencia o no de dicha institución se tendrá que tomar en cuenta la gravedad del ilícito, el grado de responsabilidad del autor y las condiciones personales. Punto de vista que indudablemente es muy discutible.

Las consideraciones de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sus pronunciamientos han sido dispares, con tendencia a desaprobar las consultas elevadas. En los primeros pronunciamientos de esta Sala, respecto al tema tratado, así por ejemplo se advierte en la Consulta recaída en el Exp. N° 1602- 2009- Moquegua, el siguiente criterio: “El precepto en comento (art 22 del CP), no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho y menor de veintiún años, no es aplicable en el caso de determinados delitos en los que debido a su extrema gravedad (conmocionan gravemente no solo a la víctima y su entorno familiar, sino a la sociedad en general) o la naturaleza del bien jurídico que protegen, la ley ha previsto en tales casos, que no es de aplicación la atenuación de la responsabilidad penal”.

Más adelante, en la misma consulta, considerando noveno, señala: “(...) en el presente caso la norma legal no establece un trato penal diferenciado, arbitrario e injustificado, con relación a los demás delitos que tipifican el Código Penal, sino cuando la ley penal establece un catálogo de delitos a los

que no corresponde aplicar la responsabilidad penal restringida, lo hace fundado en la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, circunstancias estas que justifican un tratamiento legal diferenciado”. Estas apreciaciones han sido un común denominador en todas las consultas referentes a inaplicar el párrafo segundo del Art. 22 del CP.

Últimamente, la Sala Penal de la Corte Suprema, a diferencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social, se ha inclinado por inaplicar el segundo Párrafo del Art. 22 del CP, ya que son abundantes sus pronunciamientos en ese sentido, en contra de unas cuantas sentencias que consideran constitucional dicho párrafo del texto punitivo.

La primera posición, al igual que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, la Sala Penal ha indicado que las excepciones establecidas en el segundo párrafo del art. 22 del CP, sobre la reducción de la pena por responsabilidad restringida, no afectan ningún principio, ciñéndose a la literalidad de la norma. En un pronunciamiento posterior la Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, en su fundamento 11 (último párrafo), ha dejado abierta la posibilidad que los jueces puedan inaplicar el segundo párrafo del art. 22 del CP, si es que consideran que afecta el principio de igualdad, en esa línea expresamente señalan: “Los jueces penales están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan por conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del art. 22 del CP, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo”. Este importante avance del Acuerdo Plenario en

mención, no nos da una solución satisfactoria, por cuanto deja a discrecionalidad de los jueces, pero como en la práctica nuestros distinguidos magistrados no opinan de manera igual o en consenso, sino de manera diferente, la solución del tema se torna en caótica.

Una segunda postura asumida por la Corte Suprema de la República, está basada en el control difuso, en la inaplicación del segundo párrafo del artículo en análisis, ya que las excepciones establecidas, colisionan con el principio de igualdad previsto en el art. 2, inciso 2) de la Constitución. Esta posición, en los últimos tiempos ha sido asumida con mayor firmeza y contundencia por la Corte Suprema, nada menos en el R.N. N° 701-2014- Huancavelica, en la consideración séptima establece: “Es cierto que el art. 22 del CP, modificado por la ley 27024, prohíbe la disminución de la pena. Sin embargo, tal limitación por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional, de igualdad no puede ser aplicada. En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en la capacidad penal disminuida – sustento o elemento esencial de la culpabilidad-no en un delito cometido; hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de la pena un elemento impropio que decide la Antijuricidad y, por lo tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar”.

Si bien esta posición, es la que está imperando en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema, sin embargo existen algunos casos en los que la Corte Suprema sigue con la idea de que la responsabilidad restringida es una facultad, en consonancia con el Tribunal Constitucional, que sostiene que la reducción de la pena, cuando media la responsabilidad restringida, es

una facultad del juzgador, que para su aplicación se deberá tener en cuenta las circunstancias en que se cometió el hecho delictivo. Empero dicho criterio está siendo superado, puesto que ahora la Corte Suprema, ha indicado que, más que una facultad, es una obligación de los juzgadores reducir la pena cuando media una imputabilidad restringida ya que es un mandato general, y el párrafo segundo del artículo citado del CP, no pasa el test de proporcionalidad y atenta contra el principio de igualdad, así lo establecen tales las resoluciones jurisdiccionales citadas y las recaídas en el R.N. N° 1949-2012 Lima Norte, Casación 335-2015 del Santa, y el R.N. N° 415-2015 Lima Norte.

Recientemente, mediante el Acuerdo Plenario N° 4- 2016/CJ-116 (en adelante, AP) del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17.10.2017, ha validado aquellas posturas que aplicaban un control difuso del segundo párrafo del Art. 22 del CP, donde se acordaron establecer como doctrina legal, “los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 a 15, del AP, Precisando que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del art. 22 de la LOPJ, además declara que, sin embargo los jueces que integran al Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de la República”.

Siendo los más relevantes los fundamentos jurídicos 14 y 15 del AP, donde se plasman los criterios más sólidos que sustentan el AP. En efecto, el fundamento jurídico 14, dispone lo siguiente: “(...) la ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. La Antijuricidad penal se refiere a las conductas que son contrarias a las normas que rigen el Derecho Penal- típicas y no amparadas en una causa de justificación-, mientras que la culpabilidad se circunscribe al sujeto que comete esa conducta, respecto del que debe afirmarse, que actuó pese a estar motivado por la norma que le impelía a adoptar un comportamiento distinto. Una atiende al hecho cometido – a su gravedad o entidad- y la otra a las circunstancias personales del sujeto. Luego, si la edad del agente está referido a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación”. Siendo esos factores individuales concretos, la imputabilidad restringida por la edad del sujeto activo, para hacerse merecedor de una punibilidad atenuada.

Mientras que el fundamento jurídico N° 15, está referido al “grado de madurez o disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad, no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del art. 22 del CP, no tiene su fundamento causal o normativo en las características y gravedad del

injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano. Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado”.

En tal sentido, ya se ha pronunciado la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en las consultas números 1260-2011, de 7-6-2011, y 2010-2012 de 27-4-2012. Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas.

A este segundo párrafo del fundamento jurídico 15 del AP, cabe hacer una crítica constructiva, manifestando que es inexacto dicha afirmación, ya que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en sus últimos pronunciamientos no han afirmado en ese sentido, de dejar supuestamente sin efecto el segundo párrafo del art. 22 del CP, por el contrario, en la mayoría de sus pronunciamientos dicha Sala, siguen sosteniendo en el sentido que la reducción de la pena por estar incurso en la causal de responsabilidad penal restringida por la edad, es facultativa, y que ello dependerá de las circunstancias del caso y del delito en sí, es decir de la gravedad de la infracción punible.

En consecuencia, no obstante el avance significativo con los aportes del último AP, que debemos aplaudir, sin embargo el problema no está resuelto aún, si bien queda claro que la responsabilidad restringida por la edad, es una causal de la disminución de la pena, fundada en la inmadurez y la dificultad de actuar conforme a derecho, cuyo tratamiento y análisis corresponde hacer en la categoría de la culpabilidad, tales como el caso de los mayores de 18 años y menores de 21 años, y los mayores de 65 años, las excepciones a esa regla fundadas en la gravedad de ciertos delitos, deben ser tratadas y analizadas en

la categoría de la Antijuricidad y no en la naturaleza de la culpabilidad, ni de la Imputabilidad restringida. Empero este criterio no es admitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social, donde existe mucho pan que rebanar, así como en Tribunal Constitucional, por lo que tiene cabida nuestra postulación de plantear por la derogatoria del Segundo párrafo del Art. 22 del CP; y el primer párrafo, in fine del mismo texto punitivo, referido a los delitos culposos, cuyas infracciones constituyen delitos de menor gravedad.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿La imputabilidad restringida por razón de edad, constituye un factor atenuante en la imposición de la pena?

1.2.2. Problemas específicos

A. ¿Si el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, se debe acoger a la imputabilidad restringida por razón de edad, sin ser excluido por la naturaleza o gravedad del delito?

B. ¿Si el agente tenga más de 65 años de edad, se debe acoger a la imputabilidad restringida por razón de edad, sin ser excluido por la naturaleza o gravedad del delito?

C. ¿Al excluirlos de la imputabilidad restringida por razón de edad, a los agentes que cometen ciertos delitos graves dolosos o culposos reiterantes, como las señaladas en los párrafos primero, in fine, y en

el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, modificado por las cuatro leyes ya referidas, incluido el Decreto Legislativo N° 1181, de 27 de julio de 2015, se vulneran derechos fundamentales del imputado, bajo el contexto de una Política Criminal de corte Autoritario?

1.3. JUSTIFICACIÓN

1.3.1. Social

La investigación es relevante socialmente en la medida que la persona humana al verse involucrado en un delito, en el ámbito penal, corre el riesgo de ser tratado discriminatoriamente, sin posibilidad de acogerse al beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, o la benignidad de la norma penal que es una conquista social a nivel normativo, y este hecho trasciende socialmente, y la decisión político criminal de su exclusión en ciertos delitos, colisiona con el modelo de Estado Social y democrático de Derecho, que configura la Constitución del Estado en el art. 43.

(...) “la imputabilidad del agente no se agota en una valoración de contenido psicológico- psiquiátrico, sino que se traduce en un juicio cultural de carácter complejo que abarca también a lo normativo; no es imputable en abstracto sino en concreto, en un contexto social, cultural, histórico y antropológico determinado donde la persona actúa. Solo una visión idealista del fenómeno puede reducir el juicio de imputabilidad a presupuestos totalmente indeterminados, más allá de las condiciones de existencia real de los seres humanos” (Velásquez, 2009, pp. 849-850).

1.3.2. Teórica

La investigación es relevante teóricamente ya que, las cuatro leyes anteriormente citadas, incluido el D. Leg. 1181, colisionan con la garantía constitucional de igualdad jurídica, que es un principio o derecho fundamental, toda vez que el tratamiento especial que implica la “responsabilidad restringida” se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la categoría de Culpabilidad, siendo su primer elemento la llamada “capacidad de culpabilidad”, sin que sea relevante la Antijuridicidad, es decir el contenido o la entidad del injusto penal; por lo que dar un trato diferente a una persona humana fundada en un criterio de diferenciación por la entidad o naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional. En esta medida, nuestro aporte radica en plantear la derogatoria del primer párrafo, in fine, y el segundo párrafo íntegramente del Art. 22 del Código Penal, modificado por el poder ejecutivo mediante D. Leg. N° 1181.

1.3.3. Metodológica

Metodológicamente se dará un aporte al diseñar, construir y validar instrumentos de recolección y análisis de datos. La investigación ayudará a la definición de un concepto, variable o relación entre variables, sugiere como estudiar adecuadamente el instituto de la imputabilidad restringida por razón de edad; aunado a esto se planteará alternativas de solución adecuadas al modelo de Estado Social y democrático de Derecho que diseña la Carta Magna.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general

Determinar si la imputabilidad restringida por razón de edad, constituye un factor atenuante en la imposición de la pena.

1.4.2. Objetivos específicos

- A.** Definir de qué manera el agente que tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, se deben acoger al beneficio de la imputabilidad restringida por razón de edad, sin ninguna exclusión por la naturaleza o gravedad del delito.
- B.** Analizar de qué manera el agente que tenga más de 65 años de edad, se debe acoger al beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, sin ninguna exclusión por la naturaleza o gravedad del delito.
- C.** Identificar de qué manera al excluirlos del beneficio de la imputabilidad restringida por razón de edad, a los agentes que cometen ciertos delitos graves dolosos o culposos reiterantes como las señaladas en los párrafos primero, in fine, y el párrafo segundo del art. 22 del Código Penal, modificado por las cuatro leyes anteriormente referidos, incluido el D. Leg. 1181, se vulnera derechos fundamentales del imputado, bajo el contexto de una Política Criminal de corte Autoritario.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. Nacionales

A nivel nacional hemos encontrado la tesis titulada “*La inimputabilidad de la persona natural con responsabilidad restringida a partir de los 70 años*”, por Terrones (2018), sustentada en Lambayeque para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal, tuvo como objetivo “analizar la inimputabilidad de las personas a los 70 años”, así las conclusiones que llegó la investigación precitada fueron las siguientes:

- La modificación del artículo 22 del Código Penal, en lo que refiere a la responsabilidad restringida a las personas de 65 años, ayudaría a la mejor aplicación de la ley, con un justo proceso, la cual los sujetos deben ser tratados de manera igual y sin distinción alguna.
- En mucha doctrina jurisprudencial, se tiene razonabilidad de los operadores que dictan justicia, con lo medios probatorios por esquizofrenia el encausado es inimputable, pero cuando una persona a partir de los 70 años va perdiendo la lucidez por las enfermedades psiquiátricas o mentales y comete delito, es también inimputable, para tal se tiene también el examen psicólogo que debe ser de la

jurisdicción de donde vive el encausado, para velar el comportamiento o capacidad.

Finalmente, la tesis indicada, presenta una metodología de investigación de tipo no experimental, descriptivo explicativo, recopila y extrae datos importantes de la doctrina y jurisprudencia permitiendo percibir hechos relevantes que se reflejan en cuadros estadísticos.

En el ámbito nacional, también se ha encontrado la tesis titulada “*Responsabilidad penal restringida para los adolescentes infractores que cometen hechos punibles tipificados como delitos en el Código Penal*”, por Espejo (2020), sustentada en Trujillo para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal y ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo, la cual tuvo como objetivo “fundamentar la responsabilidad penal restringida para los adolescentes infractores, mayores de 16 y menores de 18 años de edad, que cometen hechos punibles tipificados como delitos en el Código Penal en razón que, estos adolescentes solo son pasibles de medidas socioeducativas de internación en un centro juvenil”, así a las conclusiones a las que llegó la investigación precitada fueron las siguientes:

- Los adolescentes infractores mayores de 16 y menores de 18 años de edad, tiene madurez mental, moral, física y sexual suficiente para entender y comprender la ilicitud de sus actos, lo que implica que, poseen consciencia y voluntad del acto típico y antijurídico que realizan, por lo que, deben tener responsabilidad penal restringida.

- En la sociedad actual se ha producido un desarrollo acelerado de la ciencia, la cultura, economía, conocimientos y tecnología, que ha repercutido innegablemente a que el menor sea cada vez más despierto y se incorpore a temprana edad a la vida social, debido a que el desarrollo de las mismas, se hace cada vez más fácil y accesible a los menores de edad.

Finalmente, **la tesis en referencia, presenta una metodología** con dos muestras poblacionales, se aplicó el método inductivo, analítico, analógico, dialectico, como técnica se aplicó la encuesta, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas que hace el tesista en mención.

Seguidamente, tenemos otra tesis titulada *La exclusión de la responsabilidad restringida vulnera el principio de igualdad en los delitos graves*, por Castro (2018), quien sustentó en Chimbote para optar el Grado de Maestro en Derecho Penal, en la Universidad Nacional del Santa, la cual tuvo como finalidad de proponer la “exclusión del ordenamiento penal el artículo 22° del Código Penal que excluye la aplicación de la responsabilidad restringida para los agentes que cometen delitos de robo agravado comprendidos entre las edades de 18-21 años, llegando a las siguientes conclusiones:

- El principio de igualdad ante la ley garantiza que, ante ella, todos somos iguales, siendo que por ello las normas deben ser aplicables de la misma manera para todos, sin efectuar excepciones y sin

consideraciones personales, vulnerándose con la imposición de penas elevadas al principio en mención, al no considerar la responsabilidad restringida en los delitos de robo agravado cometidos por menores de 21 años y mayores de 18 años.

- El principio constitucional de la dignidad humana actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores del derecho, siendo que su vulneración se produce cuando se impone penas elevadas sin tener en cuenta la responsabilidad restringida que tienen los agentes que comente el delito de robo agravado entre las edades de 18-21 años.

En última instancia, la tesis presenta la metodología aplicada, la muestra estuvo conformada por el porcentaje estadístico, se usó la técnica de la encuesta, también usaron la estadística descriptiva, el instrumento usado fue el análisis documental.

Otra tesis nacional que se ha ubicado, es la tesis titulada: *Responsabilidad penal en los adolescentes en el distrito judicial de Lambayeque*, por Vásquez (2018), quien sustentó en la ciudad de Lambayeque para optar el grado académico de Maestro en Derecho, con mención en Ciencias Penales, tuvo como propósito “aportar a la comunidad jurídica conclusiones concretas sobre un tema de gran importancia que es necesario repotenciar ante la sociedad, dada su implicancia jurídica y social; haciendo un análisis prolijo de la normatividad interna y externa al respecto, de las medidas y estrategias

aplicadas, así como conociendo las medidas tomadas por otros países como experiencias exitosas; con el propósito de establecer comparativos y formular una propuesta concreta para posible ejecución”, de esa manera el trabajo llegó a las siguientes conclusiones:

- La justicia penal adolescente es un sistema que no aplica diversidad de estrategias para cumplir su fin primigenio de resocialización.
- Toda institución que trabaje por y para los jóvenes, debe ser una institución que primero los conozca y luego base sus acciones en estrategias que vayan de la mano con su naturaleza. El sistema no conoce al joven peruano y sigue trabajando en base a acciones arcaicas que no han tenido impacto.
- Algo muy importante y vital es que la reinserción es un proceso largo, y no se ha garantizado un seguimiento al menor infractor a manera de mentoría o acompañamiento por un tiempo prudencial; limitándose a atenderlo solo mientras esté cumpliendo la medida impuesta.

Para concluir, la tesis presentada carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar esta afirmación.

Por último, otra investigación es el artículo titulado *Responsabilidad restringida por la edad en la comisión de delitos graves y la jurisprudencia de las salas de la Corte Suprema*, por Oyarce (2019), elaborada en la ciudad de Lima por la Universidad de San Martín de Porres, la cual tuvo como propósito “analizar las citadas restricciones a

fin de coadyuvar al análisis y debate sobre la citada disposición, para verificar si nos encontramos ante una norma que vulnera el principio de igualdad, el mismo que constituye uno de los pilares de todo ordenamiento jurídico en un Estado Democrático de Derecho o si nos encontramos frente a un trato diferenciado frente a situaciones de hecho distintas y ante una inadecuada política criminal por parte del Estado”, siendo así, a las conclusiones que llegó la investigación precitada fueron las siguientes:

- “No existe un término de comparación válido para establecer que las restricciones incorporadas a la atenuación de la pena vulneran el principio de igualdad, ya que la situación fáctica no es análoga, para poder determinar que el sujeto ha sufrido un trato diferente”.
- “Las personas que en el momento del hecho tienen dieciocho, pero aún no veintiún años, están equiparados a los adultos en cuanto a su imputabilidad. De igual modo los adultos mayores de 65 años de edad. Finalmente, la tesis presenta un diseño descriptivo correlacional, utilizando la técnica de recolección de datos de la encuesta, cuyo tipo de investigación es la denominada básica o pura, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo que afirmamos es cierto”, alude la tesista.
- “El legislador no debería restringir la atenuación facultativa de la pena en razón de la gravedad del delito, que guarda relación con la

antijuricidad, puesto que el menor reproche que puede existir por la inmadurez del agente, afecta la culpabilidad, que es otro elemento del delito. Ello denota una inadecuada política criminal del Estado, que desconoce estudios dogmáticos penales, pero no por ello, afecta el principio de igualdad”.

2.1.2. Internacionales

Como antecedente internacional se tuvo el artículo titulado “*La culpabilidad penal en la llamada «era del cerebro»*”, realizada por Oropeza (2021), realizada en la ciudad México, esta investigación tiene el propósito de “destacar que el conocimiento neurocientífico disponible está generando nuevas realidades que afectan las bases del Derecho Penal”, así a las conclusiones que llegó la investigación precitada fueron las siguientes:

- “El planteamiento de las neurociencias en el sentido de que el libre albedrío no existe, sino que se trata de una mera ilusión procedente de un fenómeno biológico causado por correlatos neuronales, bien puede llegar a considerarse una amenaza para la responsabilidad penal y su fundamento, centrado precisamente en la libertad de decisión”.
- Sin embargo, como hasta ahora el desarrollo científico y tecnológico no ha podido descifrar cómo se genera la experiencia subjetiva de la consciencia, es que sus resultados de-ben evaluarse con mayor rigurosidad y darles un carácter restringido por su característica de

fiabilidad, máxime si se tiene en cuenta que incluso uno de los más importantes pioneros de este campo, Benjamín Libet, reconoció que las personas son libres para decir “no” o suprimir acciones causadas en procesos fuera de la conciencia, de modo que sería poco racional y apresurado desconocer la libre voluntad en la que se sustenta la responsabilidad penal y que justifica la imposición de una pena

Finalmente, la tesis precitada no utilizó una metodología de investigación, por lo que, las personas interesadas, pueden desplazarse a la dirección del enlace correspondiente y observar que lo establecido por el tesista es cierto.

