



DERECHO PENAL DE PRINCIPIOS

JUSTIFICACIÓN DE LA
INTERVENCIÓN PUNITIVA

YVAN MONTOYA VIVANCO

VOLUMEN I



Publicación
editada
en el Perú
por Palestra Editores



Cultura Pachacamac (siglos XV y XVI)

DERECHO PENAL DE PRINCIPIOS
VOLUMEN I
LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN
PUNITIVA DEL ESTADO
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

YVAN MONTOYA VIVANCO

DERECHO PENAL DE PRINCIPIOS
VOLUMEN I

LA JUSTIFICACIÓN DE LA
INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL
ESTADO EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO





Palestra Editores
Lima — 2020



DERECHO PENAL DE PRINCIPIOS

Volumen I

La justificación de la intervención punitiva del Estado
en el Estado Constitucional y democrático de Derecho

Yvan Montoya Vivanco

Palestra Editores: primera edición, diciembre 2020

Primera edición Digital, diciembre 2020

© YVAN MONTOYA VIVANCO

© PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA

© 2020: Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

DIAGRAMACIÓN Y DIGITALIZACIÓN:

Gabriela Zababurú Gamarra

ISBN: 978-612-325-160-4

ISBN Digital: 978-612-325-163-5

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

Contenido

PRÓLOGO

PRESENTACIÓN

INTRODUCCIÓN

Capítulo I

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO Y CONSTITUCIONAL DE LAS SOCIEDADES ACTUALES POLÍTICAMENTE ORGANIZADAS

1. La perspectiva funcionalista sistémica de Niklas Luhmann
2. La perspectiva neocontractualista fundada en el principio del discurso de
Lürgen Habermas: posición sobre el Estado y el derecho
3. El derecho penal en la era del constitucionalismo pospositivista

Capítulo II

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA PENA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Conceptos fundamentales y antecedentes

1. ¿Justificación del derecho penal o de la pena? y ¿Función o fines del derecho
penal?
2. Antecedentes del debate sobre los fundamentos que justifican la
intervención punitiva del Estado

Capítulo III

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA PENA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Los fines preventivos para la protección de bienes jurídicos esenciales

1. El fin del derecho penal y la pena en el Estado constitucional y democrático
de Derecho
2. Fines preventivos de la pena: críticas y valoraciones
3. Recopilación y toma de postura

Capítulo IV

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA PENA EN EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO

1. La justificación del derecho penal y de la pena desde el enfoque sistémico de Günther Jakobs

Capítulo V

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL DE MENORES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. Introducción
2. Bases criminológicas del sistema penal de adolescentes
3. Estándares internacionales y constitucionales en materia del derecho penal de menores
4. Finalidad preventivo especial del sistema penal de adolescentes

Capítulo VI

LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. Antecedentes
2. Regulación en el Código Penal de 1991
3. La justificación de las medidas de seguridad en el Estado constitucional y democrático de Derecho

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA, NORMATIVA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

PRÓLOGO¹

¹ Traducción de Mario F. Amoretti.

El Derecho penal diferencia al ciudadano del criminal, al hombre libre de la criatura encerrada en una jaula. Esta línea divisoria es trazada por la sanción penal. En épocas anteriores, la mayoría de las veces, ella consistió en la exterminación física del delincuente, ejecutada con métodos bestiales, y, hoy, consiste, en su consecuencia última, en la exterminación de su existencia social. Pues, la pena privativa de libertad no sólo consiste en la privación de la libertad ambulatoria, sino que también suspende aquello que es específicamente humano, es decir, la vida social y, en gran parte, reduce al interno a la ingesta y digestión de alimentos, es decir, a la forma de vida absolutamente más primitiva. Es por ello por lo que la pena de cadena perpetua también significa una destrucción de la vida, que se inflige en pequeños tramos solamente en consideración de la creciente sensibilidad de la sociedad moderna. E, incluso la propia pena privativa de la libertad temporal, en la mayoría de los casos, no significa una mera retribución según el principio de igualdad, sino un *overkill*, es decir, la imposición de un mal mayor al delincuente que el que él mismo ha causado.