También tenemos otro antecedente internacional la investigación titulada *La legislación penal en Colombia y la proporcionalidad de las penas*, por Merchán (2019), en Colombia, para optar el grado académico de doctor en Derecho Penal; Pr la Universidad Santiago de Cali, en esta investigación “se busca conocer los cambios realizados al Código Penal y el porqué de esta actividad, para brindar una conclusión sobre el estado de las leyes penales, sustantivas y especiales que rigen el país”. Las conclusiones son las siguientes:

- “Se debe tener en cuenta la calidad de las penas en cuanto a alternativas, también a los grados de intereses con protección y bienes jurídicos por medio del derecho penal, respaldo real del ciudadano, así como argumentos razonables para la pena, porque el derecho penal debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, debido a que

hay distintos y variados bienes jurídicos que proteger, así como varias formas de lesionarlos, por ello es importante tener alternativas de castigo que no sean solo el de prisión o privación de la libertad, porque hay delitos menores que merecen amonestaciones o multas”.

- “La legislación del Estado debe proteger la pirámide de protección de los diferentes bienes jurídicos, siendo el escalón más alto el derecho a la vida, el cual se puede vulnerar de manera individual pero que en determinados casos puede ser colectiva como los delitos contra la humanidad, entre los que se encuentran los delitos de lesa humanidad y genocidio, estadios que al ser vulnerados tienen obviamente diferente penalidad en cantidad y en tiempo de duración”.

Seguidamente mencionamos como antecedente internacional al artículo titulado *El derecho de acceso a la justicia en personas adultas mayores privadas de libertad*, por Fuentes y Hernández (2021), Universidad autónoma del estado de México, en esta investigación el objetivo que tiene es “reflexionar acerca de sus derechos y de la importancia de hacerlos valer ante los órganos jurisdiccionales, aún y cuando han sido sentenciados por la comisión de un delito”. Las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- “Las personas adultas mayores privadas de libertad representan uno de los grupos sociales más olvidados, pues aún y con su condición de vulnerabilidad, de deterioro físico y mental, son prácticamente invisibles, denotando la poca importancia que la sociedad y la

autoridad penitenciaria tiene hacia estas personas, situación que se complica más, cuando tienen alguna enfermedad grave o padecimiento incurable, o en casos en los que son abandonados por su familia”.

- “Las personas adultas mayores regularmente afrontan violaciones graves a sus derechos, entre los que destacan, violaciones al derecho de salud, al agua, a la alimentación, a un espacio digno para vivir, a la educación, al trabajo, a la integridad personal y al debido proceso, así como a la falta de infraestructura adecuada para su estancia y desplazamiento, deficiencias en actividades laborales y de capacitación, falta de atención a la salud especializada, carencias en las dietas y alimentos conforme su estado de salud y falta de equipos médicos de apoyo para desplazarse, como lo son caminadores, sillas de ruedas y bastones”.

Otro antecedente internacional tenemos al trabajo de investigación titulada *La responsabilidad penal del menor*, por Gonzales (2020), sustentada en España para optar el grado académico de magister en práctica de la abogacía; en esta investigación el objetivo principal es “valorar si es congruente la aplicación de dicha pena según la edad y no otros factores personales del menor”. Las conclusiones que llegó la investigación precitada fueron las siguientes:

- “La jurisprudencia y legislación, así como la doctrina analizada nos hace mover la balanza a favor de la incongruencia en la determinación

de la edad del menor infractor en 14 años. Es por ello, que queda tipificado en nuestra legislación gracias a la instauración de la Ley 5/2000 de responsabilidad penal del menor”

- “Los delitos de extrema gravedad, en mayores de 16 años será de 1 a 6 años de internamiento cerrado y libertad vigilada de hasta 5 años”.
- “Se desprende del estudio realizado en los textos legales; jurisprudencia, legislación, así como doctrina la inexistencia en el factor personal del menor para imponer una u otra medida coercitiva”.

Finalmente, la investigación aludida, presenta una investigación jurídica, estudiando la jurisprudencia, legislación y bibliografía; es de análisis normativo, social y político.

Otro antecedente internacional, se tiene al artículo titulado “*Cuestionando el sujeto estándar en Derecho: Análisis crítico de los conceptos minoría y mayoría de edad, niño, menores y adolescentes*”, por Fernández (2018), realizado en Chile; en esta investigación lo más resaltante es “conocer cómo han evolucionado y las implicaciones sociales y jurídicas de las categorías: minoría de edad, mayoría de edad, niño, menores y adolescentes, al tratarse de términos clave en la regulación de la vida de las personas con menos de 18 años”, así a las conclusiones que llegó la investigación precitada fueron las siguientes:

- “A pesar de que la legislación establece un acceso al ejercicio de los derechos y la exigencia de responsabilidades, basada en una capacitación gradual, esto no siempre se cumple. Uno de los

principales problemas que enfrentan las personas durante la niñez o adolescencia es que no se regulan sus derechos y, por lo tanto, no pueden hacer uso de los mismos; o cuando están contemplados en los marcos normativos estatales los Estados no los respetan, por lo que existe un problema grave de acceso a la justicia para este colectivo”.

- “La legislación chilena como la española, pueden encuadrarse dentro de las Teorías Positivistas y Paternalistas e implantan un modelo correccional. Las mismas forman parte de la estructura patriarcal y adulto céntrica. Ejemplo claro de ello es el uso que se hace del Derecho Penal, configurado como instrumento de ultima ratio, para imponer un modelo sexual y reproductivo que se implanta desde un poder adulto heteronormativo, y que coloca como incapaces a adolescentes, restringiendo su derecho al libre desarrollo y a la autonomía, vulnerando lo establecido en la CDN”.

Finalmente, la investigación mencionada, presenta una metodología mixta, ya que se utilizó epistemología feminista y el análisis jurídico comparado de Chile y España.

2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS

2.2.1 Evolución histórica

Si tenemos en la evolución histórica de nuestra normatividad penal, advertimos que por nuestra cercanía cultural en materia penal con la legislación penal Suiza, su evolución legislativa, fue tomado en cuenta

como modelo, por nuestros legisladores para la elaboración del Código Penal (derogado) de 1924.

La parte concerniente a los menores de edad, que fue fiel reproducción de la legislación penal helvética. Conforme a la Ley Federal modificatoria del Código Penal Suizo, de 18.03.1971, “si al momento de obrar el agente es mayor de 18 años pero menor de 25, el juez podrá, en lugar de aplicarle una pena, colocarlo en una casa de educación mediante el trabajo; en caso de que esta medida sea considerada adecuada para impedirle reincidir o si la infracción por la que se le juzga está vinculada a una perturbación grave del desarrollo de su carácter, o éste se encuentre amenazado, o si la infracción es consecuencia de su estado de abandono, de su mal comportamiento o de su ociosidad (arts.100, 100bis, 100 ter). En la Reforma global de 2007, las disposiciones relativas a los menores han sido suprimidas de la Parte General del Código. En su reemplazo, se ha elaborado una ley federal regulando su condición penal”.

En consecuencia, como antecedente legislativo a nivel nacional sobre imputabilidad restringida por la edad, sin duda tenemos al art. 148 del Código Penal derogado de 1924, estableciendo como límite para la imputabilidad el periodo comprendía a los individuos mayores de 18 años y menores de 21. Los mismos límites figuran en el art. 22 del Código Penal vigente de 1991.

“A estos individuos ya se les aplican las normas y sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o inimputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente. Por esta razón el CP de 1924 previa la atenuación de la represión, que debería ser proporcional al grado de culpabilidad. Sin embargo, las sanciones previstas eran las mismas que las destinadas a los adultos. Según el art. 148, la pena de internamiento debía ser sustituida por la de penitenciaría no menor de 10 años; las penas de penitenciaría, relegación y prisión podían ser reducidas por debajo del mínimo del tiempo aplicable a los mayores de edad por los mismos delitos y, por último, los términos de prescripción se reducían a la mitad. A contrario, en el Código penal actual, solo se prevé, para dichos incapaces relativos, que podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido” (Hurtado, 2011, p. 619).

No obstante, al margen de ciertas limitaciones, hemos encontrado algunas investigaciones realizadas a nivel nacional como son de los distinguidos juristas penalistas de nuestra Patria como son: José Hurtado Pozo en coautoría con Víctor Prado Saldarriaga, Felipe Villavicencio Terreros, Luis Miguel Bramont- Arias Torres, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Tomás Aladino Gálvez Villegas, James Reátegui Sánchez, entre otros, quienes tratan el tema en sus respectivos Manuales de Derecho Penal Parte General, dentro de la categoría dogmática de la CULPABILIDAD, considerando a la IMPUTABILIDAD como

capacidad de culpabilidad o suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal, o la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación. Sin embargo, en el tema imputabilidad restringida, a excepción de José Hurtado Pozo y Víctor Prado Saldarriaga, los demás ya mencionados, solo relatan descriptivamente el contenido de la norma penal establecida por el Art. 22 del Código Penal vigente y su modificatoria por la Ley 27024, de 25 de diciembre de 1998; sin embargo, no problematizan el tema, ni formulan alguna apreciación crítica sobre esta modificatoria, ni plantean otras alternativas para su solución. Pero es de reconocer que el jurista penalista peruano Percy García Caveró (García, 2019, pp 676-678), hace un breve comentario sobre el tema, manifestando: “Por modificaciones posteriores al art. 22 del CP, impulsadas por razones de lucha contra la inseguridad ciudadana, se establecieron supuestos de exclusión de la atenuación de la pena por imputabilidad restringida. Actualmente esta exclusión se produce cuando el agente ha incurrido en forma reiterada en delitos de homicidio o lesiones graves culposas, cuando el agente ha cometido el delito como un integrante de una organización criminal o cuando se trata de delitos especialmente graves. La decisión legislativa al establecer excepciones a la imputabilidad restringida fue criticada duramente por la doctrina penal por afectar al principio de igualdad”. Esta crítica ha motivado que la Corte Suprema de la República haya decidido por el Acuerdo Plenario N° 4-2016 la inaplicación de dicha restricción por constituir una discriminación no

autorizada constitucionalmente, en la medida que la disminución de la pena por la edad no está en función a la gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano. Agregando Percy García Cavero que, “Debe recordarse que la atenuante por imputabilidad restringida es facultativa, por lo que no es de aplicación general, sino que el Juez verá en casos realmente se puede sostener una disminución de la imputabilidad de los mayores de 18 a 21 años y mayores de 65 años”. Finaliza su apreciación este autor, afirmando: “Personalmente considero que esto es perfectamente posible, por ejemplo, en el caso de delitos graves como el asesinato o la violación de un menor de 14 años, o en la comisión reiterada de homicidios culposos”. El suscrito tesista, modestamente discrepa respetuosamente de este punto de vista, como argumentamos durante el desarrollo de la presente tesis.

A mayor precisión, en la evolución legislativa del art. 22 del CP, cuando el CP del 91, entró en vigencia prescribía lo siguiente: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”. Este precepto no reconocía excepción alguna en relación a determinados delitos graves. Pero fue a partir de la dación de la Ley N° 27024, de fecha 25 de diciembre de 1998, comenzaron a introducirse en el párrafo segundo del mencionado artículo, ciertas excepciones, cuyo tenor literal establece lo siguiente: “Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de

drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”. Posteriormente, con la Ley N° 29439, de fecha 19 de noviembre de 2009, se modificó el primer párrafo del citado artículo, agregando in fine: “(...) salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111 tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo”. Más adelante, con la Ley 30076, de fecha 19.08.2013, se modificó una vez más el segundo párrafo del texto punitivo indicado, adicionándose a los delitos ya excluidos de la imputación restringida, los siguientes “homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado y apología”. Finalmente, el D. Leg. N° 1181, de fecha 27.07.2015, continuó modificando el citado segundo párrafo del CP, excluyendo del beneficio de imputación restringida por la edad, a los tipos penales siguientes: “Criminalidad organizada, sicariato, conspiración para el delito de sicariato, genocidio, desaparición forzada y tortura”. Manteniendo las anteriores modificaciones ya citadas.

A su turno, la Jurisprudencia Constitucional, la Jurisprudencia Suprema y los Acuerdos Plenarios, han tenido la siguiente evolución de avance y retroceso. A partir de 1998, donde se realizó la primera modificación del art. 22 del CP, hasta la actualidad, con la vigencia de la última modificatoria de 2015, mediante el Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27.07.2015. La Jurisprudencia Suprema en materia penal,

ha venido evolucionando en torno a la inaplicación, por control difuso, de la prohibición o exclusión de la imputabilidad restringida por la edad, en razón a la comisión de delitos graves. Probablemente haya sido en el año 2004, en que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante los R. N. N° 179-2004 y N° 395-2004, que comenzó a considerar como inconstitucional la prohibición de rebajar la pena por la edad de los condenados en ciertos delitos, implicándola por control difuso, por afectar el derecho a la igualdad. Lo cual fue un avance, empero, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, no compartió este punto de vista, conforme se ve reflejado en el R. N. N° 246-2005, en donde se aplicó la prohibición, aumentándole la pena al condenado de un delito de tráfico ilícito de drogas, a pesar de la juventud del condenado. Estos antecedentes demuestran que, para aquel momento, los criterios de las Salas Penales de la Corte Suprema estuvieron encontrados.

Las consideraciones del Tribunal Constitucional han resultado siendo poco feliz en el tema, por haberse ceñido a interpretar el art. 22 del CP, con método literal o gramatical, sin hacer uso otras formas de interpretación constitucional, viendo a la naturaleza de la responsabilidad restringida por la edad. En efecto en la STC.Exp. N°1908-2005-PHC/TC, fundamento N° 15, ha indicado lo siguiente: “(...) la aplicación del principio de responsabilidad penal restringida es una potestad jurisprudencial dejada al libre y prudente criterio del juzgador, mas no así una disposición de carácter vinculante u obligatoria, siendo que es de

naturaleza facultativa y no obligatoria”. Asimismo, agrega: “El legislador de esta manera deja al criterio del juzgador la aplicación de la penalidad restringida en razón de la edad, debiendo tenerse en cuenta para la graduación de la pena la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido por el agente, así como de sus condiciones personales”. De esta manera el TC, efectuando una interpretación literal de la norma penal citada, parte de la expresión “podrá reducirse”, que usa el legislador, el Colegiado del Tribunal Constitucional, entiende que ésta es una facultad del Juez, de evaluar también la gravedad del delito, el grado de responsabilidad del autor y las condiciones personales. Así se genera toda una confusión en el adecuado uso de las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Por su parte, la Sala Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema de la República, cuando un juez penal inaplica el segundo párrafo del art. 22 del CP (responsabilidad restringida por la edad), porque según su parecer vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el art. 2, numeral 2 de la Constitución, dicha decisión es elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, los pronunciamientos emitidos por este ente jurisdiccional han sido dispares, con tendencia a desaprobado las consultas elevadas; en los primeros pronunciamientos, respecto al tema tratado han indicado en resumen por la desaprobación de las consultas sobre la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del CP, con base a que tal diferenciación

se enfoca en la gravedad del delito, por lo que es justificada tal medida, por lo tanto, sostienen que no se ha afectado el principio de igualdad.

En el segundo pronunciamiento, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, ha cambiado de argumento, señalando que la reducción de la pena por responsabilidad restringida no es una obligación sino una facultad del juzgador, sujetándose así a una interpretación literal de la norma, también ha indicado que tal diferenciación es constitucional porque las excepciones se basan en la gravedad del ilícito cometido, por ejemplo: robo agravado, violación de la libertad sexual, feminicidio, sicariato, terrorismo, etc.

Dentro de las Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, a diferencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social, se ha inclinado por inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del CP, ya que son abundantes los pronunciamientos que van en ese sentido, mientras que, en sentido contrario, en contra de unas cuantas sentencias que consideran constitucional dicha norma.

Es así en una primera posición, se postula la aplicación del segundo párrafo del art. 22 del CP. Al igual que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, la Sala Penal ha sostenido que las excepciones establecidas en la norma penal acotada, sobre la reducción de la pena por imputabilidad restringida, no afectan ningún principio ciñéndose a la literalidad de la norma. En el R. N. N° 516-2004- Ica, en el considerando quinto, sostiene: (...) “a pesar de determinarse con

partida de nacimiento de fs. 61 que el acusado David Cristian Arteaga contaba con menor de 21 años al momento de la consumación de los hechos, no le resulta de aplicación la atenuante sustantiva por responsabilidad restringida por expresa prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código sustantivo que excluye de sus alcances al agente que comete el delito de violación sexual”.

En otro pronunciamiento similar la Sala Penal de la Corte Suprema, ha añadido como fundamento de su no aplicación de la imputabilidad restringida por la edad, la gravedad del delito. En posterior pronunciamiento, siempre sujetándose a la literalidad de la norma, han variado su postura, indicando que reducir o no la pena (por responsabilidad restringida) es una facultad dada al juzgador, y que de ello depende del modo y las circunstancias en que se ha cometido el delito.

En una segunda posición asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, superando sus anteriores puntos de vista, ha planteado la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del CP, basado en un control difuso, ya que las excepciones establecidas en la norma citada, colisionan con el principio de igualdad previsto en el art. 2, inciso 2 de la Constitución. En esta circunstancia, en el R.N. N° 3823-2012, en el quinto considerando se pronuncia: “(...) más aún si el procesado por su edad, puede ser beneficiado con la reducción prudencial de la pena señalada por el hecho punible cometido, conforme lo prescribe el artículo 22 del Código Penal, pues la previsión de la ley referida en el

segundo párrafo del Código acotado, en el sentido que no es de aplicación el criterio de responsabilidad restringida, es inconstitucional; por tanto, en aplicación del control difuso que faculta a los jueces se debe inaplicar la prohibición”.

Esta posición en los últimos tiempos ha sido asumida en forma más precisa y contundente por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, es así en el R. N. N° 701-2014- Huancavelica, en el considerando séptimo se establece: “Es cierto que el art. 22 del CP, modificado por la ley 27024, del 25 de diciembre de 1998, prohíbe la disminución de la pena. Sin embargo, tal limitación por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional de igualdad, no puede ser aplicada. En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en la capacidad penal disminuida- sustento o elemento esencial de la culpabilidad-, no en el delito cometido; hacerlo por esta razón significa incorporar como regla la interdicción de exención de pena un elemento impropio que decide la antijuridicidad y, por lo tanto, con una base no objetiva no razonable que una democracia constitucional no puede aceptar. Siendo así, es imperativo amparar parcialmente el recurso de nulidad y solo disminuir la pena impuesta a la inmediatamente inferior”.

Entre los más recientes, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 335- 2015- proveniente del Santa, de fecha 1 de junio de 2016, en una sentencia emblemática, ha realizado control difuso, del segundo párrafo del art. 22 del CP,

prescribiendo en el considerando vigésimo octavo el siguiente criterio: “(...) La prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida en el segundo párrafo del art. 22 del CP, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico indemnidad sexual, no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de las penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces la exclusión de la atenuante por imputabilidad restringida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables”. Asimismo, en el considerando cuadragésimo segundo, en la Casación glosada se agrega: “En el caso de autos, el artículo 22 del primer párrafo del CP, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos; de no hacer, se afecta el principio- derecho de igualdad garantizado por el art. 2, inciso 2 de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional ha preservado la facultad del Juez para reducir prudencialmente la pena, que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del segundo párrafo del art. 22 del CP. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir a este caso

concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado”.

Esta postura es la que viene primando en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema. No obstante, existen algunos casos, en los que la Corte Suprema sigue con la idea de que la responsabilidad restringida es una facultad del juzgador.

Sin embargo, como acertadamente indica Cruz Del Carpio, Lan (Cruz, 2017, pp. 163) que es un estudioso en la materia: “(...) dicho criterio está siendo superado, puesto de que ahora la Corte ha indicado que, más que una facultad, es una obligación de los juzgadores reducir la pena cuando media una responsabilidad restringida, ya que es un mandato general. En otras palabras, la Sala Penal de la Corte Suprema, en un primer momento aplicó el segundo párrafo del art. 22 del CP, como si fuera constitucional, ya que la diferencia establecida se basa en la gravedad del delito; sin embargo en posteriores pronunciamientos ha cambiado de criterio, tales en los recaídos en el R.N. N° 701-2014-Huancavelica, R. N. N° 1949-2012- Lima Norte, Casación N° 335-2015-Del Santa, y R.N.N°415- Lima Norte, **ya que, más que una facultad, es una obligación del juzgador aplicar la reducción de la pena cuando media responsabilidad restringida**, puesto de que el segundo párrafo del art. 22 del CP, no pasa el test de proporcionalidad, en consecuencia, atenta con el principio de igualdad. (el resaltado es nuestro).

En cuanto a los ACUERDOS PLENARIOS, tenemos en primer lugar al Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, de fecha 18.07.2008, indicó que “los jueces, vía control difuso, pueden inaplicar la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal y, por lo tanto, reducir la pena prudencialmente cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años al momento de cometer el delito, cuando consideran que dicha norma introduce un trato desigual y desproporcionado. Siendo lo más relevante de dicho acuerdo plenario el fundamento jurídico 11, en la que se señala: (...) los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionado, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo”.

En segundo lugar y últimamente, se ha realizado el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116, de fecha 12.06.2016, que forma parte del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 17.10.2017, abordó el tema de las Restricciones Legales en materia de imputabilidad relativa y confesión sincera. En la audiencia, llevada a cabo el 28 de setiembre de 2016, participando como *amicus curiae* en el pleno el Prof. Dr. José Antonio CARO JHON, quien considera que “el dispositivo materia de debate no es compatible con los fundamentos de la responsabilidad penal restringida por la edad, ni mucho menos supera el examen de

conformidad con los preceptos constitucionales. A su juicio, los órganos jurisdiccionales deben aplicar el control difuso, ante la manifiesta contravención con los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad. También participó el Prof. Dr. Juan Carlos Jimenez Herrera, en la condición de *amicus curiae* ante el Pleno, quien considera que la mencionada restricción colisiona abiertamente con los fundamentos de la capacidad de culpabilidad, el principio de resocialización de la pena y los derechos fundamentales individuales de los adolescentes mayores”. Por su parte el Prof. Dr. Elder J. MIRANDA ABURTO, al revisar los antecedentes de la imputabilidad disminuida en nuestra legislación, considera que las modificaciones realizadas al segundo párrafo del art. 22 del CP, son válidas, en tanto fueron producto de cuestiones de Política Criminal y tienen como objetivo el combate contra la inseguridad ciudadana y crimen organizado. Por otro lado, Luis Arturo BERMEO CEVALLOS estima que “las limitaciones a la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad son una manifestación del derecho penal del enemigo y del populismo punitivo que lesionan los principios de igualdad y de culpabilidad, quienes sustentaron y debatieron sus ponencias”. Después participaron los jueces supremos, siendo ponentes los señores César San Martín Castro e Hinostroza Pariachi.

La posición asumida por el PLENO, en el fundamento 14, ha señalado que “la prohibición que establece el segundo párrafo del art. 22 del CP, respecto a la disminución de la punibilidad en ciertos delitos,

incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. Se fundamenta dicha posición en que si la edad del agente está referida a la capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados a este elemento, como sería uno centrado a la gravedad de los delitos, pues se tiene que este es un factor que incide en la entidad del injusto (antijuridicidad de la conducta), importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado; mientras que la culpabilidad por el hecho, incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido”.

Asimismo, en el fundamento 15, refiere que “el grado de madurez o disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. De esta, se tiene que la disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del art. 22 del CP, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución del ser humano”.

De lo manifestado, se puede deducir que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha considerado en este acuerdo plenario, que la diferenciación basada en la gravedad del delito que establece el segundo párrafo del art. 22 del CP modificado, no está justificada constitucionalmente, ya que la dimensión de punibilidad que se regula en dicho artículo está referida a la capacidad penal del sujeto, la cual es un elemento de la culpabilidad, mientras que la gravedad de los delitos está referida a la antijuridicidad, por lo que resulta siendo un contrasentido

hacer una diferenciación en circunstancias que nada tienen que ver con la capacidad penal del imputado. Resultando pertinente plantear como alternativa de solución al problema investigado la derogación total del párrafo segundo del art. 22 del CP, de igual manera la derogatoria del primer párrafo, in fine del citado artículo que está referido a los que comenten en forma reiterada las infracciones penales culposas de homicidio y lesiones graves.

2.2.2 Política criminal

Las bases teóricas y científicas del problema de investigación, los podemos encontrar en los diversos Manuales y Tratados de Derecho Penal Parte General, tanto en autores extranjeros como nacionales, ubicándolas en el tema general referido a la Teoría Jurídica del Delito, dentro de la categoría o estrato dogmático de la CULPABILIDAD, y particularmente la IMPUTABILIDAD como capacidad de culpabilidad, y la IMPUTABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD, dentro de la imputabilidad disminuida, como factor atenuante en la graduación de pena.

Dentro de los operadores de la justicia penal y Constitucional existen dos criterios jurisprudenciales marcadamente diferenciadas; es así dentro de los operadores de la justicia penal ordinaria: a) El criterio de aplicar control difuso constitucional respecto del segundo párrafo del Art. 22 del Código Penal, y b) Tendencia de no aplicar control difuso constitucional respecto del segundo párrafo del Art. 22 del Código Penal;

y el Tribunal Constitucional ha adoptado la postura de que “la aplicación del principio de responsabilidad penal restringida es una potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del juzgador, más no así una disposición de carácter vinculante u obligatoria” (Expediente. N° 1908-2005-PHC/TC).

En el Congreso de la República existió un Proyecto de Ley presentado por el congresista JOSÈ LEÒN RIVERA, Presidente de la Comisión Especial Multipartidaria de Seguridad Ciudadana, sustentando una posición muy conservadora, propio del autoritarismo superficial y torpe que propugna la derogación del texto íntegro del Art. 22 del Código Penal.

En el ámbito de la Política Criminal sobre el tema, existen dos tendencias diametralmente opuestas:

A. Tendencia de Política Criminal Garantista

Esta tendencia es compatible con un Estado Social y Democrático de Derecho, o con un Estado Constitucional de Derecho. Sobre esta base se formula un nuevo aparato conceptual capaz de dar cuenta de las conexiones reales entre Dogmática Penal y la Política Criminal y la construcción de una Política Criminal y de un Derecho Penal compatible con un Estado Constitucional de Derecho, que se sustenta en el respeto y protección de los derechos humanos o de los derechos fundamentales y en construir límites y racionalizar el poder punitivo del Estado.

Se plantea también que “la imputabilidad restringida por la edad, debe ser entendida como una imputabilidad disminuida, es decir, una disminución de la culpabilidad que trae como consecuencia la atenuación de la pena” (Art. 21 del CP) que es de aplicación obligatoria. Aunque la imputabilidad restringida tiene un contenido diferente, que “el Juez podrá reducir prudencialmente la pena cuando el agente tenía más de dieciocho y menos de veintiún años o más de 65 años” (Art. 22 del CP) al momento de ejecutar el delito. Si bien la persona de imputabilidad restringida, es un sujeto capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, es decir, capaz de evitar la comisión de delitos, no obstante, lo que se encuentra disminuida es la capacidad de auto controlarse.

En la Dogmática penal peruana conforme al texto original del Art.22 del Código Penal vigente, la imputabilidad restringida por razón de edad se plantea adecuadamente en dos supuestos de aplicación:

1) Cuando el agente es mayor de 18 años y menor de 21 años: este supuesto, se basa en la inmadurez del agente, ya que aún no ha culminado su proceso de madurez tanto en su desenvolvimiento mental como moral, siendo altamente influenciado por otras personas (ya sean familiares, amigos o autoridades, etc.) o determinable por las circunstancias del hecho. Destacan que los menores de 21 años casados o emancipados no pierden el derecho a la disminución de la pena, pues la norma penal establece una presunción absoluta fundada solo en la edad cronológica del agente.

2) **Cuando el agente es mayor de 65 años:** (...) “se basa en que estas personas por lo general tienen una menor peligrosidad, dada su decadencia o degeneración provocada por la senilidad (su raciocinio es más lento, la memoria más frágil, el índice de sugestionabilidad y desconfianza mayor); además no está en condiciones de igualdad con los delincuentes adultos para soportar el rigor de la condena”. (Bramont-Arias, 2002, p. 316).

En cambio con la modificatoria introducida por el **Decreto Legislativo 1181**, tanto el primer párrafo, in fine, y en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, respectivamente se excluyen la aplicación de la imputabilidad restringida o eximente imperfecta de responsabilidad penal, con atenuación de la pena, al agente de imputabilidad restringida por razón de edad, al reincidente en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo; mientras en el segundo párrafo del art. 22 del CP, se excluyen la imputabilidad restringida o a la reducción de la pena, teniendo en cuenta la gravedad o entidad del delito cometido, "cuando el agente es integrante de una organización criminal o haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado

contra la seguridad nacional, traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua".

Estas modificatorias, según la concepción garantista del Derecho Penal y de la Política Criminal modernas, transgreden derechos fundamentales protegidos no solo a nivel constitucional (Art. 2º, inciso 2) de la Constitución.), referido al derecho de igualdad ante la ley, sino también a **nivel supranacional (Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**, establece y protege el principio de igualdad ante la ley; razón por lo que muchos jueces de todas las instancias del ámbito penal en nuestro país, aplican el Control Difuso Constitucional, aplicando en casos concretos sobre todo el segundo párrafo del art. 22 del CP, de conformidad con el Art. 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B. Tendencia de Política Criminal Autoritaria:

En el Perú, esta tendencia se ha venido acentuando como consecuencia de la creciente inseguridad ciudadana, donde a nivel de la Criminalización primaria se ha venido manifestando una tendencia de **sobre criminalización** en la legislación penal. Sobre todo, cuando el Congreso de la República ha delegado facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, las mismas que han originado la expedición de Decretos Legislativos como el D. Leg. 1181, que restringen o prohíben la aplicación de la imputabilidad restringida por la edad. Por otra parte, crean delitos, incrementan penas, pretensiones de disminuir la edad para

la responsabilidad penal, eliminando beneficios penitenciarios, en el ámbito penitenciario, y debilitando la garantía del debido proceso en el ámbito procesal penal. Sin duda que la política Criminal de corte autoritario, en nuestro país se ha acentuado con la dación del D. Leg. N° 1181, que “prohíbe la posibilidad de atenuación de la pena solo para determinados delitos establecidos en el segundo párrafo del Art. 22 del CP”. “No puede ser que una persona de más de 18 y menor de 21 años de edad, o mayor de 65 años de edad, sea imputable restringido para el delito de homicidio simple, robo simple y no lo sea para homicidio calificado y robo agravado. La edad es una sola, por tanto, si el delito es cometido en una edad a la que el ordenamiento jurídico adscribe una imputabilidad restringida, entonces tal adscripción es válida para los delitos que se comenten a esa edad. En esto radica el principio de igualdad, de tratar como igual, como imputable restringido, para todos los delitos que al momento de cometerlos tenga una edad mayor de 18 y menor de 21 años, y mayor de 65 años. Ahora bien, unido al principio de igualdad se encuentra el principio de proporcionalidad, que el presente caso permite atenuar la pena precisamente en función a la edad que adscribe al ciudadano la condición de imputable restringido” (Caro, 2016, p. 21). **Caro Coria** concluye que el segundo párrafo del art. 22 del CP es inconstitucional. Haciéndonos recordar que el Acuerdo Plenario N 4-2008/CJ-116 en su fundamento jurídico n° 11 deja a los jueces de la nación la posibilidad de que mediante un control difuso decidan, con la carga argumentativa correspondiente, inapliquen el precepto legal, si

estiman que dicha norma (párrafo segundo del art. 22 del CP), introducen una discriminación - desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada.

Por su parte el profesor Jiménez Herrera, Juan Carlos (Jiménez, 2016 pp. 299) en su artículo "Responsabilidad Restringida", como conclusión importante anota: “El párrafo segundo del art. 22° del CP vulnera los principios de igualdad, proporcionalidad y de resocialización. En principio porque excluye a un sector de los adolescentes mayores, del derecho premial relacionado a la responsabilidad penal restringida y, por otro lado, con penas privativas de libertad de larga duración o con cadena perpetua es utópico que se reeduchen y reincorporen a la sociedad, muy por el contrario, se margina y destruye sus proyectos de vida”.

Resulta relevante en este orden de ideas, el punto de vista expuesto Por el profesor Bermeo Cevallos, Lus Arturo (Bermeo, 2016. P. 35), cuando señala: “En este contexto, qué duda cabe, que con la promulgación del D. Leg. N° 1181 nos encontramos ante un derecho penal del enemigo, pues está dirigida para un grupo de gentes y para un grupo de delitos, como una forma de combatir la criminalidad violenta, existiendo una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley y para la ley, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad. El mismo autor, citando a Jiménez, agrega: “El derecho penal como control social formal tiene como columna vertebral principios que van a delimitar su intervención: principio de legalidad, intervención mínima, y protección de bienes jurídicos; sin embargo, nuestra sociedad está viviendo una

realidad donde el populismo punitivo se está acentuando cada vez más. Es que los gobiernos de turno han venido transgrediendo estos principios vitales que caracterizan al derecho penal garantista. A causa del populismo punitivo, el cual se entiende como el uso del derecho penal por parte de los políticos para conseguir popularidad y favoritismo. En efecto, el fenómeno del populismo punitivo promueve desde el Congreso y el Gobierno, la expedición de leyes impróvidas, incongruentes e irracionales para crear delitos, aumentar penas, reducir beneficios penitenciarios, privatizar la justicia, desestructurar el debido proceso acusatorio adversarial, soslayar derechos y menoscabar garantías, etc. Estas leyes que son emanadas como el pan de cada día, sin poseer sustento lógico alguno, son muchas veces incongruentes con la realidad y desarrollados sin estudios de política criminal; sin embargo, si poseen gran tendencia en el ámbito político electoral” (Bermeo, 2016, pp. 37-38).

De esta manera se suma también a la idea que, si se puede inaplicar el segundo párrafo del art. 22 del CP, vía control difuso, haciendo alusión a lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 335-2015- proveniente del Santa.

2.2.3. Teoría general del delito o teoría jurídica del delito o teoría de la imputación penal

2.2.3.1. Concepto

“La teoría del delito o teoría de la imputación penal, se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible. Esta es producto de una larga evolución de la dogmática penal. Tiene su campo de estudio en la parte general del Derecho Penal. La teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles”. (Villavicencio, 2006, p p. 223).

La dogmática jurídico-penal tiene aspectos positivos y negativos. Como criterios positivos, las notas que distinguen y avalan la necesidad de contar con una teoría del delito son las siguientes:

- Es un instrumento que aporta seguridad jurídica, pues fija las reglas de juego, permitiendo conocer anticipadamente el ámbito de lo prohibido y lo permitido. De esta forma aleja la solución de los casos penales del azar y la arbitrariedad.
- Garantiza los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado, instrumentalizando la vigencia de los principios básicos del Derecho Penal (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, etc.).

- Permite estructurar racionalmente las causas de exoneración de responsabilidad penal (causas de justificación, de exclusión de culpabilidad, etc.) analizando ordenadamente sus criterios rectores, lo que resulta esencial para la seguridad jurídica.
 - Posibilita la aparición de una jurisprudencia racional y uniforme.
 - Ha alcanzado un alto grado de desarrollo y refinamiento jurídico”.
- (Ferré, 2010, p.190).

2.2.3.2. La categoría de la culpabilidad

La Culpabilidad dentro de la Teoría del Delito, es el último gran elemento o requisito del delito, y constituye un presupuesto para la imposición de la pena. Este requisito, es una exigencia general de todo hecho punible, adicional a las exigencias de las categorías de Tipicidad y Antijuricidad. Dentro de la posición doctrinaria mayoritaria se admite que la Culpabilidad es un presupuesto ineludible para la aplicación de la Pena. En esa misma dirección de pensamiento cabe aclarar que para la imposición de la pena como consecuencia de la comisión de un delito, no es suficiente que la conducta con relevancia penal sea típica y antijurídica, necesariamente se requiere la concurrencia de la categoría dogmática de la Culpabilidad. En cualquier país civilizado del mundo, frente a la comisión de un hecho punible, se requiere que la conducta sea Típica y Antijurídica, sin embargo, estas dos características, no acarrear automáticamente la imposición de una pena al autor de un hecho

criminoso. Existen algunos casos penales, en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal, cuando concurre una causa de justificación. Pero en el supuesto que también se comprueba que no concurre una causa de justificación como es la legítima defensa, por ejemplo, aún no se puede imponer la pena. Ello demuestra que, junto a la tipicidad y a la antijuridicidad, debe concurrir una tercera categoría de la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad, una categoría cuya función consiste, precisamente, en escoger a aquellos elementos referidos al autor de un delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, resultan inevitables la presencia de la Culpabilidad para la aplicación de la pena.

Para Roxin, “las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad, sino que lo complementan. Según este autor, una vez comprobada la culpabilidad, entendida también en el sentido tradicional, procede a averiguar si desde el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal es o no necesaria una pena, es decir, si se puede y se debe hacer responsable al sujeto por lo que ha hecho. De ahí que, en lugar de culpabilidad, prefiera el término de responsabilidad. Sin embargo, no hay porque disociar la culpabilidad de los fines de la pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho”.

(...) “este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto. A mi juicio este

fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora en la norma penal”, (...).

La *motivabilidad*, “la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, es según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y en, consecuencia la existencia de responsabilidad por la acción por él cometida” (Muñoz, 2002, pp. 357,361,363-364).

2.2.3.3. Noción de imputabilidad

“La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos” (Muñoz, 2002, p.371).

“De la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, se puede deducir la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de

su acto y la facultad de determinarse conforme a esa apreciación” (Hurtado, 2005, p. 626).

2.2.3.4. Imputabilidad restringida por razón de edad

(...) “el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona”. (Hurtado y Prado, 2011, p. 618).

Por otra parte, Hurtado Pozo, afirma “Es cierto que, hoy en día, la mayoría de delitos son obra de personas que se encuentran en este periodo de desarrollo. Pero también es cierto que el proceso de madurez del individuo no ha terminado. Pinatel sostiene, con razón, que “la madurez no comienza al final de la adolescencia, que hay un período intermedio que va de los 18 a los 25 años, donde el crecimiento aún no ha terminado, donde la osificación evoluciona, el sistema nervioso termina su desarrollo y, por último, que la madurez propiamente dicha comienza a los 25 años” (Hurtado, 2005, p. 647).

(...) de ahí entonces que el CP legisla en su art. 22 una situación personal privilegiada al considerar a la persona mayor de 18 años y menores de 21, y también a los que tengan más de 65 años de edad como incapaces relativos o responsables restringidos, salvando las excepciones

que allí se establecen, que tendrá un efecto atenuatorio en la penalidad (Reategui, 2014, p. 709).

En lo que respecta a los ancianos más de sesenta y cinco años de edad. "El fundamento de esta causa de imputabilidad restringida es el hecho de que, después de la edad adulta en la cual la persona alcanza su madurez y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un período de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta las facultades vitales. En la medida en la que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender o de determinarse, la capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada. Si la degeneración del estado de salud de la persona provoca anomalías psíquicas, la disposición aplicable, según las circunstancias, será entonces el art. 20, inc. 1, o el art. 21"(Hurtado-Prado, 2011, p. 621).

2.2.3.5. Imputabilidad disminuida

Es una institución del Derecho Penal, que en la doctrina no existe uniformidad de criterios, para algunos es sinónimo de Imputabilidad restringida, para otros solo guarda semejanza, pero en doctrina mayoritaria se concibe como disminución de la capacidad penal del agente, que se debe con frecuencia a las perturbaciones en su salud mental o en su conciencia o también a las alteraciones que sufre en su percepción. Sin embargo, estos estados en la realidad, no logran hacer

desaparecer totalmente la facultad de comprender el carácter delictivo de su acto o la de determinarse conforme a esa apreciación, aunque generan su debilitamiento. Nuestro Legislador aceptó implícitamente este concepto, cuando se dispone en el art. 90 del Código Penal derogado, que en los casos del art. 85, cuando no concurre los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimo legal. En la práctica la misma regla ha sido prevista en el art. 21 del CP vigente, sumillado como “responsabilidad atenuada, que establece: “En los casos del art. 20, cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

Al respecto, el extinto maestro Villavicencio sostiene: “La imputabilidad disminuida (exigibilidad parcial) no es una forma autónoma de semiimputabilidad pues no se trata de un estado límite entre la inimputabilidad e imputabilidad. En este sentido, el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, es decir, el autor todavía capaz de evitar la comisión de delitos. En verdad, lo que aquí se encuentra disminuida es la capacidad de auto controlarse, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo el comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a disminuir la capacidad de culpabilidad, debido a que debe compensarse su menor capacidad de control” (Villavicencio, 2006, pp. 606-607).

“Debe quedar claro, que la imputabilidad disminuida es un caso particular de menor culpabilidad o una regla para la cuantificación de la pena, reconocido desde siempre como un fenómeno real para las sucesivas leyes penales, y a ello se debe en parte la tendencia legislativa y doctrinaria de supresión de los mínimos de las escalas penales. Dado que se trata de un supuesto de menor culpabilidad no cabe sostener que constituye una atenuación meramente facultativa, pues si no se adecua la pena a la culpabilidad, se viola el principio de culpabilidad, por lo que debe entenderse que si hay culpabilidad disminuida la atenuación es obligatoria”. (Zaffaroni, 2000, pp. 676).