Por ello, los intentos de justificación filosófica del Derecho penal han estado presentes en todas las épocas al principio de toda reflexión sobre el Derecho penal, han constituido el tema de todos los grandes filósofos y al mismo tiempo de todos los grandes juristas, y deberían encontrarse al principio de la formación universitaria de todo joven estudiante de Derecho. Con el primer volumen de Principios de Derecho penal que aquí se presenta, su autor, el profesor principal de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Dr. Yvan Montoya, se suma a una falange de grandes filósofos y juristas y continúa su pensamiento, desarrollado en el período anterior a la Ilustración, así como durante y después de la Ilustración, hasta la época del positivismo, para la época actual, que él caracteriza como el Derecho post-positivista del Estado Derecho democrático. En términos materiales, se trata de la tarea del Derecho penal de proteger los bienes jurídicos indispensables para la coexistencia en una sociedad pluralista. Y, de una perspectiva metodológica, se trata de la interpretación y aplicación de las normas jurídico-penales en

conformidad con los derechos fundamentales y las garantías de la Constitución.

Este concepto fundamental es establecido y desarrollado por Yvan Montoya sobre la base de un conocimiento y tratamiento, dignos de admiración, que recae en los grandes pensadores, tanto de tiempos pasados como de los principales teóricos del Derecho (penal) actual, no sólo en el mundo de habla hispana, sino especialmente en Alemania e Italia. Se abordan y analizan las distinciones metodológicas fundamentales, como las que existen entre principio y norma, función y fin, se examinan y desarrollan críticamente las numerosas y diferentes formas de justificación preventiva del Derecho penal y se humaniza el potencial destructivo del Derecho penal mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la resocialización.

Como profesor de Derecho penal en Alemania, considero que esta obra sólidamente fundamentada no sólo me proporciona una gran cantidad de conocimientos, sino que también me estimula a seguir oponiéndome al neopositivismo que ha vuelto a ganar terreno en Alemania en los últimos años, y a seguir aferrándome a la tarea de la ciencia del Derecho penal, a saber, la de ejercer un control intelectual sobre los poderes estatales de los poderes legislativo y judicial en lo que respecta al cumplimiento de los valores fundamentales consagrados en la Constitución. Así como la obra de Yvan Montoya, ejemplar es también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en este campo, que ha sido procesada por el autor con gran cuidado, e incluso la puede tomar como ejemplo el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que goza de tanto prestigio internacionalmente.

Es por ello por lo que ya el presente primer volumen de Principios de Derecho Penal de mi muy estimado colega, el Prof. Dr. Yvan Fidel Montoya Vivanco, marcará un hito no sólo para la cultura del Derecho penal peruano, sino también para la cultura del Derecho penal global.

Profesor Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann
Universidad de Múnich/Alemania

PRESENTACIÓN

El presente texto es el primero de un grupo de tres volúmenes de mis reflexiones generales sobre el Derecho penal en el modelo de un Estado social y democrático de derecho, el mismo que, siguiendo una perspectiva de interpretación legítima de este modelo, nos conduce a una concepción pospositivista del Derecho. Bajo esta concepción del Derecho hemos analizado y adoptado nuestras posiciones sobre el discurso justificante de la intervención punitiva del Estado (volumen I); la concepción de los principios constitucionales (normas-principios) que limitan esa intervención, pero que también legitiman y validan las normas (normas-reglas) jurídico-penales (volumen II) y, finalmente, vinculan el contenido de la funcionalización de los juicios o niveles de análisis que comprende la actual teoría del delito (volumen III). Este último volumen está en fase de elaboración y esperamos pueda culminarse pronto y publicarse.