2.2.4. Dogmática jurídico-penal, política criminal y criminología

"Se requiere una constante y estrecha colaboración entre la Criminología, la Política Criminal y la Dogmática jurídico -penal, que son los tres pilares del sistema de la **Ciencias Penales**, inseparables e interdependientes" (Villavicencio, 2006, pp. 24-25).

"**La dogmática jurídico-penal** es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal" (Roxin, 1997, p. 192).

"La importancia de la dogmática penal se encuentra en que nos da un mejor conocimiento y aplicación del sistema normativo vigente y garantiza su aplicación coherente e igualitaria. Favoreciendo así la

seguridad jurídica en el campo del Derecho Penal. En este sentido, se acepta una dogmática creadora y crítica, como un sistema abierto de ideas en permanente reelaboración y discusión de sus postulados, cuya principal finalidad debe ser garantizar la dignidad de las personas” (Villavicencio, 2006, pp. 26-27).

Política Criminal: Para el profesor Villavicencio: “La Política Criminal es la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia penal (ZIPF). Para otros, la Política Criminal busca modelos de regulación y adopta decisiones sobre ellos en una constante revisión en orden a las posibilidades de mejora de la justicia penal, sobre la base de los resultados que aporta la Criminología y la crítica del actual sistema punitivo. Es una disciplina con fundamento empírico que forma parte de la política jurídica del Estado, que a su vez integra su política general” (Villavicencio, 2006, pp, 27).

Luego el mismo autor agrega: “La política Criminal se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las instituciones que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva. Para ello, promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, es decir, examina si corresponde o no tales mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes. Así surge un derecho penal dinámico, que va remozándose de acuerdo con los avances de la ciencia. También otorga a los poderes públicos las programaciones

científicas, que elabora en la lucha contra la delincuencia, más adecuadas para el eficaz control del delito” (Villavicencio, 2006, pp. 28).

Si revisamos la Historia, en los tiempos actuales se observan orientaciones político- criminales contrapuestas: a) unas que tratan de mantener las ideas liberales del siglo XVIII y procuran renovarlas con ideales democráticos del siglo XX, basándose en principios que pretenden limitar la potestad punitiva del Estado y garantizar derechos del hombre para consolidar un sistema penal de corte democrático, y b) otras que se apartan de ellos y optan por sistemas autoritarios, o con contenidos de corte autoritario, que permiten la extralimitación del poder penal.

“En efecto, en la realización de sus objetivos la política criminal puede ejercerse con límites o sin límites y, por tanto, puede observar o no ciertos criterios o principios que tienen la función de limitar o extralimitar el ejercicio del poder, lo que dependerá de la ideología que le sirve de base, que es la que puede indicarnos si se trata de una política criminal y de un derecho penal que se corresponden a las exigencias del Estado democrático de derecho o las del Estado autoritario o absolutista. Para ello cuando se habla de una política penal, igualmente podrá verse si se trata de una política criminal que admita o no límites en el ejercicio *del ius puniendi* estatal. Pues es evidente que en la actualidad, así como puede observarse una tendencia que se pronuncia por la vigencia de políticas criminales más acordes a las exigencias del Estado social y democrático de derecho, ampliamente respetuosas de derechos humanos,

también existe la tendencia opuesta, en la que los derechos humanos no constituyen una prioridad; y todo parece indicar que esta última tiene preferencia en los programas oficiales de los últimos tiempos, diseñados a raíz del desarrollo de la delincuencia organizada tanto nacional como transnacional, que han determinado la generación de instrumentos jurídicos internacionales, como la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo de 2000”. (Moreno, 2008, pp. 501-502, 510).

La Criminología: “La Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta. Su ámbito científico puede caracterizarse de modo preciso en tres conceptos básicos: delito, delincuente y control del delito. A ellos hay que agregar también lo que concierne a la víctima y a la prevención del delito” (Pérez, 2009, p. 15).

“Hoy en día, el objeto principal de estudio son el control social y los órganos que lo ejercen. Así la etiología de la delincuencia ha dejado de ser la preocupación central. Esta se dirige más bien hacia la reacción social que condiciona el hecho de que se califique de criminales a las personas y como delitos sus comportamientos. Grosso modo, es posible distinguir una corriente centrada en el delincuente y su comportamiento de otra dirigida hacia el fenómeno de la criminalización” (Hurtado, 2005, p. 68).

2.2.5. Sistema penal y seguridad ciudadana

El Jurista (ya extinto) Felipe Villavicencio al respecto asevera: “La seguridad ciudadana es la protección que debe brindar el Estado a las personas respetando sus derechos y libertades fundamentales. Tiene por objeto cumplir con el propósito central que justifica todo Estado democrático de Derecho: conservar y desarrollar a los seres humanos del modo más completo posible. Para este fin busca la satisfacción de sus derechos humanos a la seguridad personal y colectiva”.

Luego agrega: “La noción de seguridad ciudadana puede ser delimitada democráticamente planteando una serie de factores dentro de los diferentes sectores del sistema penal. En este sentido, resultará necesaria que la actuación de la policía deba adecuarse a los límites que se encuentran en las normas internas e internacionales de protección de los derechos humanos, sin descuidar el logro de límites aceptables de eficiencia a través de la formación y preparación de sus cuadros y el uso de técnicas más modernas de investigación. En el campo judicial, será necesario buscar una administración de justicia pronta, justa y, fundamentalmente independiente. Todo ello implica una modernización de la legislación penal (sustantiva, procesal y penitenciaria). Solo así será posible hablar de una noción de seguridad ciudadana de límites democráticos que sea acorde a las exigencias impuestas por las normas protectoras de los derechos humanos” (Villavicencio, 2006, pp. 22-23).

2.3. MARCO CONCEPTUAL

El marco conceptual es clave para comprender mucho mejor la tesis, porque han sido desarrollados con las conceptualizaciones de los juristas penalistas, anteriormente citados, cuyos conceptos versa sobre:

- **Imputabilidad o capacidad de culpabilidad:** “(...) una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esa apreciación” (Hurtado, 2005, p. 626).
- **Imputabilidad Restringida:** (...) “es la situación de la atenuación de la pena para los jóvenes adultos, que el Juez podrá reducir prudencialmente la pena cuando el agente tenía más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de ejecutar el delito (artículo 22, Código penal). (...) El Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 acordó (acuerdo plenario 4/99) por mayoría que esta circunstancia atenuante se aplica facultativamente y en ese caso, la disminución de la pena opera a partir del mínimo legal hacia abajo”. (Villavicencio, 2006, p. 608).
- **Edad:** “Tiempo de existencia de una persona calculada a partir de su nacimiento. Sirve como referente, en el Derecho Civil, para establecer la capacidad y la incapacidad relativa; en el Derecho Penal, para establecer la imputabilidad y la imputabilidad restringida” (Chanamé, 2012, pp. 261-262).
- **Atenuante:** “(Derecho Penal). Se designa así a las circunstancias o conductas que influyen en la composición o estructura de un hecho un

determinado caso, modificando o eliminando la responsabilidad del autor” (Chanamé, 2012, p. 101).

- **Circunstancias atenuantes:** “El juzgador logra imponer una sanción justa y adecuada al caso concreto, cuando la desprende del análisis detallado de la pequeña, regular o enorme gravedad del hecho producido. Así, vemos que las circunstancias atenuantes son las que contienen una peña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una disminución de la pena con respecto al delito simple” (Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, 2006, p. 218).
- **Pena:** “La pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito que se aplica siempre al agente de infracción dolosa; el juzgador para imponerla debe haber corroborado la imputación con medios idóneos y suficientes que demuestren la culpabilidad del autor en su sentido amplio de responsabilidad penal, de lo contrario, se afectará el principio Constitucional de presunción de inocencia señalado en el literal *e* del inc. 24 del Art.2 de la Constitución Política del Estado (RN N° 187-2004-JUNIN, Castillo Alba TM III, pág. 245)” (Villavicencio, 2006, p. 453).
- **Determinación e individualización de la pena:** “La determinación judicial de la pena es aquella que se relaciona exclusivamente como toda la actividad que desarrolla la autoridad judicial para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice, esto es el juez luego de valorar los hechos y contrastarlos con la participación de cada uno puede decidir por la clase, la extensión o el modo de ejecución de la pena, medida

de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia. (R.N. N° 3407-2006. Data 40,000)” (Villavicencio, 2006, p. 453).

- **Funciones de la pena:** “La pena tiene función preventiva, protectoria y resocializadora como prevé el Art. IX del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se reinserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso 22 del Artículo 139 de la Constitución Política, que establece que el Régimen Penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. (Expediente N° 296-2004-Lambayeque, sentencia, 17 de junio 2004)” (Caro, 2007, p. 466).
- **Agente:** “(Derecho Civil). Se refiere a la persona natural o jurídica. (Derecho Penal). Autor de delito o conducta punible que tiene sanción penal” (Chanamé, 2007, p. 75).
- **Naturaleza:** “Esencia de un ser. Propiedad peculiar de una cosa, género o especie” (Cabanellas, 1982, p. 516).
- **Delito:** “El delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable” (Cerezo, 2008, 313).
- **Clasificación de delitos en el Código Penal:** Los hechos punibles se clasifican en: Delitos (Libro II) y Faltas (Libro III) del C.P.

“Para establecer si nos encontramos ante un delito o falta debemos examinar la gravedad del hecho cometido. La gravedad se analiza desde el punto de vista de la acción del sujeto o daño producido por éste. Siendo un

criterio cualitativo los delitos y faltas son iguales, la diferencia está en la gravedad (Los delitos son más graves que las faltas”. (Bramont-Arias, 2002, pp. 146-147).

- **Tipo o Tipo penal:** “El tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. El tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley” (Villavicencio, 2006, pp. 295-296).
- **Delitos graves menos graves y faltas:** El nuevo Código penal español de 1995 adopta una calificación tripartita de las infracciones punibles. Estas se clasifican en delitos graves, menos graves y faltas. Según el artículo 13. 1. “Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave. 3. Son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve” (Cerezo, 2008, pp. 317-318).
- **Delitos graves:** “Los delitos graves se definen, en términos del CFPP, a.194, como aquellos que afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, referencia complementada con un número de tipos que admiten tal posibilidad; sin embargo para algunas legislaciones, como es el caso del Estado de Hidalgo (a.119, CPP) tal denotación se le otorga a los tipos penales en atención a la importancia del bien jurídico tutelado y la grave afectación al orden social que su comisión implica” (Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, 2007, pp. 216).

- **Delito Doloso:** “Acción delictiva cuya materialización se realiza con plena voluntad del agente. Es decir, en esta clase de delitos el sujeto activo prevé el resultado” (Chanamé, 2012, pp. 226).
- **Delito culposo:** (Derecho Penal). “Delito causado cuando el agente, al realizar un acto cualquiera y, por inobservancia del cuidado necesario para su ejecución, produce un resultado dañoso, no querido, pero que se pudo prever” (Chanamé, 2012, pp. 225-226).
- **Derechos fundamentales:** (...) “el propio Tribunal Constitucional español ha dicho que los derechos fundamentales tienen un doble carácter: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no solo en cuanto derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en un Estado de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución” (Hernández, 2006, p. 31).
- **Política Criminal:** “Si el fin último de la Política Criminal es la realización de los derechos fundamentales, es decir, la búsqueda de un espacio de seguridad para que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades, donde los poderes públicos legitiman su actuación en el bienestar de los ciudadanos podemos adjetivar esta Política Criminal como humanista

democrática, progresista, en contra de la Política Criminal autoritarias, conservadoras, utilitaristas o efectistas que, lamentablemente no son infrecuentes incluso en países democráticos europeos tratándose de algunas políticas criminales concretas sobre determinados delitos casi siempre apartados en la emergencia”. (Zúñiga, 2001, pp.34)

- **Estado de Derecho o Estado Constitucional de Derecho:** “El Estado Constitucional permite garantizar a plenitud la dignidad de la persona humana, la cual es el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Jorge Reynaldo Vanossi, expone que “cabe concluir sin vacilación que toda la idea del Estado de Derecho queda encerrada en la realidad de un Estado Constitucional”. (García, 2010, pp. 164).
- **Estado Democrático de Derecho:** “Dicha noción alude a una comunidad política en donde sobre las bases establecidas para el Estado de Derecho, el ejercicio del poder se sustenta en la libre voluntad del Pueblo como base y fundamento de su establecimiento, así como una organización destinada a asegurar la vigencia plena de los derechos fundamentales”. (García, 2010, pp. 170).
- **El Estado Social de Derecho:** “Dicha noción alude a una comunidad política en donde sobre las bases de las exigencias establecidas para el Estado de Derecho, se busca *acomodar* la convivencia dentro de un orden económico y social con vocación de plasmar la justicia social; y, por ende, generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos”. García, 2010, pp. 176).

- **La Política Criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho:**
“Ahora bien, sin duda puede haber diferentes políticas criminales. No es lo mismo la Política Criminal de un Estado autoritario que la de un Estado Social y Democrático de Derecho. Lo que nos interesa es justamente esta última, la que debe ser la propia de un Estado social y democrático de derecho. En otras palabras, como ha de ser ejercicio del poder de definición de los procesos criminales en un Estado que tiene como fundamento y objetivo la consecución plena de la libertad y la igualdad”. (Bustos, 2004, pp. 505-506).
- **La Política Criminal en un Estado Autoritario:** “El Estado autoritario surge intermitentemente en los países liberales. La década de los años treinta y cuarenta en Europa fue la del autoritarismo. De estos autoritarismos han bebido los gobiernos dictatoriales latinoamericanos. Significan una vuelta al Estado originario, el Estado Absoluto. El Jefe del Estado, adoptando nombres mesiánicos como caudillo, duce, fûbrer, centraliza el poder y asume la representación del pueblo. El delito se identifica como una traición al Jefe de Estado que personifica al mismo Estado. La política criminal se centra en el delito político, en la defensa del Estado frente al delincuente que es identificado con el traidor”. (Bustos, 2004, pp. 506-507).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1.1. Método de investigación

Entre los **métodos generales** que se utilizó en la investigación son las siguientes:

- **Método Inductivo y Deductivo:** La inducción procede de lo particular a lo general. Se opta por este método cuando, de la observación de los hechos particulares obtenemos proposiciones generales. En otras palabras, a partir de un análisis de un hecho o fenómeno particular se llega y consolida un juicio de lo general. La inducción es un proceso mental que consiste en inferir de algunos casos particulares observados a la ley general que los rige y que vale para todos los de la misma especie. En contraste, la deducción va de lo general a lo particular. Viene de la palabra descender. El proceso implica aceptar como valederos los datos generales, para partiendo de eso, deducir varias suposiciones (Vilcapoma, 2013, pp.152-153).
- **Método Comparativo:** Se utilizó a fin de comparar entre las Ejecutorias Supremas que expiden las dos Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, tanto las Salas Penales Permanentes y transitorias, y los Acuerdos Plenarios que emiten la

Corte Suprema de justicia de la República del Perú, en Plenos Jurisdiccionales de las Sala Penales Permanentes y Transitorias.

- **Método Análisis Síntesis:** El análisis es desmembramiento de un todo en sus elementos componentes, llegar a explicarse cuáles son los factores que determinaron su origen, desarrollo del fenómeno o problema de investigación. Se utilizará al hacer un estudio de las categorías de Imputabilidad restringida o imputabilidad disminuida, y sus efectos atenuatorios en la imposición de pena. Asimismo, la evolución legislativa en nuestro país en esta materia.

Entre los métodos Particulares de Investigación, Que nos servirá para realizar una interpretación de las reglas que regulan la institución de la imputabilidad restringida por razón de edad como son:

- **Método Exegético:** Que constituye un estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado y sin lagunas. Es pues, un culto a la ley positivista, producto de la codificación. Permitirá conocer el sentido de las normas jurídicas y el sentido que quiso darle el Legislador, a través de un análisis gramatical (lingüística, etimológica) de la palabra Imputabilidad.
- **Método Sistemático.** - Que permitirá una interpretación de las normas penales que regulan la imputabilidad restringida por razón de edad, teniendo en concordancia con todo el conjunto de normas estructuradas, desde el Código Penal, hasta la Constitución. Se tendrá

en cuenta las legislaciones internacionales y las alternativas de tratamiento jurídico.

- **Método Sociológico.-** Como se ha afirmado anteriormente en la justificación social del trabajo de investigación, la categoría dogmática de la Imputabilidad en su conjunto, como capacidad de culpabilidad, no se agota con una valoración psicológica o psiquiátrica, sino es un juicio cultural complejo, que abarca lo normativo, imputable dentro de un contexto social, cultural, histórico y antropológico, donde actúa la persona humana, por lo que el Método Sociológico, nos permite interpretar la norma jurídico penal que regula la imputabilidad restringida por la edad, de acuerdo a la realidad socio cultural.

- **Dogmática Jurídica.** - El Derecho Penal es un saber jurídico; método significa *camino*; el camino para alcanzar un saber jurídico debe ser jurídico. El método jurídico es fundamentalmente de interpretación de la ley y esta se expresa en palabras (lenguaje escrito). Ese camino conduce a un objetivo práctico –que es orientar las decisiones de la jurisdicción o del Poder jurisdiccional- y, por ende, lo alcanza conforme al modo en que se concibe las decisiones. De allí que el método siempre se halla condicionado por el modelo de Estado al que sirve el saber jurídico.

La llamada **dogmática jurídica**, consiste en la descomposición del texto en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a

construir una *teoría interpretativa*, que debe responder a tres reglas básicas: a) *Completividad lógica*, o sea, no ser internamente contradictoria. No cumple esta regla, por ejemplo, una teoría que considera una misma circunstancia eximente y atenuante, sin compatibilizar con criterios (precisar en qué casos exime y en cuales atenúa), porque equivale a decir que algo es o no es al mismo tiempo. b) *Compatibilidad legal*, o sea que no postular decisiones contrarias a la ley. Por tal no puede entenderse servilismo exegético con la letra de la ley penal subordinada: la ley que debe tener en cuenta la construcción es, ante todo, la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si hay contradicción debe privilegiar la ley constitucional e internacional. c) *Armonía jurídica*, también llamada *ley de la estética jurídica* (o de la belleza jurídica), según la cual debe ser simétrica, no artificiosa ni amanerada.

- **Método Histórico.** - Es la aplicación del método científico de investigación a los problemas históricos, supone la identificación y delimitación de los problemas, la formulación de los objetivos, la colecta, organización, comprobación, validación y análisis de los datos, la confirmación de los objetivos generales y específicos y finalmente el informe. Cada uno de estos pasos lleva a una nueva comprensión del pasado y su proyección para el presente y el futuro.
- **Método Hermenéutico.** - Es el método aplicable a la ciencia de la interpretación. En sentido epistemológico, el método básico del conocimiento científico es la observación de los hechos o fenómenos

de hechos fácticos y su interpretación (**hermenéutica**) para determinar su significado y sentido. La observación y la interpretación son inseparables: resulta inconcebible que una se mantenga en total aislamiento de la otra. Toda ciencia trata de desarrollar técnicas especiales para efectuar observaciones sistemáticas y garantizar la correcta interpretación.

3.1.2. Tipo investigación

Básica: Es conocida como pura o fundamental, está destinada a aportar un cuerpo organizado de conocimientos científicos y no produce necesariamente resultados de utilidad práctica inmediata. Se preocupa de recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento teórico científico, orientada al descubrimiento de principios y leyes.

3.1.3. Nivel de investigación

Explicativa: Se realizó un análisis de los efectos jurídicos que se derivan de la Imputabilidad restringida por razón de edad, como factor de atenuación de imposición de pena, así como los efectos jurídicos que genera la exclusión de este beneficio para los agentes, en ciertos delitos detallados en el párrafo segundo y párrafo primero del Art. 22 del Código Penal. Del mismo modo determinar que esa exclusión constituye una vulneración de los derechos humanos del imputado, lo cual es compatible solo con una política criminal de corte autoritario o de dictadura.

3.1.4. Diseño de investigación propiamente dicho

El trabajo de investigación, además, ostenta un diseño de observación, razón por la que en ningún momento de la tesis se ha intentado experimentar con las variables de estudio. Una tesis observacional es contraria a una tesis experimental en la que se puede manipular el objeto de estudio de la manera que mejor convengamos (Sánchez, 2016, p. 109).

En el caso de nuestra investigación en específico, nos encontramos en un modelo en el que poco importa la experimentación. **No queremos** saber qué pasa si se flexibiliza la responsabilidad penal restringida, sino dar argumentos sólidos para brindar una opción a la comunidad jurídica para solicitar la derogación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal y derogar el primer párrafo *in fine* respecto a los delitos culposos, bajo criterios objetivos mediante la observación y el análisis. Por todo lo mencionado, el diseño es descriptivo que se adecua más es el de una investigación es la de la **teoría fundamentada**, que según explica Strauss y Corbin citado por Gaete (2014):

(...) es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152).

Así, la tesis comenzó recolectando datos de información de diversos textos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos, a fin de plantear la solución del problema que ha generado las cuatro reformas penales al art. 22 del CP vigente, aludidas precedentemente, donde se exceptúan la aplicación del beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, atentando de esta manera los derechos fundamentales del imputado.

3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTRO

3.2.1. Población y muestra

A. Población

Al ser una investigación cualitativa teórica no amerita consignar una población en sentido estricto.

B. Muestra

La misma fundamentación que la de la población, si no existe población propiamente, tampoco habrá un muestreo en sentido estricto.

3.2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.2.2.1. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó el **análisis documental** que consiste en analizar textos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos, de los cuales se ha extraído

información que resulte relevante para la presente investigación. El análisis documental viene a ser la operación base del conocimiento cognoscitivo que permite elaborar un documento primario a través de otras fuentes primarias o secundarias, las cuales actúan como intermediario o instrumento de búsqueda entre el documento original y el usuario que solicita información a fin comprobar una determinada hipótesis . (Velázquez, 2010, p. 183)

Así mismo, el trabajo de investigación tuvo como instrumentos para la recopilación y clasificación de los datos mencionados al uso de fichas de todo tipo.

3.2.2.2. Tratamiento de la información

El procedimiento fue a través de la argumentación jurídica, ya que cuando se trata de información documental, indudablemente existirán premisas y conclusiones, de las cuales se debe observar una serie de propiedades, las cuales según Aranzamendi (2010, p. 112) debe ser: (a) Coherentemente lógico, basándose en premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonable, que a través de motivaciones suficientemente justificables se llega a conclusiones materiales y formales; (c) idóneo, las premisas deben tener y mantener una posición; y (d) Claro, que no lleve a un tipo de interpretación ambigua o que se preste a múltiples interpretaciones, sino que sea una información conclusiva entendible.

Luego, si todos los datos y el procesamiento de datos parten de diversos textos, diremos que la argumentación para la presente tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), cuya estructura será: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, las cuales permitirán a través de conexiones lógicas y principios lógicos argumentar para contraratar las hipótesis planteadas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El primer objetivo ha sido: “Definir de qué manera el agente que tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, se debe acoger a la imputabilidad restringida por razón de edad, sin ninguna exclusión por la naturaleza o gravedad del delito”; y sus resultados fueron:

PRIMERO.- Dentro de la evolución histórica del art. 22 del CP, se advierte como primer Código Penal de nuestro país el de 1863, que diferenciaba el tratamiento a los menores de 9 años; a los mayores de 9 y menores de 15 años; los mayores de 15 y menores de 18 años, y los mayores de 18 años. Los primeros, (de 9 años) se les consideraba como irresponsables criminalmente, mientras que al segundo grupo (de 9 a 15 años), se les favorecía con la presunción legal de irresponsabilidad. En tanto a los menores incluidos en el tercer grupo (mayores de 15 y menores de 18 años) se les presumía la responsabilidad, pero procedía la atenuación de la pena. Mientras en el Código Penal del 1924, reguló la responsabilidad restringida propiamente en el art. 148, estableciendo como límite de la imputabilidad restringida el periodo comprendido entre los 18 y 21 años de edad, a los cuales se les aplica las normas y sanciones del derecho penal común, pero por su situación personal, son

considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les consideraba como titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente y en razón a que la pena debe ser adecuada al grado de culpabilidad del agente, se estima que deben ser sancionados con menos severidad; pero ya con las sanciones previstas para los adultos. Como se advierte de nuestro CP actual, se centra en la atenuación de la pena para los jóvenes adultos que el juez podrá reducir prudencialmente la pena cuando el agente tenga mayor de 18 años y menor de 21 años de edad, o mayor a 65 años al momento de ejecutar el delito, es decir según el art. 22 del CP de 1991. La figura primigenia de la responsabilidad penal restringida o imputabilidad restringida, tenía como texto original el siguiente: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga mayor de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”. Posteriormente, el art. 22 del CP, tuvo 4 modificaciones, que establecieron un segundo párrafo, en cuyo contenido se enumera una serie de excepciones para aplicar la responsabilidad restringida. La primera modificación se dio mediante la ley 27024 (de 25 de diciembre 1998); la segunda modificación fue por la ley 29439 (de 19 de noviembre de 2009); la tercera, mediante ley 30076 (de 19 de agosto de 2013); finalmente mediante el D. Leg 1181 (de 27 de julio de 2015).

SEGUNDO.- El texto original del art. 22 del CP, en nuestro punto de vista, se encontraba redactado correctamente, con una técnica legislativa adecuada, y poniéndose al alcance de la modernidad que advierte los

movimientos de reforma penal mundial y Latinoamericana. Es así, que cuando el Código Penal de 1991, entró en vigencia, el art. 22, nos presenta en un único párrafo primero, redactado con bastante claridad y sencillez, que no generaba mucho problema tanto en su interpretación como en su aplicación a casos concretos de la realidad de la impartición de justicia penal. Este precepto no reconocía ninguna excepción en relación a determinados delitos graves o muy graves, dolosos o culposos. De tal manera, si una persona humana cometía un delito cualquiera, por el solo hecho y en razón a su edad, de tener más de 18 años y menos de 21 años, o mayor de 65 años, al momento de la comisión de un hecho delictivo, debía de acogerse al beneficio de la imputabilidad restringida, siendo merecedor en el momento de la determinación judicial de la pena, con una sanción penal que podrá reducirse prudencialmente hasta el mínimo o por debajo del mínimo legal de la pena, prescrita para el delito cometido. Sin embargo, a partir de la primera modificación, creando un segundo párrafo en el art. 22 del CP, mediante la ley 27024, de 25 de diciembre de 1998, comienza a generarse una serie de problemas de interpretación y aplicación de la indicada norma penal, no precisamente en razón a la edad, sino por la naturaleza, entidad o gravedad del delito, que vulneran a los principios de igualdad, proporcionalidad y de resocialización.

TERCERO.- ¿ Por qué razones debe aplicarse una pena menor a quien tiene una responsabilidad restringida por la edad?. En primer lugar, en estricta aplicación del principio de legalidad penal, por cuanto el art. 22

del CP en su versión original, establece con meridiana claridad, dando cuenta que el estado de madurez no se alcanza con la mayoría de edad (18 años), sino este es un cambio progresivo; por ello, en tales situaciones especiales, como los mayores de 18 años y menores de 21 años, se toma en cuenta su estado de inmadurez, esto es, su dificultad para poder comprender o manejarse de acuerdo a las normas establecidas, siendo que en tales situaciones se impone una pena prudencialmente reducida. Debido a esta situación muchas legislaciones extranjeras contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona. En consecuencia, se justifica razonablemente en que el individuo a esa edad (mayor de 18 y menor de 21).

CUARTO.- ¿Por qué la reforma penal basado en la naturaleza o gravedad del delito, desnaturaliza el concepto de la responsabilidad restringida y vulnera los derechos fundamentales del imputado? Queda exponer los motivos dogmáticos. En los motivos dogmáticos se plantea la estricta culpabilidad por el hecho, la conducta típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, se hace responsable de ella el autor, se hace reprochable como mayoritariamente la doctrina sostiene. Para ello es presupuesto indispensable la imputabilidad o capacidad de culpabilidad. La esencia de la imputabilidad está constituida por la capacidad del sujeto de motivar su conducta en la ley penal, tal facultad contiene de modo implícito dos tipos de aptitudes integrantes: de un lado se encuentra la

capacidad de comprensión del carácter delictuoso de su acto, y de otro la capacidad de inhibición de dicho comportamiento, lo cual significa poseer las condiciones para asimilar lo que significa el contenido de la prohibición normativa y para determinarse en base a la misma. La doctrina más relevante define la responsabilidad restringida como una condición de imputabilidad disminuida, que incide ciertamente en la determinación del quantum punitivo atenuado aplicable al suceso delictivo. Partiendo de la edad de los intervinientes en el hecho (mayor de 18 y menor de 21 años). Las cuatro modificaciones que se han producido en el art. 22 del CP, particularmente con el D. Leg. 1181, que prohíbe a los jueces penales aplicar una reducción de pena a los agentes mayores de 18 y menores de 21 años, cuando hayan cometido delitos graves, so pretexto se dice como fortalecimiento a la seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. Empero, resulta inconstitucional que el legislador prohíba a los jueces penales reducir las penas en los casos de responsabilidad penal restringida por la edad del agente, ya que ello implica una vulneración a los principios de relevancia constitucional de igualdad, de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización. Por otro lado, las cuatro modificatorias producidas en el art. 22 del CP, adolecen de gruesas equivocaciones de carácter dogmático- jurídico- penal o científico, por cuanto la responsabilidad restringida , se basa en la condición personal del imputado, que comete un delito atravesando por una edad mayor de 18 años y menor de 21 años, situación intermedia, en la que advierte

inmadurez psicofísica y social, ubicándose en la Teoría General del delito, en la categoría de culpabilidad, siendo su primer elemento de esta categoría la imputabilidad o modernamente denominado capacidad de culpabilidad, sin que sea relevante la antijuricidad, es decir el contenido o la entidad del injusto penal (gravedad delito), o la lesión o puesta en peligro de una bien jurídico, por lo que se está dando un trato diferente a una persona humana de las edades antes indicadas, fundado en un criterio de diferenciación por la entidad de la naturaleza del delito (gravedad), estableciendo prohibiciones nada coherentes para acogerse al beneficio de la imputabilidad restringida, deviniendo las 4 reformas penales en arbitrarias, discriminatorias e inconstitucionales. Si la edad del agente, está referida a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad o capacidad penal, no resulta razonable configurar excepciones a la regla general de responsabilidad restringida, en función a elementos alejados de esta categoría, como lo es el contenido de la gravedad de los delitos, cuando esta circunstancia, es un factor que incide o debe tratarse o resolverse en la categoría de la antijuricidad de la conducta y no en la culpabilidad.

QUINTO.- ¿Hay uniformidad o discordancia en las decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales, durante la evolución del art. 22 del CP ?. A partir de 1998, con la Ley 27024, que comenzó la primera modificación del art. 22 del CP, introduciendo un segundo párrafo, en la que estableció ciertas excepciones a la aplicación del beneficio de la responsabilidad restringida por la edad, hasta la actualidad con la vigencia de la última modificatoria mediante D.Leg. 1181, de fecha 27

de julio de 2015. La jurisprudencia Suprema ha venido evolucionando en torno a la inaplicación por control difuso de la prohibición de imputabilidad restringida por delitos graves. Es así en el año 2004, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de los R.N. N° 179- 2004 Y N° 395- 2004, comenzó a considerar como inconstitucional la prohibición de rebajar la pena por la edad de los condenados por ciertos delitos, inaplicándola por control difuso por afectar el derecho a la igualdad. Empero, esta interpretación de la Sala Penal Transitoria en referencia, no fue compartida por la Sala Penal Permanente, conforme así aparece en el contenido del R.N N° 246- 2005, en donde se aplicó tal prohibición aumentándole la pena, al condenado por delito de Tráfico Ilícito de Drogas, a pesar de su juventud. Estos antecedentes evidencian que para aquel momento, los criterios de las Salas Penales de la Corte Suprema se manifestaban contradictorios. Luego se avanza hacia el acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ- 116 del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema, al tratar la aplicación del numeral 3 del Art. 173 del CP, sobre el delito de violación sexual de menor (felizmente derogado), dejando abierta en el Acuerdo Plenario la posibilidad de que el Juez penal juzgue inaplicar por control difuso la prohibición de imputabilidad relativa del art. 22 del CP, a los imputados del delito de violación sexual de menor de edad. Este AP del 2008, deja entrever al menos una posición unánime de si quiera aceptar la posibilidad de realizar un control difuso para inaplicar la prohibición del beneficio en mención,

en delitos sexuales. Esta posición asumida, ha servido para refutar la resolución de consulta expedida días antes del Pleno, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la que se señalaba la legitimidad constitucional de la prohibición de la imputabilidad restringida para los delitos de violación sexual de menor que estableció el art. 22 del CP. Las Salas Penales de la Corte Suprema, aprovecharon el Acuerdo Plenario en referencia, para señalar que ningún Juez penal estaba obligado a vincularse a lo afirmado por la Sala Constitucional permanente, ni a no inaplicar por control difuso la prohibición de imputabilidad relativa para esta clase de delito. Por su parte, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, sobre este problema, desde hace tiempo viene emitiendo distintas consultas en sentido contradictorio. Así podemos citar los siguientes expedientes: N° 1602-2009 (Moquegua), N° 2372- 2010 (Lima), N° 4137-2011(Junín), N° 282-2011 (Junín), N° 700-2011 (Junín), N° 1195- 2011 (Junín), N° 1197-2011(Junín), N° 2845-2011 (Lambayeque), incluso en la más reciente consulta N°13848- 2016 (Huaaura), de 10 de enero 2017, la Sala Constitucional rechazó la inaplicación por control difuso de la imputabilidad restringida para delitos graves señalados por el párrafo segundo del art. 22 del CP. Sin embargo, en las consultas en los expedientes: N° 1260-2011 (Junín), N° 210-2012 (Cajamarca), señalaron la Sala Constitucional y Social todo lo contrario, a las anteriores consultas, en el sentido que se encontraban justificado el control difuso efectuado para inaplicar el segundo párrafo del art. 22 del CP. En cambio,

las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, han venido reiterando en diferentes Jurisprudencias una posición uniforme sobre la inaplicación por control difuso de la prohibición de imputabilidad relativa estipulada por el segundo párrafo del art. 22 del CP, a los intervinientes del delito de violación sexual de menor de edad. Así podemos citar la Casación N° 403- 2012, de 18 de julio 2013, Recurso de Nulidad 701-2014 de Huancavelica del 13 de enero de 2015, la Casación N° 335-2015 del Santa, del 1° de junio de 2016, la Casación N° 336-2016 Cajamarca de 14 de junio de 2017. Finalmente, las Salas Penales de la Corte Suprema, mediante Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, de fecha 12 de julio de 2017, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de octubre de 2017, ampliaron sus criterios, estableciendo como doctrina penal vinculante la correcta inaplicación por control difuso de la prohibición de rebajar la pena para toda clase de delitos aunque sean graves, y no solo en los delitos de violación sexual de menor, como se había establecido en el anterior Acuerdo Plenario 4-2008. Al respecto, los máximos intérpretes de la ley penal ordinaria en el Acuerdo Plenario 4-2016, dijeron que la ley penal en cuestión, incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente, precisamente porque la edad del agente está referida a su capacidad penal. En la actualidad, el criterio jurisprudencial frente a las excepciones del segundo párrafo del art. 22 del CP, las Salas Penales de la Corte Suprema de la República en sus en sus recientes ejecutorias, viene fijando una posición interpretativa con relación a la no admisión de las excepciones a la regla de atenuación de

la responsabilidad restringida. En este sentido, señalan que las excepciones fijadas en segundo párrafo del art. 22 del CCP, implican una discriminación no autorizada constitucionalmente; siendo una de las más recientes la Sentencia Plenaria N° 1 -2018, en la que se consolida el criterio jurisprudencial de la imposibilidad de aplicar la exclusión de la atenuación por responsabilidad restringida, en función al delito cometido, por advertirse la afectación al derecho de igualdad. En la misma línea hermenéutica se ha seguido en las sentencias de Casación 1057-2017-Cusco, de 27 de setiembre del 2018; N° 1672- 2017 Puno, de 18 de octubre de 2018; N° 214-2018 Del Santa, de 8 de noviembre de 2018; N° 1662-2017, Lambayeque, de 21 de marzo de 2019; N° 352-2018 Lambayeque, de 13 de junio de 2019, y N° 321-2018 Cusco, de 19 de junio de 2019.

SEXTO.- La Imputabilidad restringida por razón de la edad del sujeto activo, en términos genéricos, es un periodo intermedio entre el límite que separa al derecho penal de menores (menos de 18 años), con el derecho penal común o de adultos (más de 18 y menos de 21 años o más de 65 años). Su situación personal es considerada como incapaces relativos o de “imputabilidad restringida”, o de “responsabilidad restringida”. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente. Por esa razón en el Código Penal de 1924 (derogado), preveía una atenuación de la represión, que debería ser proporcional al grado de culpabilidad de las personas de responsabilidad restringida. Por el contrario, en el CP actual, solo se prevé para dichos

incapaces relativos o personas de imputabilidad restringida, que podrá “reducirse prudencialmente” la pena señalada para el hecho punible cometido. Si bien es cierto, en estos últimos tiempos, la mayoría de los delitos son obra de personas de este periodo de desarrollo. Pero también es cierto, que el proceso de madurez del individuo aún no ha terminado, por lo que se les debe aplicar un tratamiento especial. No para considerarlos irresponsables, pero sí para tratarlos de un modo diferente de los adultos, puesto de que dado su situación personal, resulta desproporcionado e ineficaz la pena que se les puede imponer como si fueran adultos. La responsabilidad restringida resulta aplicable solo por la mera constatación de la edad del imputado, mayor de 18 y menos de 21 años, o más de 65 años, al tiempo de comisión del hecho punible, es una presunción “iuris et de iure”. Por lo que se califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación judicial de la pena y no es necesaria la constatación con pericia específica del grado de inmadurez, o deterioro o declive físico y psicológico del procesado.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El segundo objetivo ha sido: “Analizar de qué manera el agente que tenga más de sesenta y cinco años de edad, se debe acoger al beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, sin ninguna exclusión por la naturaleza o gravedad del delito, sus resultados fueron:

PRIMERO.- La presente figura tiene su antecedente histórico más próximo en el artículo 148 del Código Penal de 1924, que actualmente se

encuentra prevista en el párrafo primero del art. 22 del CP vigente, cuyo texto original era el siguiente: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción”. Sin más, esto quiere decir que a una persona cuya edad fluctúa entre 18 y menos de 21 años de edad denominado también como “Derecho Penal Juvenil”, o más de 65 años, llamado “Derecho penal del adulto mayor”, que haya cometido un delito, podrá reducirse prudencialmente la pena para el hecho punible cometido. Nuestro legislador basándose en el artículo 65 I Código Penal Brasileño ha considerado la edad avanzada del agente como una causa de disminución de la capacidad penal. A diferencia del texto brasileño que indica como límite la edad de 70 años, el nuestro lo fija en 65 años. Conforme a la teoría dominante, el delito está definido como una conducta humana típica, antijurídica y culpable. Conforme a ello la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, se encuentra en la categoría dogmática de la culpabilidad, y ésta a su vez comprende a la llamada responsabilidad restringida; esta institución se enmarca en circunstancias que generan un menor reproche al sujeto activo, por estar incurso en una imputabilidad o capacidad penal disminuida por su edad, que no hace desaparecer el delito, sino que incide en una menor pena.

SEGUNDO.- Una vez que se verifique que una conducta es típica y antijurídica, el Juez deberá constatar primero, la existencia o inexistencia de la imputabilidad. Después de comprobar que el autor es imputable, se

indagará la posible existencia de una disminución de imputabilidad, como en este caso, si el agente es mayor de 65 años, por lo general dada su decadencia o degeneración provocada por la senilidad, afecta sus facultades vitales tanto físicas como psíquicas, se produce una disminución de la imputabilidad. De esta manera aún cuanto existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad. Esto tiene lógica, al tener en cuenta que la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, por lo tanto, ante una imputabilidad notablemente disminuida debe corresponder también una pena notablemente disminuida, es decir el Juez debe atenuar la pena al mínimo legal o por debajo incluso del mínimo legal.

TERCERO.- En resumen, respecto a los mayores de 65 años, el análisis debe centrarse en que se trata de personas que están en el declive de su vida, y una pena privativa de libertad de larga duración o de cadena perpetua lo único que buscará que estas personas mueran en la cárcel, debido a que el estándar de la vida de una persona humana en nuestra patria es de un aproximado de 70 años; por consiguiente se viola en este extremo el principio de humanidad de la pena, reconocido en los tratados internacionales de los derechos humanos.

4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres

El objetivo tres ha sido: “Identificar de qué manera al excluirlos del beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, a los agentes que comenten ciertos delitos graves dolosos o culposos reiterantes, como

las señaladas en los párrafos segundo y primero, in fine del art. 22 del CP, se vulneran derechos fundamentales del imputado, bajo el contexto de una política criminal de corte autoritario”. Sus resultados fueron:

PRIMERO.- La prohibición que establece el párrafo segundo del art. 22 del CP, así como la prohibición que establece el párrafo primero, in fine del mismo artículo citado, respecto a la disminución de punibilidad en ciertos delitos graves dolosos o culposos reiterantes, respectivamente, incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente, transgrediendo los principios constitucionales de igualdad, de proporcionalidad y resocialización del penado en la sociedad.