En ese sentido, advertimos, que el nombre utilizado para este grupo de textos, “Derecho penal de principios”, no hace alusión a una concepción del Derecho comprendido sólo por normas-principio y excluyente de la existencia de normas-regla. Creemos, como hemos sostenido en este texto, que el Derecho está compuesto por ambos tipos de normas, por lo que el sentido del nombre de este grupo de textos obedece, esencialmente, a la pretensión de resaltar ese tipo de normas fundamentales como son los principios, que han sido descuidados o no tenidos en consideración por el Derecho penal durante la hegemonía del positivismo clásico. Ha sido una tradición, hasta hace poco tiempo, estudiar un Derecho penal básicamente formado por el predominio de las normas-regla, contenidas principalmente en la parte especial del Código Penal.

El contenido del primer y del segundo volumen está dirigido a los alumnos y alumnas tanto del pregrado como del posgrado en Derecho. Mis deliberaciones y conversaciones con ellos en los cursos principales de Derecho penal del pregrado, como con mis alumnos y alumnas del curso de Constitución y Derecho penal de la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, me han permitido articular una serie de

contenidos básicos para la formación de los cursos introductorios del Derecho penal, junto con el debate, más actual y específico, de algunos temas complejos relacionados con la justificación del Derecho penal y el alcance de los principios penales frente al desafío de los nuevos o renovados fenómenos de la criminalidad moderna y tradicional. Ello sin descuidar la presentación de la posición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre varios de los temas que hemos trabajado en los dos volúmenes.

Es preciso en este espacio agradecer a diversas personas que han permitido que este volumen y el segundo puedan ver la luz. Primeramente, agradecer a la Pontificia Universidad Católica del Perú y, en su nombre, al que en su momento fue Jefe del Departamento Académico de Derecho, el doctor Guillermo Boza Pro, quien me permitió realizar dos estancias en la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). La primera como investigador (2013) y la siguiente como profesor invitado de dicha Universidad (2014). En esa línea, también debo agradecer, a mis apreciados colegas del área penal de la UAM, especialmente a los profesores Antonio Lascuraín, Manuel Cancio, Bernardo Feijoo, Julio Díaz Maroto, Fernando Molina, Mercedes Pérez Manzano, Mario Maraver, entre otros profesores y doctorandos de dicha área, por permitirme conversar y discutir con ellos diversos temas de la dogmática penal y hacer mi estancia mucho más tranquila, fructífera y menos nostálgica de lo que hubiera esperado.

Igualmente debo agradecer al doctor David Lovatón, director del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, por el interés mostrado desde el inicio para la publicación de este trabajo. En ese sentido, un agradecimiento particular debo también dedicar a mi amigo Pedro Grández y la editorial Palestra por hacer realidad la publicación de estos dos volúmenes.

También quiero agradecer, sobremanera, al magister Carlos Villarroel, actual asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional peruano, quien me apoyó en la búsqueda y selección de la jurisprudencia constitucional pertinente en varios de los temas que se abordan en este texto. Igualmente debo agradecer a Alexandra Alván y Rodrigo Ferradas por la oportuna y competente corrección de estilo de este volumen.

Finalmente, no quiero dejar de agradecer a mi familia por la paciencia de tolerar mis ausencias, aun estando presente en casa. A mi madre, por

recordarme el valor de la constancia; a mi hija Alejandra y mi hijo Mateo, inteligentes, comprometidos con su país y bondadosos como sus abuelos. Y muy especialmente a mi esposa, Érika, una fresca e inteligente compañía con quien no sólo he intercambiado muchas veces ideas y conceptos sobre el Derecho, sino, sobre todo, compartido sueños y proyectos que hemos ido plasmando a lo largo de nuestra vida juntos.