SEGUNDO.- En cuanto a la vulneración del principio de resocialización, se advierte que, por un lado porque excluye a un sector de adolescentes mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, o a adultos mayores de 65 años de edad, del derecho penal premial relacionado con la responsabilidad restringida y, por otro lado, porque con penas privativas de libertad de larga duración de 25 a 35 años, o con penas de cadena perpetua resulta UTOPICO que un adolescente mayor se reeduce o reincorpore a la sociedad. Será peor o de imposible realización en los adultos mayores de 65 años de edad.

TERCERO.- La edad del agente está referida a su capacidad penal, por lo que no es razonable configurar excepciones basado en la gravedad de los delitos, pues se tiene que este es un factor que incide en la entidad del injusto, en la antijuricidad de la conducta, en la relevancia social y forma

de ataque al bien jurídico protegido; mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, como es la edad del mismo, por lo que la disminución de la punibilidad que regula el art. 22 primer párrafo, está referida a la capacidad penal del sujeto, lo cual es un elemento de la culpabilidad, mientras que la gravedad de los delitos está referido a la antijuricidad, siendo un contrasentido hacer una diferenciación en circunstancias que nada tiene que ver con la capacidad penal del imputado.

CUARTO.- La norma penal que establece la imputabilidad penal restringida por la edad, establece una presunción absoluta (*iuris et de iure*), fundada solo en la edad cronológica del agente. Es decir, la responsabilidad restringida por la edad se debe aplicar a todos los que se encuentran en rango de edad antes señalado, sin distinción por la naturaleza o entidad del delito cometido.

QUINTO.- Las modificaciones introducidas en el art. 22 del CP, según la concepción garantista del Derecho penal y de la Política Criminal moderna, transgreden derechos fundamentales del imputado, protegidos no solo a nivel constitucional, sino también a nivel supranacional prescrito en el art. 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos, como el principio de igualdad ante la ley.

SEXTO.- La tendencia de la Política criminal autoritaria en el Perú, se ha venido acentuando como consecuencia de la creciente inseguridad ciudadana, donde a nivel de la criminalización primaria se ha advertido

una tendencia de sobrecriminalización en la legislación penal. Sobre todo, cuando el Congreso de la República ha delegado facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, las mismas que han originado la expedición de decretos legislativos, como el D-Leg. 1181 que restringe o prohíbe la aplicación del beneficio de la imputabilidad restringida por la edad del agente; por otro lado, creando delitos, incrementando penas, pretensiones de disminuir la edad para la responsabilidad penal, eliminando beneficios penitenciarios, en el ámbito de la ejecución penal, y debilitando la garantía del debido proceso en el ámbito procesal penal. Sin duda que la Política criminal de corte autoritario, en nuestro país se ha venido acentuando, en la evolución legislativa descrita, al prohibir la posibilidad de la atenuación de la pena en determinados delitos graves establecidos en el párrafo segundo del art. 22 del CP.

SÉPTIMO.- En este contexto, qué duda cabe, que con la promulgación y puesta en vigencia del D. Leg 1181, nos encontramos ante el llamado “Derecho penal del enemigo”, tendencia autoritaria que plantea partiendo de la idea de seguridad que justifica el recrudecimiento punitivo, relajamiento de las garantías del debido proceso, en busca de presunta eficacia, que fija como sus objetivos primordiales en combatir determinados grupos de personas, abandonando el principio básico del Derecho penal de hecho, y se convierte en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como derecho penal de autor. Al derecho penal de autor le corresponde a su vez un concepto de “culpabilidad de autor”, y frente a la “culpabilidad por el

hecho”, le corresponde del Derecho Penal de Estado Social y democrático de derecho, que diseña nuestra Constitución en el Art. 43.

OCTAVO.- Nuestra sociedad está viviendo también una realidad, donde el llamado “populismo punitivo” se está acentuando cada vez más, a costa de los gobiernos de turno que han venido vulnerando los principios vitales del derecho a la igualdad ante la ley, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad, que caracterizan a la tendencia del Derecho penal garantista. A causa del “populismo punitivo”, el cual se entiende como el uso del derecho penal por parte de políticos para conseguir popularidad y favoritismo, para promover desde el Congreso o desde el Poder Ejecutivo la expedición de leyes incongruentes e irracionales para crear delitos, aumentar penas, reducir beneficios penitenciarios, desestructurar el debido proceso acusatorio garantista de corte adversarial que promueve el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, soslayar derechos y menoscabar garantías, mientras tanto, poseen gran trascendencia en el ámbito político electoral.

4.2. TEORIZACIÓN DE LA UNIDADES TEMÁTICAS

4.2.1. La politización del primer y segundo párrafo del artículo 22 Código Penal a propósito de los mayores de 18 y menores de 21 años.

La teorización del objetivo uno, se fundamentará con los siguientes criterios:

Primero.- La naturaleza jurídica de la responsabilidad restringida por la edad del sujeto activo, como figura primigenia del art. 22 del CP, estaba redactada de la manera siguiente:

“Podrá reducirse la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”. Este contenido correcto del CP, quiere decir, que una persona de esas edades que haya cometido un injusto penal (delito), podrá reducirse el castigo. Este precepto no reconocía excepción alguna en relación a determinados delitos. Pero fue a partir de 1998, con la ley 27024 que comenzaron a introducirse ciertas excepciones. La ley en mención, introdujo al art. 22 un segundo párrafo, estableciendo las primeras excepciones, que prohibían a los agentes de estas edades a tener acceso al beneficio de la “responsabilidad restringida”, por la comisión de ciertos delitos graves. Luego a fines del año 2009, con la ley 29439, se modificó el primer párrafo del citado artículo., agregando “(...)”, salvo que hayan incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. Más adelante, con la dación de la ley 30076, de 19 de agosto de 2013, se modificó una vez más el segundo párrafo del art. 22 del CP, sumándose mayor cantidad de delitos a la excepción. Finalmente, el D. Leg. 1181, de 27 de julio de 2015, continuo modificando el segundo párrafo del mencionado artículo del CP, excluyendo de la responsabilidad penal restringida por la edad, por la comisión de otros delitos considerados graves. Frente a estas 4

modificaciones, se han producido grandes debates fundamentalmente en las Sala Penales de la Corte Suprema de la República, en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, y También en el Tribunal Constitucional, donde se han emitido y siguen emitiéndose criterios manifiestamente encontrados. Advirtiéndose por ejemplo en esta discusión, que la jurisprudencia Suprema ha ido evolucionando en torno a la inaplicación por control difuso de la prohibición de la imputabilidad restringida por delitos graves. Es así, en el año 2004, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a través de los R.N. N° 179-2004 y N°395-2004, comenzó a considerar como inconstitucional la prohibición de rebajar la pena por la edad de los condenados en ciertos delitos, inaplicándola por control difuso por afectar el derecho a la igualdad. Sin embargo, esta interpretación de la Sala Penal Transitoria, no fue compartida por la Sala Penal Permanente, que, en abierta discrepancia a dicha Sala, en el R.N. N°246-2005, se aplicó tal prohibición, aumentándole la pena al condenado de un delito de tráfico Ilícito de Drogas, a pesar de su juventud. Pero esta discrepancia se desvaneció en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 del IV Plenario Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de la República, al tratar la aplicación del numeral 3 del art. 173 del CP, sobre el delito de violación sexual de menor (ahora derogado), estableció concretamente en el rubro “Imputabilidad restringida y Control difuso”, como abierta la posibilidad de que el juez penal juzgue inaplicar por control difuso la prohibición de imputabilidad

restringida del art. 22 del CP a los intervinientes del delito de violación sexual de menor de edad. Este acuerdo de 2008, dejaba entrever al menos, una posición unánime de siquiera aceptar la posibilidad de realizar control difuso para inaplicar la excepción cuestionada. El Acuerdo Plenario en mención, aprovechó la ocasión, para refutar una anterior resolución de desaprobación de consulta que emitiera la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la que se señalaba la “legitimidad constitucional” de la prohibición de la imputabilidad restringida para los delitos de violación sexual de menor; en contrario, el Acuerdo Plenario de 2008, se pronunció que ningún juez estaba obligado a vincularse a lo afirmado por la Sala Constitucional permanente, ni a no aplicar por control difuso la prohibición de imputabilidad restringida para esta clase de delito. Pese a este pronunciamiento público y abierto de las Salas Penales de la Corte Suprema, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Social, sobre este tema, desde hace bastante tiempo viene emitiendo diferentes consultas en sentido contradictorio. Finalmente, ha sido con el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ- 116, de 12 de junio de 2017, publicado en el “Diario Oficial El Peruano”, el 17.10.2017, el que, uniformizado las posturas mayoritarias de las últimas jurisprudencias, frente a las excepciones que contiene el segundo párrafo del art. 22 del CP, se viene acordando y decidiendo por la no admisión de dichas excepciones a la regla de atenuación de imputabilidad restringida.

Segundo.- El tesista que suscribe, acoge in extenso, los puntos de vista adoptados en los acuerdos plenarios N° 4-2008 y N° 4-2016, antes citados, pero sobre todo, tomando los fundamentos del Acuerdo Plenario últimamente aludido, cuando señala con toda precisión que “La ley incluye (refiriéndose al segundo párrafo del art. 22 del CP), una discriminación no autorizada constitucionalmente”, precisamente porque la edad del agente está referida a la capacidad penal, lo que significa que: “el grado de madurez o disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena según el presupuesto de hecho del art. 22 del CP, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano (...) por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado”.(criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 14 y 15 del Acuerdo Plenario 4- 2016). Por otra parte, últimamente se ha publicado la **Sentencia de Casación N° 387-2019**, de 26 de noviembre de 2020, donde se aplica, amplía y desarrolla los fundamentos del Acuerdo Plenario 4-2016, poniendo como sumilla: “De la revocación de la pena de cadena perpetua por responsabilidad restringida del autor del delito”. En cuyo fundamento Jurídico Decimoquinto, se sostiene que “la responsabilidad restringida por la edad del sujeto activo, está regulada dentro del art. 22 del CP. Se trata de una circunstancia atenuante cualificada que incide el ámbito de la culpabilidad. Se aplica en los casos en que el sujeto activo, al momento

de cometer el hecho punible cuenta con una edad mayor de 18 y menor de 21 años o mayor de 65 años. En la medida de que es un factor de atenuación vinculado a la capacidad de culpabilidad, cuya disminución se sustenta en un menor reproche jurídico”. Agrega en el fundamento Decimoctavo: “las exclusiones fijadas en el art. 22 del CP, implican una discriminación no autorizada constitucionalmente, pues está sustentada en la gravedad del hecho – factor que incide en consideraciones abstractas- mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, el supuesto fáctico del art. 22 del CP, no tiene su fundamento causal o normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano. Por otro lado, la responsabilidad restringida resulta aplicable solo con la mera constatación de la edad del imputado entre 18 y menos de 21 años de edad o más de 65 años de edad, al tiempo de la comisión del hecho punible, por lo que califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación de la pena y no es necesaria la constatación con pericia específica del grado de inmadurez del procesado”.

Tercero.- Nuestra propuesta es la de derogar en su totalidad el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal vigente; asimismo derogar la parte in fine, del primer párrafo de dicho artículo, en lo concerniente a la salvedad, que preceptúa: “Salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer

párrafo, y 124, cuarto párrafo”. Nuestra postura de derogación se fundamenta en los siguientes criterios jurídico- penales:

a) El beneficio penal de la imputabilidad restringida por razón de la edad del agente, es producto del avance científico del Derecho Penal y una importante innovación traída por el Código Penal de 1991, compatible con un Estado Social y democrático de Derecho, que en la actualidad ha sido diseñado en el art. 43 de Constitución Política del Perú.

b) Ante la introducción del párrafo segundo del art. 22 del CP, a partir de la ley 27024, dado en el año 1998, hasta el 2015 en que se dio el D. Leg. 1181, estableciendo excepciones o prohibiciones de aplicar el beneficio de responsabilidad restringida por la edad, la Jurisprudencia Suprema ha venido evolucionando en torno a la inaplicación por control difuso de las indicadas prohibiciones, que vulneran los principios de rango constitucional de igualdad y proporcionalidad.

c) El Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, de fecha 18.07.2008, realizado por las Salas Penales permanente, Transitorias y Especiales, acordaron por unanimidad, dejar abierta la posibilidad de que los jueces penales pueden inaplicar por control difuso la prohibición de la Imputabilidad restringida por la edad, incorporada por el segundo párrafo del art. 22 del CP, para los intervinientes del delito de violación sexual de menor de edad.

d) Con el Acuerdo Plenario N° 4- 2016/CJ-116, de fecha 12.06.2016, las Salas Penales permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la

República, ampliaron sus criterios, estableciendo como doctrina legal vinculante, la correcta inaplicación por control difuso, de la prohibición de rebajar la pena por la edad, para toda clase de delitos señalados en el párrafo segundo del art. 22 del CP, aunque sean graves y no solo en los delitos de violación sexual de menor.

e) Si hacemos un examen de conformidad con los preceptos constitucionales, existen sólidos argumentos para inaplicar la prohibición de la imputabilidad restringida por la edad, a través del control difuso, debido a que con estas excepciones introducidas por el párrafo segundo del art.22 del CP, se vulneran principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y de resocialización. El concepto de Imputabilidad restringida es un concepto de igualdad, de una persona cuya racionalidad todavía está en desarrollo, hasta alcanzar su madurez. En la doctrinal penal moderna ha quedado establecido con suficiente claridad, de que la culpabilidad suministra el principio de la medición de la pena. El sistema jurídico estableció que la imputabilidad se da a partir de los 18 años de edad. El ordenamiento jurídico da un sentido, un significado de relevancia penal al sistema psicofísico, al que técnicamente se denomina capacidad de culpabilidad. Sin embargo, existe una edad que fluctúa entre más de 18 y menos de 21 años, donde también sobre una explicación científica, las personas no alcanzan todavía la plenitud del desarrollo psicofísico, pero siguen tratados normativamente como iguales, mediante la declaración de la imputabilidad restringida. El concepto de imputabilidad restringida de esta manera es un concepto de

igualdad, cuya capacidad de culpabilidad está en evolución progresiva, que aporta un fundamento material para orientar los fines prevención general y especial al momento de la imposición de la pena. La forma en que el Código Penal trata la imputabilidad restringida es mediante la atenuación de la pena. La reprochabilidad del autor por la conducta realizada es menor. El Estado renuncia la potestad de imponer la totalidad de la pena al infractor. Pero esta reducción de reprochabilidad como principio de igualdad se ve quebrado cuando el legislador prohíbe su aplicación a algunos delitos considerados graves, llegándose a la paradoja de que una persona por ejemplo de 20 años de edad resulta ser imputable restringido para el delito de homicidio simple, pero imputable completo para el delito de homicidio agravado, lo cual viene a constituir un tratamiento diferenciado, que no tiene sentido ni finalidad.

f) Unido al principio de Igualdad, se encuentra la trasgresión al principio de Proporcionalidad, como en el presente caso, en que la aplicación del beneficio de la imputabilidad restringida, en la que se permite atenuar la pena precisamente en función de la edad del imputado, en que al momento de cometer el delito tenga más de 18 y menor de 21 años o mayor de 65 años de edad. Este razonamiento en armonía del principio de proporcionalidad: en primer lugar, corresponde analizar la *idoneidad*, porque es idóneo no aplicar la norma contenida en el segundo párrafo del art. 22 del CP, por no generar ningún problema de desprotección de cara a los criterios de prevención general y especial de la pena. En segundo lugar, se debe examinar la *necesidad*. ¿La idea es que retirando el

segundo párrafo del art. 22 del CP, se encuentra otros mecanismos, que, ante este vacío, puedan reaccionar frente a una supuesta indefensión?, por su puesto los mecanismos se encuentran en las propias normas, en primer lugar, no se va presentar ninguna situación de indefensión para la víctima del delito, por cuanto no se le exculpa al imputado, sino solo se le va dar un tratamiento especial reduciendo prudencialmente la pena. En tercer lugar, corresponde en analizar el sentido de la *proporcionalidad estricta*, esto es la prohibición de exceso, y aquí es donde sale a relucir la idea de culpabilidad como imputabilidad, porque la culpabilidad como imputabilidad es la posibilidad con que cuenta el ser humano de convertirse en un ser social, con ello el ser humano ingresa a la sociedad.

g) Definitivamente el segundo párrafo del art. 22 del CP, vulnera los principios de igualdad, proporcionalidad y de resocialización, en principio porque excluye a un sector de adolescente mayores del derecho penal premial relacionado a la responsabilidad penal restringida, y por otro lado porque con penas privativas de libertad de larga duración o de cadena perpetua, es utópico que se reeduquen o reincorporen a la sociedad, por el contrario se margina o destruye sus proyectos de vida de estos adolescente mayores.

h) Bajo la línea del segundo párrafo del art. 22 del CP, esta norma penal, no se debe aplicar, por ser contrario a los principios de humanidad y dignidad de la persona, previsto por el art. 1° de la Constitución Política, que señala que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

i) El fundamento dogmático o científico, para formular nuestra oposición a las excepciones que contiene el segundo párrafo del art. 22 del CP, radica en que la edad del agente está referido a su capacidad penal, donde se encuentra la imputabilidad restringida por la edad del sujeto activo, por lo que no es razonable configurar excepciones basadas en gravedad de los delitos, pues la gravedad de los delitos constituye un factor que incide en la entidad del injusto, en la antijuricidad de la conducta, en la relevancia social y forma de ataque del bien jurídico protegido; mientras la culpabilidad por el hecho, incide en factores individuales concretas del agente, como es la edad del mismo, por lo que la disminución de la punibilidad que regula el primer párrafo del art. 22 del CP, está referida a la capacidad penal del sujeto, lo cual es un elemento de la culpabilidad, mientras que la gravedad de los delitos, como reiteramos, está referido a la categoría de la Antijuricidad, donde debe resolverse la problemática de la gravedad de los delitos o la entidad del injusto penal.

j) Las prohibiciones a la aplicación del beneficio de imputabilidad restringida, que contiene el párrafo segundo del art. 22 del CP, transgreden una serie de derechos fundamentales del imputado, protegidos no solo a nivel constitucional, sino también a nivel supranacional prescrito en el art. 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos de San José de Costa Rica, como es el principio de igualdad ante la ley.

4.2.2. La politización del primer y segundo párrafo del artículo 22 Código Penal a propósito de los mayores de 65 años.

Primero.- Como antecedentes históricos de la imputabilidad restringida por la edad, a favor de los mayores de 65 años de edad, es la misma referida en el art. 148 del CP de 1924, que actualmente se encuentra previsto en el párrafo primero del art. 22 del CP, que fue modificado por el D. Leg. 1181, excluyendo en la parte in fine, del beneficio de imputabilidad restringida con una salvedad, a los que hayan incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en el art. 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo del CP. Nuestro legislador basándose en el art. 65 I del Código Penal Brasileño, ha considerado la edad avanzada del agente como una causa de disminución de la capacidad penal. A diferencia del texto brasileño que indica como límite la edad de 70 años, el nuestro lo fija en 65 años de edad. El fundamento de esta causa de responsabilidad restringida, es el hecho de que después de la edad adulta de 65 años, en la cual la persona alcanza su madurez y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales. En la medida de que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender o de determinarse. La capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada. Por otra parte, conforme a la teoría jurídica dominante del delito, ésta se define como una conducta humana típica, antijurídica y culpable. Conforme a ello la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, se ubica dentro de la

categoría dogmática de la Culpabilidad y ésta a su vez comprende la llamada imputabilidad restringida por la edad. Esta institución se enmarca en circunstancias que generan un menor reproche al sujeto activo del delito, por estar incurso en una imputabilidad o capacidad penal disminuida por la edad, y que no hace desaparecer el delito, sino que incide en una menor pena.

Segundo.- Nuestro punto de vista está centrado, en acoger decididamente en que los mayores de 65 años de edad, tengan acceso al beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, por tratarse de personas en el declive de su vida, y una pena privativa de larga duración o de cadena perpetua lo único que buscará que estas personas adultos mayores, mueran inevitablemente en la cárcel, debido a que el estándar de vida de una persona humana en nuestra patria es de un aproximado de 70 años; y por consiguiente se viola en este extremo, el principio de humanidad de la pena, reconocido en los Tratados Internacionales de los derechos humanos. El tratamiento debe consistir, una vez se verifique que la conducta es típica y antijurídica el Juez deberá constatar primero la existencia o inexistencia de la imputabilidad. Después de comprobar que el autor es imputable, se indagará la posible existencia de una disminución de imputabilidad, como en este caso, si el agente es mayor de 65 años de edad, por lo general dada su decadencia o degeneración provocada por la senilidad, afecta sus facultades vitales tanto físicas como psíquicas, se produce una disminución de imputabilidad. De esta manera aun cuando exista capacidad de control, pero está

sustancialmente reducida, por regla general disminuye la capacidad de culpabilidad. Este tiene lógica, al tener en cuenta que la pena no puede superar la medida de culpabilidad, por lo tanto, ante una imputabilidad notablemente disminuida, debe corresponder también una pena notablemente disminuida, el Juez debe atenuar el quantum de la pena hasta el mínimo legal o por debajo del mínimo legal.

Tercero.- La Derogación a propósito de los mayores de 65 años de edad, no va sola, sino de manera conjunta con la propuesta formulada anteriormente, es decir, proponer la derogatoria tanto respecto a los mayores de 18 y menor de 21 años de edad, y del mismo modo en cuanto se refiere a los mayores de 65 años de edad; por cuanto en el segundo párrafo del art. 22 del CP, se excluyen también de manera conjunta del beneficio de imputabilidad restringida por la edad, tanto a los que comenten delitos graves, cuando el agente tenga más de 18 y menos de 21 años de edad, o más de 65 años de edad. Razón por que la tampoco resultaría pertinente fundamentar en forma separada el punto ya indicado. En todo caso, nos remitimos a todos los fundamentos ya expuestos precedentemente, y en particular a lo expuesto del literal a) hasta el literal j) del objetivo uno.

4.2.3. La política criminal autoritaria respecto a la imputabilidad restringida por la edad.

Primero.- La tendencia de la política criminal autoritaria en el Perú, se ha venido acentuando como consecuencia de la creciente inseguridad

ciudadana, donde a nivel del proceso de criminalización primaria se ha advertido una tendencia de sobrecriminalización en la legislación penal, sobre todo cuando el Congreso de la República ha delegado facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, las mismas que han originado la expedición de una serie de decretos legislativos, que han dado lugar a la restricción o prohibición del beneficio de la imputabilidad restringida por la edad imputado, como el D. Leg. 1181.

Segundo.- En este contexto qué duda cabe que ante la dación y puesta en vigencia del D. Leg. 1181, nos encontramos ante el llamado “Derecho penal del enemigo”, tendencia autoritaria que plantea partiendo de la idea de seguridad, justifica el recrudecimiento punitivo, relajamiento de las garantías del debido proceso, en busca de presunta eficacia, que fija como sus objetivos primordiales combatir determinados grupos de personas, como los adolescente mayores de 18 y menores de 21 años, o los mayores de 65 años, abandonando el principio básico del Derecho penal de hecho”, y se convierte en una manifestación de tendencias autoritarias, del ya históricamente conocido como derecho penal de autor. Al “derecho penal de autor” le corresponde a su vez un concepto de “culpabilidad de autor”, frente a la “Culpabilidad por el hecho”, propia del Estado Social y Democrático de Derecho, diseñado por el Art. 43 de la Constitución Política del Perú.

Tercero.- El Derecho penal, como forma de control social altamente formalizado, posee como columna vertebral una serie de principios que delimita su intervención como son: Principio de Legalidad, Intervención

mínima, y protección de bienes jurídicos. Pero contrario, a esta tendencia garantista del Derecho Penal moderno y contemporáneo, nuestra sociedad está viviendo una realidad donde el “*populismo punitivo*”, se está acentuando cada vez más, a consecuencia de que nuestros gobiernos de turno, y los Congresos de la República que se han venido sucediendo, han trasgrediendo estos principios vitales. El “populismo punitivo”, que se entiende como “el uso del derecho penal por parte de los políticos para poder conseguir popularidad y favoritismo. En efecto, el fenómeno del populismo punitivo promueve desde el Congreso, y del Poder ejecutivo, la expedición de leyes impróvidas, incongruentes e irracionales para crear delitos, aumentar penas, reducir beneficios penitenciarios, desestructurar el debido proceso acusatorio de corte adversarial y garantista” que contiene el Nuevo Código Procesal Penal de 2004. Soslayar derechos, prohibir la aplicación del beneficio de imputabilidad restringida por la edad del agente, en base a la comisión de delitos graves, como el caso que nos ocupa.

Cuarto.- El D. Leg. 1181, “es una manifestación del derecho penal del enemigo y del populismo punitivo, ya que contraviene los principios de igualdad y de culpabilidad, y al igual que sus antecedentes, aumenta el catálogo de delitos graves materia de prohibición para aplicar el beneficio de imputabilidad restringida a grupo de personas mayores de 18 y menores de 21 años o mayores de 65 años”.

Quinto.- El Derecho penal, no puede compensar los fracasos de las políticas sociales, educativas, laborales y económicas, ni tampoco puede

reemplazar el déficit de la configuración político- social. Por tanto, es inadecuada una corrección en el curso de una política criminal garantista, en la que la prevención y no la represión esté en primer plano.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

De las diez razones, que hemos expuesto precedentemente, como fundamentos de nuestra propuesta de la derogación del párrafo segundo, del artículo 22° del CP; asimismo de la derogación del primer párrafo, in fine, del mismo texto legal, referido a la salvedad de haber incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo del CP, resumimos en los siguientes puntos las razones de nuestra propuesta de derogación:

1. El beneficio penal de la “imputabilidad restringida” por razón de la edad agente, es producto del avance científico del Derecho Penal, y una importante innovación normativa, de nuestro Código Penal de 1991, regulada en su texto original del Art. 22, compatible con un modelo de “Estado Social y Democrático de Derecho”, diseñada en el art. 43 de la Constitución Política del Perú.
2. Las cuatro modificaciones introducidas en el artículo 22 del CP, creando un segundo párrafo, no constituyeron un avance en nuestro ordenamiento jurídico penal, sino todo un retroceso lamentable, para perjudicar a un grupo de personas, por tratarse de excepciones o prohibiciones de aplicarse la atenuante de reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible, cometido cuando el sujeto activo contaba con más de 18 y menos de 21 años, o más de 65 años de edad, al momento de cometer el delito, que gozaban del beneficio de “imputabilidad restringida” por la edad.
3. En los que respecta a los mayores de 18 y menores de 21 años de edad, se debe tener en cuenta su estado de inmadurez, su dificultad para poder comprender o

manejarse de acuerdo a las normas establecidas, en todas esas situaciones se impone una pena prudencialmente reducida. En consecuencia, se justifica razonablemente que el individuo a esa edad (más de 18 y menos de 21 años), no alcanza la plena madurez, por lo que no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, por ello se les distingue para aplicarles un tratamiento especial, no para considerarlos irresponsables, pero sí para tratarlos de modo diferente que, a los adultos, puesto que, dada su situación personal, se le debe imponer una pena atenuada. Este beneficio razonable de la pena atenuada, se les quiere arrebatar a los adolescentes mayores, so pretexto de haber cometido delitos graves. Por eso planteamos la derogatoria de la norma citada.

4. En lo referente a los mayores de 65 años de edad, inobjetablemente también deben tener acceso al beneficio penal de responsabilidad restringida por la edad, por tratarse de personas de avanzada edad, en declive de su vida, causa de disminución de su capacidad penal. El fundamento de su responsabilidad restringida es el hecho de que después de su edad adulta de 65 años, en la cual la persona alcanza su madurez, y durante la cual se estabilizan sus relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un periodo de decadencia, de disminución de sus actividades vitales. En la medida de estas deficiencias provocan una disminución, de la capacidad de comprender del carácter delictivo de su acto y de determinarse de acuerdo a esta comprensión. La capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada, capacidad disminuida por la edad, lo que indudablemente no hace desaparecer

el delito, sino que se incide en una menor penalidad. Por lo que planteamos su derogatoria de la norma citada.

5. Las excepciones y prohibiciones de aplicar el beneficio de la “imputabilidad restringida” por la edad del imputado, determinadas por las cuatro leyes que modificaron el art. 22 del CP, citadas anteriormente, vulneran definitivamente los principios de rango constitucional como son: principio de igualdad, proporcionalidad, resocialización, culpabilidad y al principio de humanización de las penas en el caso de los agentes mayores de 65 años de edad.
6. El texto original del art. 22 del CP, que instituyó la “Imputabilidad penal restringida” por la edad, establece una presunción absoluta (*iuris et de iure*), fundada solo en la edad cronológica del agente. Es decir, la responsabilidad restringida por la edad, se debe aplicar a todos los que se encuentran en rango de edad (más de 18 y menos de 21 años, o mayor de 65 años de edad), sin distinción de la naturaleza del delito cometido.
7. En cuanto concierne a la modificatoria introducida en el Primer párrafo del art. 22 del CP, in fine, mediante la Ley 29439, publicado 19-11- 2009, a través del cual se excluye aplicar el beneficio de “imputabilidad restringida” por la edad del agente mayor de 18 y menor de 21 años, o mayor de 65 años, cuando hayan incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en el art. 111, tercer párrafo (delito de homicidio culposo agravado), y por el art. 124, párrafo cuarto (delito de lesiones culposas agravadas). En esta norma penal, parte in fine, existe una manifiesta ambigüedad, por falta de precisión, si se trata simplemente de agentes reiterantes, o también se incluye a los reincidentes y habituales que son figuras

penales diferentes y están reguladas explícitamente en los artículos 46- B y 46- C. Empero en cualquiera de los supuestos, se tratan de delitos culposos, que son menos graves que los delitos dolosos. Procede su derogación, por contravenir a los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad.

A mérito de Autocrítica, puedo destacar algunas falencias que he tenido en el acopio de referencias bibliográficas, especializadas en materia de disciplinas científicas extrajurídicas o extrapenales, sobre el tema específico de la capacidad penal y su evolución cronológica en los imputados. Si existe una etapa intermedia, entre la capacidad penal del sujeto y el alcance o logro de su plena madurez. A qué edad una persona humana alcanza su plena madurez, para comprender el carácter delictivo de su acto, y de determinarse conforme a esa capacidad. Si en otras áreas del saber humano existe el tema de imputabilidad restringida o responsabilidad restringida. El tesista que suscribe, ha contado únicamente con libros de carácter jurídico penal, con el que hemos desarrollado nuestra tesis. Esperamos que otras investigaciones puedan superar estas limitaciones. Por cuanto en la discusión del tema que nos ocupa, ya vienen surgiendo dos vertientes de opinión: unos que opinan que para establecer su plena capacidad penal o la inmadurez del procesado durante la comisión del hecho delictivo, se debe practicar previamente una pericia psicológica y física. Y otra tendencia que en la actualidad se robustece, con lo expuesto en el Decimoctavo fundamento de hecho de la Sentencia de Casación N° 387-2019, de fecha 23 de noviembre de 2020, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se establece el criterio que la responsabilidad restringida resulta aplicable solo con la mera constatación de la edad del imputado- entre 18 y menos de 21 años de edad o más

de 65 años-, al tiempo de la comisión del hecho punible, por lo que califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación de la pena, y no es necesaria la constatación con pericia específica el grado de inmadurez del imputado.

A fin de corroborar las similitudes y diferencias con los antecedentes de investigación, empezaremos con los nacionales cuyos relevantes consideramos a 2, siendo los siguientes.

Se ha encontrado la tesis titulada “*La inimputabilidad de la persona natural con responsabilidad restringida a partir de los 70 años*”, por Terrones (2018), la cual tuvo como propósito “analizar la inimputabilidad de las personas a los 70 años”.

Al respecto debemos aclarar que el señor tesista Terrones (2018), ha planteado el tema de investigación centrado en la imputabilidad de la persona natural con responsabilidad restringida a partir de los 70 años, teniendo como primera conclusión la modificatoria del art. 22 del CP, y la segunda conclusión plantea que una persona a los 70 años va perdiendo lucidez por las enfermedades psiquiátricas o mentales que comete delito, que es inimputable, por lo que es necesario practicar un examen psicológico, con lo que se demuestra que es un tema distinto de nuestra tesis, que tiene como problema central de investigación de “La imputabilidad restringida por la edad, bajo la política criminal autoritaria, vulnera los derechos fundamentales del imputado”, en el que proponemos la derogatoria de las normas cuestionadas por su inconstitucionalidad.

Asimismo, está la tesis titulada “*Responsabilidad penal restringida para los adolescentes infractores que cometen hechos punibles tipificados como delitos en el Código Penal*”, por Espejo (2020), la cual tuvo como propósito “fundamentar la responsabilidad penal restringida para los adolescentes infractores, mayores de 16 y menores de 18 años de edad, que cometen hechos punibles tipificados como delitos en el Código Penal en razón que, estos adolescentes solo son pasibles de medidas socioeducativas de internación en un centro juvenil”.

En esta segunda tesis relevante, el tesista Espejo (2020), formula la “responsabilidad penal restringida para los adolescentes infractores, que cometen hechos punibles tipificados como delito en el Código Penal”, que indudablemente es un tema muy distinto al nuestro, por estar referido a analizar detenidamente la Responsabilidad Penal del Adolescente conforme al Código de Responsabilidad Penal del Adolescente (CRPA), publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 7 de marzo del 2017 el Decreto Legislativo 1348, destinado a penalizar con medidas socio educativas al adolescente cuya edad fluctúa entre 14 y menos de 18 años de edad, que responde por la comisión de una infracción en virtud a una responsabilidad penal especial; mientras que nuestra tesis aborda la temática referida a la Imputabilidad restringida por la edad del agente, mayor de 18 y menor de 21 años, y mayor a 65 años de edad.

Desde el ámbito internacional, nuestros resultados se han relacionado con dos artículos publicados que fueron discutidos de la siguiente manera.

Se tiene el artículo titulado “*La culpabilidad penal en la llamada «era del cerebro»*”, realizada por Oropeza (2021), cuyo propósito fue el de “destacar que el

conocimiento neurocientífico disponible está generando nuevas realidades que afectan las bases del Derecho Penal.

En este artículo en la que se defendía la tesis del “Libre Albedrío”, en la conducta delictiva, que fue rebatida por FERRI, representante de la Escuela Positiva Italiana, que en la actualidad ha sido superado ampliamente desde la teoría finalista del delito, al plantear que la categoría de la tipicidad comprende la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva, luego desarrollada magníficamente por Claus Roxin como representante de la Teoría Funcionalista moderada, teleológica con orientación de Política Criminal, que plantea que la conducta típica tiene una parte objetiva y una parte subjetiva que comprende el dolo y la culpa. El dolo tiene como elementos estructurales del mismo el elemento cognitivo y el elemento volitivo. En tal virtud, el artículo en comento, si bien es respetable, pero discrepo, en todo caso es un tema distinto a nuestro trabajo de tesis.

Por otra parte, tenemos otro antecedente **internacional** relevante, se trata de la investigación titulada “*La legislación penal en Colombia y la proporcionalidad de las penas*”, por Merchán (2019), “se busca conocer los cambios realizados al Código Penal y el porqué de esta actividad, para brindar una conclusión sobre el estado de las leyes penales, sustantivas y especiales que rigen el país”.

Nuestro comentario es positivo, respecto de esta investigación realizada por Merchán (2019), en Colombia, para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Cali, sustentando la tesis doctoral intitulado “*La Legislación Penal en Colombia y la Proporcionalidad de las penas*”, sin duda en este trabajo de investigación, sintetizado en dos conclusiones

importantes: el primero, que para la imposición de la pena se debe tener en cuenta la calidad de las penas, así como la protección de los bienes jurídicos por el Derecho penal, y se debe tener en cuenta el Principio de Proporcionalidad, mientras las alternativas de castigo que no sean solos de prisión o privativas de libertad, porque hay delitos menores que merecen amonestación o multas. El segundo, de que en la comisión de delitos se pueden vulnerar bienes jurídicos individuales, pero también bienes jurídicos colectivos como en los delitos de lesa humanidad. Sin duda, estas conclusiones son importantes, pero distan mucho del tema que estamos tratando en nuestra tesis que es sustancialmente diferente, sobre la Imputabilidad restringida por la edad del agente, y nuestro análisis crítico sobre las leyes que han excluido de este beneficio a un grupo de personas jóvenes mayores de 18 y menor de 21, y a adultos mayores de 65 años. Finalmente planteando su derogatoria del segundo párrafo del art. 22 del CP, así como del primer párrafo, in fine, del mismo texto penal.

Amigos abogados, jóvenes estudiantes y señoritas estudiantes de Derecho, dentro de estas las reflexiones académicas, quiero compartir con ustedes algunas líneas de mi tesis, exhortándoles fraternalmente algunas recomendaciones y sugerencias relacionados al tema de elaboración y redacción de textos de tesis, en el área específico del estudio del Derecho. Parto del análisis de que en la actualidad cada vez más se pierde las expectativas y perspectivas de investigación en el área del conocimiento Jurídico. Esta escena sencillamente no puede continuar, pues está en vuestras manos, salir rápidamente de este panorama un tanto sombrío. Eligiendo el camino de la investigación jurídica que es apasionante y lleno de esperanza para alcanzar un mejor futuro. Reivindicar a la digna Profesión de la Abogacía en ese

ámbito de la investigación. El término de tesis en la opinión ilustrada de los metodólogos, significa una opinión o una propuesta que formula una persona en relación a un objeto o con un campo de objetos de conocimiento que se sustenta con argumentos lógicamente articulados. Utilizando el método de análisis es posible descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de una norma o institución jurídica. Bueno empecemos con la búsqueda de un tema jurídico, tiene que ser determinar cuál le despierta mayor interés, cual es el más útil e importante, y cuál es la más accesible, disponibles y suficientes las fuentes de consulta. Se les recomienda que el tema seleccionado sea factible, importante, congruente y de actualidad. El área de tesis elegida no solo debe ser conocida ampliamente por quien prepara la tesis, sino que debe gustarle, mejor aún si tiene un especial afecto por ella. Querida apasionadamente. Finalmente se debe tener amor por la democracia, y el repudio contra el autoritarismo. Gracias amigas y amigos.

CONCLUSIONES

El artículo 22 del Código Penal de 1991, según su texto original que contenía un artículo único, se centró en su redacción en la atenuación de la pena para los jóvenes adultos mayores de 18 y menores de 21 años, y adultos mayores de 65 años de edad, cuando los agentes al momento de ejecutar el delito contaban con dichas edades, concediéndole al Juez la facultad de imponer la pena reduciéndole prudencialmente por imputabilidad restringida por la edad del agente. Posteriormente el art. 22 del CP, sufrió 4 modificaciones, que establecieron un segundo párrafo, en cuyo contenido se enumeran una serie de excepciones o prohibiciones para aplicar el beneficio de la imputabilidad restringida.

A partir de la primera modificación producida en el art. 22 del CP, creando un segundo párrafo, mediante ley 27024, de 25 de diciembre de 1998, hasta la actualidad con la vigencia con la última modificatoria mediante el D. Leg. 1181 de fecha 27 de julio de 2015, se producen grandes debates y discrepancias, sobre todo en los órganos jurisdiccionales con competencia para resolver los problemas generados por la prohibición del beneficio penal de imputabilidad restringida por la edad del agente, a consecuencia de las cuatro modificaciones, que excluyen del beneficio, por razones de la gravedad del delito. En estos debates se constituyeron como sector mayoritario las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República en base a sus criterios coherentes y convincentes, en contraposición a los criterios esgrimidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. La Jurisprudencia Suprema ha venido evolucionando en torno a la inaplicación, por control difuso, de la prohibición o

exclusión de la imputabilidad restringida por la edad del agente, por la comisión de delitos graves; mientras que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, se han emitido y siguen emitiendo criterios manifiestamente encontrados o equivocados, al afirmar que la reducción de la pena por imputabilidad restringida no afecta ningún principio, y ciñéndose a la literalidad de la norma. Luego en otro pronunciamiento cambiando su postura anterior, señala que la reducción de la pena por imputabilidad restringida, no es una obligación sino una facultad del juzgador, sujetándose a una interpretación literal de la norma. Desaprobando varias consultas bajo estos fundamentos.

En el Acuerdo Plenario N° 4- 2008/JC-116, de fecha 18 de julio de 2008, realizado por las Salas Supremas Permanente, Transitorias y Especiales, han acordado por unanimidad, dejando abierta la posibilidad que los jueces puedan inaplicar, vía control difuso, el segundo párrafo del art. 22 del CP, en delitos sexuales. Mientras que en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/JC-116, de fecha 12 de junio de 2016, abordó el tema de las restricciones legales en materia de imputabilidad relativa, en la que se acordó también por unanimidad, publicado con fecha 17 de octubre de 2017, validando las posturas que inaplica por control difuso, del segundo párrafo del art. 22 del CP, haciendo extensivo a todos los demás delitos, no solamente a delitos sexuales. Criterios que hace suyo, el tesista que suscribe.

Las razones por las que deben aplicarse una menor pena, a las personas que tienen imputabilidad restringida por la edad del infractor, cuando al momento de la comisión del hecho delictivo contaba con más de 18 y menor de 21 años, tomando en cuenta su estado de inmadurez, que su madurez lo iba alcanzar progresivamente, teniendo dificultad para poder comprender el carácter delictivo de su acto, y poderse

determinar de acuerdo a esa comprensión, siendo que en tales situaciones se le impone una pena prudencialmente reducida. En consecuencia, se justifica razonablemente que el individuo a esa edad, no alcanza la plena madurez, por lo que no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, por ello se les distingue para aplicar un tratamiento especial, no para considerarles irresponsables, pero sí para tratarles de modo diferente de los adultos, puesto que, dado su situación personal, se le debe imponer una pena atenuada.