Lima, mayo de 2020

INTRODUCCIÓN

La discusión filosófica y constitucional sobre la intervención punitiva del Estado no tiene pretensiones meramente discursivas o teóricas. Esta discusión es siempre necesaria en la medida en que el derecho punitivo en general y, específicamente, el derecho penal, como conjunto de normas jurídicas vinculantes para los ciudadanos, prevé la pena privativa de la libertad como una de las consecuencias más graves del ordenamiento jurídico en su conjunto —esto es, la privación de uno de los derechos fundamentales de mayor transcendencia para las personas—. En ese sentido, nunca resultará gratuito u ocioso discutir sobre aquellos criterios que justifican que una sociedad, políticamente organizada, tenga la potestad de prohibir conductas recurriendo a una pena privativa de la libertad, de imponer efectivamente esta pena al infractor concreto de tales prohibiciones y, finalmente, de ejecutar sobre el mismo dicha pena.

Sin embargo, el interés de tomar una posición, respecto de la justificación del derecho punitivo, no se agota en conocer los criterios que justifican la conminación o la imposición de un mal a una persona, en el contexto de un Estado constitucional y democrático de Derecho como el nuestro, sino que la posición que se adopte tendrá también una repercusión directa o indirecta, tanto sobre el sentido de los principios que operan como límites de esa potestad punitiva como sobre el sistema dogmático que se haya construido (teoría del delito) para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico penal. En otras palabras, dependiendo de la perspectiva que se adopte, los teóricos del derecho penal diferirán respecto del alcance de los contenidos dogmáticos de la teoría del delito y de sus diversos niveles de análisis (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Así, por ejemplo, pueden diferir respecto de los alcances del ámbito de responsabilidad de la propia víctima o la prohibición de regreso como criterios de exclusión de la imputación objetiva de conductas o pueden diferir respecto del contenido del dolo y sus elementos de prueba, tal como veremos en los textos que siguen a esta publicación.

De cualquier forma, consideramos que la posición que se adopte no puede permanecer ajena al nuevo paradigma del derecho —esto es, a la nueva

concepción del derecho surgida en el contexto de los modelos de Estados democráticos y constitucionales—. Nos referimos al nuevo paradigma del concepto de derecho en la actual concepción pospositivista del derecho.

Sobre la base de estas consideraciones, el presente texto se divide en seis capítulos. En el primer capítulo, nos detendremos brevemente en el debate, desde la filosofía política, sobre el fundamento o la legitimación de las sociedades políticamente organizadas (especialmente, de las sociedades modernas y complejas como las nuestras). Resulta importante dilucidar este punto debido a que constituye la base o el fundamento de todas las instituciones de una sociedad políticamente organizada —en nuestro caso, por ejemplo, el fundamento de la obligatoriedad de las normas jurídico-penales y de la sanción penal—. Este capítulo concluye con nuestras reflexiones sobre el nuevo paradigma del derecho en el marco del Estado constitucional y democrático de Derecho (la concepción pospositivista del derecho), especialmente en relación con su impacto sobre las condiciones de validez de una norma jurídica —en concreto, de la norma jurídico-penal—. Resulta relevante, en ese punto, evaluar la compatibilidad de nuestras concepciones filosófico-políticas sobre la sociedad y este nuevo paradigma del derecho como instrumento de convivencia.

El segundo capítulo tiene como propósito esclarecer algunos conceptos básicos que nos permitan comprender la exposición posterior. Nos referimos a conceptos como «fines» y «función» del derecho penal o a los conceptos de «derecho penal» y «pena». La idea es situar al lector en el verdadero nivel en el que abordaremos el tema de la justificación de la intervención punitiva del Estado. Igualmente, en este capítulo se desarrollarán los antecedentes históricos del debate sobre la justificación de la intervención punitiva del Estado, desde la antigüedad hasta el discurso sobre la pena en los primeros Estados modernos (Estado liberal y Estado social), pasando por el importante periodo de la Ilustración.

En el tercer capítulo nos ocuparemos de uno de los problemas centrales de nuestro trabajo: analizaremos el debate sobre los distintos discursos que pretenden justificar el derecho penal y la pena. Así, revisaremos específicamente todas las posiciones utilitaristas o teorías relativas de la pena, así como los planteamientos críticos que se han dirigido contra ellas. En este capítulo, luego de haber revisado todos los planteamientos utilitaristas sobre la justificación del