En cuanto se refiere a las personas mayores de 65 años de edad, también deben acogerse al beneficio de imputabilidad restringida por la edad del agente, sin posibilidad de ser excluido por la naturaleza del delito, tiene como fundamento el hecho que después de la edad adulta, en la cual alcanza su madurez, y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, desemboca en la etapa de degeneración, que afecta las facultades vitales. En la medida que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender el carácter delictivo de su acto y de determinarse de acuerdo a esa comprensión. La capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada. Conforme a ello la imputabilidad o capacidad de culpabilidad se encuentra en la categoría de Culpabilidad, y dentro de ella la imputabilidad restringida, esta institución enmarca las circunstancias que genera un menor reproche al sujeto activo, por estar incurso en una imputabilidad o capacidad disminuida, que no hace desaparecer el delito, sino que incide en una menor pena.

La tendencia de la Política Criminal autoritaria en el Perú, se ha venido acentuando como consecuencia de la creciente inseguridad ciudadana, donde a

nivel de la Criminalización primaria se ha advertido una tendencia de sobrecriminalización en las reformas de la legislación penal. Sobre todo, cuando el Congreso de la República ha delegado facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, las mismas que han originado la expedición de una serie de Decretos legislativos, entre ellos el D. Leg. 1181, de fecha 27 de julio de 2015, que excluye o prohíbe la aplicación del beneficio de Imputabilidad restringida por la edad del agente. De esta manera vulnerando los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y de resocialización, entre otros. Por otro lado, esta tendencia autoritaria de la Política Criminal Peruana, ha venido creando delitos, incrementando penas, pretensiones de disminuir la edad para fijar la responsabilidad penal, eliminando beneficios penitenciarios en el ámbito de la Ejecución penal, y debilitando la garantía del debido proceso en el área procesal penal. De esta manera, la Política Criminal de corte autoritario en nuestro país, se ha venido incrementando y extendiendo, en casi todas las esferas de las Ciencias penales. Al llegar al Derecho Penal hacerla conservadora y autoritaria, al prohibir mediante las 4 normas penales que modificaron el art. 22 del CP, el beneficio de la Imputabilidad restringida por la edad, en determinados delitos graves.

En este contexto, no cabe duda alguna, que con la dación y puesta en vigencia del D. Leg. 1181, no encontramos ante el denominado “Derecho penal del enemigo”, tendencia autoritaria que plantea partiendo de la idea “seguridad”, plantea y justifica el recrudecimiento punitivo, el relajamiento de las garantías del debido proceso, en busca de presunta eficacia, que fija como sus objetivos principales en cambiar determinados grupos de personas, abandonando el principio básico del “Derecho penal de hecho”, y se convierte en una manifestación de las

tendencias autoritarias del históricamente conocido como “derecho penal de autor”, de orientación manifiestamente irracional. Al “derecho penal de autor”, le corresponde a su vez un concepto de “culpabilidad de autor”; frente a la “culpabilidad por el hecho” de tendencia garantista le corresponde el Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, que diseña nuestra Constitución en el art. 43.

Nuestra sociedad, está viviendo también una realidad, donde el llamado “populismo punitivo”, se está asentando cada vez más, a costa de los gobiernos de turno, y algunos congresistas que lo avalan. A causa del “populismo punitivo”, el cual se entiende como el uso del derecho penal por parte de políticos para conseguir popularidad y favoritismo, para poner desde luego desde el Congreso o del Poder ejecutivo, la expedición de leyes incongruentes e irracionales, para crear delitos, aumentar penas, reducir o eliminar beneficios penas o penitenciarios, para desestructurar el debido proceso acusatorio, garantista de corte adversarial que propicia el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, soslayar derechos y menoscabar garantías y beneficios penales o procesales, sin embargo estas tendencias regresivas tiene gran trascendencia en el ámbito político electoral.

La edad del agente, está referida a su capacidad penal, que forma parte de la categoría de la Culpabilidad, por lo que no resulta razonable, configurar excepciones basado en la gravedad de los delitos, como lo establece el D. Leg. 1181, pues se tiene que estas excepciones es un factor que incide en la entidad del injusto, en la antijuricidad de la conducta, en la relevancia social y forma de ataque al bien jurídico protegido; si bien es cierto que, la “Culpabilidad por el hecho”, incide en factores individuales concretos del agente, como es la edad del mismo, por lo que

la disminución de la punibilidad que regula el párrafo primero art. 22 del CP, está referida a la capacidad penal del sujeto, lo cual es un elemento de la culpabilidad, mientras que la gravedad de los delitos está referido a la categoría de la Antijuricidad, por lo que resulta un contrasentido hacer una diferenciación en circunstancias que nada tiene que ver con la capacidad penal del imputado.

Se ha determinado que la imputabilidad restringida por la edad del sujeto activo, constituye un factor atenuante en la imposición de la pena, según el texto original del artículo 22 del CP, que irracionalmente fue modificado gradualmente por las leyes penales N° 27024, de 25 de diciembre de 1998, que agregó el segundo párrafo del artículo en cuestión, en la cual se excluye la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, al agente que haya incurrido en la comisión de una serie de delitos. Luego mediante la Ley 29439, de 19.11.2009, el primer párrafo del art. 22, sufre una modificación, estableciéndose que no se aplicará la responsabilidad restringida cuando se haya incurrido en forma reiterada en los delitos culposos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, párrafo cuarto del CP, empezando a introducir con esta modificatoria, confusamente los supuestos de habitualidad o reincidencia, bajo el término de “reiteración” que es ambigua, para excluir beneficios como la atenuación por responsabilidad restringida por la edad del agente. Posteriormente mediante el art. 1 de la Ley N° 30076, del 19.08.2013, mediante la cual se dio la segunda modificación del párrafo segundo del artículo en mención, agregando al catálogo de delitos a los cuales que prohibía la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, se sumaron otros tantos. Finalmente, mediante la Única Disposición Complementaria del D. Leg. N° 1181, de 27.07.2015, se agregó al catálogo de delitos ya mencionados, otros en las cuales se

prohíbe la aplicación de la imputabilidad restringida, en base a los fundamentos de política criminal, cuya finalidad fue frenar la criminalidad cometida por mayores de 18 y menores de 21 años. Las mencionadas prohibiciones establecidas en el párrafo segundo y primero en fine, colisionan abiertamente con los principios de jerarquía constitucional de igualdad, proporcionalidad, resocialización y con los fundamentos de capacidad de culpabilidad y la disminución de punibilidad en caso de imputabilidad restringida. La diferenciación discriminatoria basada en la gravedad del delito, estipulada en el párrafo segundo el art, 22 del CP, no está justificada constitucionalmente. Por el contrario, siguiendo los lineamientos de las modificatorias, y particularmente del D. Leg 1181, que compatibiliza con la tendencia autoritaria de la política criminal peruana, que propicia la aplicación del Derecho Penal del enemigo y del populismo punitivo, corrientes autoritarias y regresivas, que partiendo de la idea de seguridad ciudadana, viene propiciando el relajamiento de las garantías del debido proceso, en busca de una presunta eficacia, lograron a través de nuestros legisladores modificar el segundo y primer párrafo del art. 22 del CP, cuya derogatoria se postula desde esta tesis.

RECOMENDACIONES

Por las consideraciones precedentemente expuestas, recomendamos la derogatoria in extenso, del segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal vigente. Asimismo proponemos la derogatoria del Primer párrafo, parte in fine, del artículo citado, que bajo la afirmación “salvo haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo”, prohíbe la aplicación del beneficio de imputabilidad restringida por la edad, y su efecto ineludible de reducirse prudencialmente la pena para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de 18 y menor de 21 años, o más de 65 años al momento de realizar la infracción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcocer, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal Parte General*. Jurista Editores.

Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Hammurabi SRL

Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho de Derecho Penal. Parte General*.
Editorial y Distribuidora de Libros S.A. EDDILI.

Bermeo, L. (2016) *La Prohibición de aplicar la responsabilidad restringida en delitos graves: ¿Respuesta frente a la criminalidad violenta?. A propósito del X Pleno Jurisdiccional Supremo Penal*. Revista Actualidad Penal N° 30.
Editorial Instituto Pacífico.

Bernd, S. (2012). *El Sistema Moderno del Derecho Penal Cuestiones Fundamentales*. Euros Editores S.R.L

Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA.

Binder, A. (2010). *Introducción al Derecho Penal*. Dirección Editorial AD-HOC.
SRL.

Bustos, J. (2004). *Obras Completas. Derecho Penal Parte General*. ARA Editores.
E.I.R.L.

Bustos, J., Hormozabal, M., H. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*.
EDITORIAL TROTTA.

Castro, R. (2018). La exclusión de la responsabilidad restringida vulnera el principio de igualdad en los delitos graves. [Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho Penal, Universidad Nacional del Santa, Chimbote]. Recuperado de

<http://repositorio.uns.edu.pe/bitstream/handle/UNS/3306/48971.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Caro, J. (2018). SUMMA PENAL. Penal. Procesal Penal. Penitenciario. Toda la Jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen. Editorial Nomos&Tesis.

Caro, J. (2016), Responsabilidad penal restringida por la edad: El segundo párrafo del art. 22 del Código Penal. Revista Actualidad Penal N° 30. Editorial Instituto Pacífico.

Caro, J. (2007), Diccionario de Jurisprudencia Penal. Editorial Grijley.

Cabanellas, G. (1982). Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L.

Cerezo, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Euros Editores S.R.L

Creus, C. (1990). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial ASTREA.

Cruz, L.(2017). La Responsabilidad restringida por la edad en la Jurisprudencia (art. 22 del Código Penal). Gaceta Jurídica & procesal penal. Información Especializada para abogados , jueces y fiscales.

Cerezo, J. (2008), Derecho Penal Parte General. Editorial IB de F.

Chanamé, R. (2012). *Diccionario Jurídico Moderno*. Editorial ADRUS.

Donna, E. (2006). *Derecho penal. Parte General*. Rubinzal –Culzoni Editores.

Espejo, O. (2020). Responsabilidad penal restringida para los adolescentes infractores que cometen hechos punibles tipificados como delitos en el código Penal. [Tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo]. Recuperado de

<https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/16258/Espejo%20Mendez%2c%20Oswaldo%20Daniel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Fernández, J. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Edt. Idemsa.

Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo IV, (2007). Rubinzal- Culzoni Editores.

Fernández, S. (2018). Cuestionando el sujeto estándar en Derecho: Análisis crítico de los conceptos minoría y mayoría de edad, niño, menores y adolescentes. *Revista Justicia y Derecho*, 1(1), pp. 67-68. Recuperado de

<https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/259/253>

Ferré, J. (2010). *Derecho Penal Colombiano. Parte General*. Grupo Editorial IBAÑEZ.

Frister, H. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Hammurabi S.R.L.

Fuentes, G. y Hernández, M. (2021). El derecho de acceso a la justicia en personas adultas mayores privadas de libertad. *Forum*. 19(1), pp. 140-166. Recuperado de

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/view/86910>

Gaete, R. (2014). Reflexiones sobre las bases y procedimientos de la Teoría Fundamentada. *Ciencia, Docencia y Tecnología*, XXV (48), 149-172. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/145/14531006006.pdf>

García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Solución Ideas Editorial S.A.C..

García, V. (2013). *Derechos Fundamentales*. Editorial ADRUS S.R.L.

García, V. (2010). *Teoría. Del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial ADRUS.

Garzon, Z. (s/f). *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Publicaciones INECIP CBA.

Gonzales, A. (2020). La responsabilidad penal del menor. [Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho Penal, Universidad a Distancia de Madrid, España]. Recuperado de

<https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/816/Anabel%20Gonzalez%20Aguilera.%20La%20responsabilidad%20penal%20del%20menor.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Günther, J. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ediciones Jurídicas S.A.

- Günter, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Editorial Hammurabi S.R.L.
- Hernández, R. (2006), *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*. Juristas Editores.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Hurtado, J. y Prado, S, (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA.
- Jiménez, J. (2016). La responsabilidad restringida. El segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. *Revista Actualidad Penal* N° 30. Editorial Instituto Pacífico.
- Jescheck, H. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- López, J. (2010). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Aranzadi S.A.
- Luzón, D-M, (2016). *Derecho Penal Parte General*. Editorial IB de F.
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Meine, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Merchán, A. (2019). La legislación penal en Colombia y la proporcionalidad de las penas. [Tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho Penal, universidad Santiago de Cali, Colombia]. Recuperado de <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/1609/LA%20LEGISLACION%20PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mir, S. (2010). *La seguridad pública ante el Derecho Penal*. Euros Editores S.R.L.
- Mir, S. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Editorial IB de F.
- Mir, S. (2010). *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases Constitucionales*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Moreno, M. (2008). Límites de la Política Criminal y Derecho Penal. Estudios Penales. En el Libro Homenaje a Enrique Gimbernat. Editorial Edisofer S.L
- Muñoz, F. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Oropeza, V. (2019). La culpabilidad penal en la llamada “era del cerebro”. *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 4(13), 119-144. Recuperado de <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/02/article/view/425>
- Oyarce, J. (2019). Responsabilidad restringida por la edad en la comisión de delitos graves y jurisprudencia de las salas de la Corte Suprema. *Vox Juris*, 3881), pp. 73-88. Recuperado de <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1717/pdf06>
- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA.

- Pérez, Á. (2009). *Introducción al Derecho Penal*. EDITORIAL TEMIS. S.A
- Pérez, J, (2009). *Criminología de la concepción positivista a la concepción crítica*.
Editorial San Marcos.
- Pérez, J, (2021). *Derecho Penal Parte General*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Polaino, M, (2005). *Instituciones del Derecho Penal Parte General*. Editora
Jurídica Grijley.
- Polaino, M, (2008). *Introducción al Derecho Penal*. Editora Jurídica Grijley.
- Quintero, G. (2015). *Derecho Penal Constitucional*. Editorial. Tirant lo Blanch.
- Reategui, J. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Instituto
Pacífico S.A.C.
- Reinhart, M. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Editorial ASTREA.
- Reyna, L. (2018). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Grijley E.I.R.L.
- Reyna, L. (2016). *Introducción a la Teoría del Delito y las Consecuencias Jurídicas
del Delito*. Editorial. Instituto Pacífico
- Rojas, F. (2012). *Código Penal. Dos de Jurisprudencia*. ARA Editores.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de
la Teoría del Delito*. Editorial CIVITAS, S.A
- Rusconi, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial AD-HOC.
- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas
Jurídicas Ediciones.

Silva, J. (1997). *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. J.M. BOSCH Editorial.

Silva, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial IBdeF.

Terrones, C. (2018). La inimputabilidad de la persona con responsabilidad restringida a partir de los 70 años. [Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho Penal, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque]. Recuperado de

[https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7449/BC-
TES-TMP-
2525%20TERRONES%20GARCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7449/BC-
TES-TMP-
2525%20TERRONES%20GARCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Tucto, C. y Francia, J. (2015). *Código Penal. Notas y Jurisprudencia*, Jurista Editores E.I.R.L.

Vásquez, P. (2018). Responsabilidad penal en los adolescentes en el distrito judicial de Lambayeque. [Tesis para optar el grado académico de, maestro en Derecho Penal, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque]. Recuperado de

[https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7426/BC-
TES-TMP-
2491%20VASQUEZ%20TORRES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7426/BC-
TES-TMP-
2491%20VASQUEZ%20TORRES.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Librería Jurídica COMLIBROS.

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Editorial San Marcos.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Villa, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Vilcapoma, JC, (2013). *Aprender Investigar arte y Método del Trabajo Universitario*. Argos Editorial.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal Parte General*. EDIAR Sociedad Anónima Editora.

Zaffaroni, E. (1982). *Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas*. Editorial HAMMURABI.

Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. EDIAR Sociedad Anónima Editora.

Zúñiga, L (2001), *Política Criminal*. Editorial COLEX.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Tabla 1. Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	<p>Categoría 1 Imputabilidad restringida</p> <p>Sub-categorías</p> <ul style="list-style-type: none"> • Agente mayor a 18 y menor de 21 años • Agente mayor a 65 años. • Política criminal <p>Categoría 2</p> <p>Factor atenuante en la imposición de la pena</p> <p>Sub-categorías</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sistema penal • Seguridad ciudadana 	<p>Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Explicativo” y un enfoque cualitativo</p> <p>Diseño de investigación Observacional</p> <p>Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p>Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p>Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p>
¿La imputabilidad restringida por razón de edad, constituye un factor atenuante en la imposición de la pena?	Determinar si la imputabilidad restringida por razón de edad, constituye un factor atenuante en la imposición de la pena		
Problemas específicos	Objetivos específicos		
¿Si el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, se debe acoger a la imputabilidad restringida por razón de edad, sin excluir por la naturaleza o gravedad del delito?	Definir de qué manera el agente que tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, se deben acoger al beneficio de la imputabilidad restringida por razón de edad, sin ninguna exclusión por la naturaleza o gravedad del delito.		
¿Si el agente tenga más de 65 años de edad, se debe acoger a la imputabilidad restringida por razón de edad, sin excluir por la naturaleza o gravedad del delito?	Analizar de qué manera el agente que tenga más de 65 años de edad, se debe acoger al beneficio de la imputabilidad restringida por la edad, sin ninguna exclusión por la naturaleza o gravedad del delito.		

<p>¿Al excluirlos de la imputabilidad restringida por razón de edad, a los agentes que cometen ciertos delitos graves dolosos o culposos reiterantes, como las señaladas en los párrafos primero, in fine y segundo del artículo 22 del Código Penal, modificado por las cuatro leyes ya referidas, incluido el Decreto Legislativo N° 1181, de 27 de julio de 2015, se vulneran derechos fundamentales del imputado, bajo el contexto de una Política Criminal de corte Autoritario?</p>	<p>Identificar de qué manera al excluirlos del beneficio de la imputabilidad restringida por razón de edad, a los agentes que cometen ciertos delitos graves dolosos o culposos reiterantes como las señaladas en los párrafos segundo y primero, in fine, del art. 22 del Código Penal, modificado por las cuatro leyes anteriormente referidos, incluido el D. Leg. 1181, se vulnera derechos fundamentales del imputado, bajo el contexto de una Política Criminal de corte Autoritario.</p>		<p>Método General Se utilizará el método y hermenéutico.</p> <p>Método Específico Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica</p>
---	---	--	---

Fuente: Elaboración propia

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

FICHA TEXTUAL: La madurez del individuo

CONTENIDO: Hurtado, J. y Prado, S, (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA. Página 618.

(...) “el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona”.

FICHA TEXTUAL: Relación interdependiente entre las Ciencias Penales

CONTENIDO: Villavicencio (2006). *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley. Pág.24

"Se requiere una constante y estrecha colaboración entre la Criminología, la Política Criminal y la Dogmática jurídico -penal, que son los tres pilares del sistema de la **Ciencias Penales**, inseparables e interdependientes".

FICHA TEXTUAL: ¿Cuándo se viola el Principio de Culpabilidad?

CONTENIDO: Zaffaroni (2000). *Derecho Penal Parte General*. S.A. Editora EDIAR. Pág. 676.

“Dado que se trata de un supuesto de menor culpabilidad no cabe sostener que constituye una atenuación meramente facultativa, pues si no se adecua la pena a la culpabilidad, se viola el principio de culpabilidad, por lo que debe entenderse que si hay culpabilidad disminuida la atenuación es obligatoria”.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

No es necesario tener los permisos firmados, de las personas a quien no se va aplicar instrumento de recolección de datos alguna, por ser la investigación de naturaleza cualitativa teórica, o de Dogmática Jurídico Penal, donde se emplean solo razonamientos jurídicos, análisis, interpretación, argumentación jurídica, sistematización y crítica del tema investigado, donde no es necesario ningún consentimiento informado.

EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS

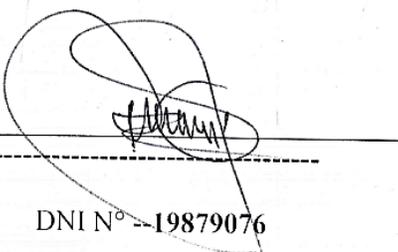
Al no ser un trabajo de campo, no ameritó tomar fotografía alguna, pues fue un trabajo de análisis documental.

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo **-HERACLIO MUNIVE OLIVERA-**-----, identificado con DNI N° 19879076-----Domiciliado en Jr, José Olaya N° 159 El Tambo. Huancayo, estudiante de la Maestría en Derecho y Ciencias Políticas, **mención: Ciencias Penales** en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada **“IMPUTABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD, BAJO LA POLÍTICA CRIMINAL AUTORITARIA, VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 20 de febrero del 2021




DNI N° 19879076