

**La Reparación Civil en Sede Penal:
La confusión proveniente de su concepción como "accesoria" al delito**

Luis Miguel Velarde Saffer *
Fernando Ikehara **

Luis Miguel Velarde y Fernando Ikehara comentan críticamente la práctica de nuestros jueces penales de otorgar indemnizaciones en los llamados delitos de peligro. Así, el artículo repasa las principales desventajas de la normativa existente sobre el tema, haciendo un análisis de la concepción que tienen los jueces penales de la reparación civil. Los autores concluyen el presente artículo con una propuesta de mejora, dada a otorgarle mayor eficiencia al sistema.

* Abogado por la PUCP y LL.M. por Harvard Law School. El autor es actualmente *Juriste Trilingüe* en el Departamento de Arbitraje Internacional de Dechert (Paris) LLP. Ha sido también Profesor de Derecho de Contratos en la PUCP y en la Universidad del Pacífico. El autor puede ser contactado en lvelardesaffer@llm13.law.harvard.edu

** Abogado por la PUCP. Abogado asociado en el estudio Cortez, Massa & Bello Abogados. Profesor del curso de Derecho Procesal Penal en la Universidad Privada del Norte, y del curso de Derecho Penal Económico en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

La Reparación Civil en Sede Penal: La confusión proveniente de su concepción como "accesoria" al delito

I. Introducción.-

El Código Penal regula en el Capítulo I de su Título VI (arts. 92-101) la reparación civil que puede solicitarse en sede penal.

Existen posiciones encontradas respecto de la naturaleza de la reparación civil.¹ Mientras que algunos autores postulan que aquella es puramente civil, otros le confieren una naturaleza diferente basándose en las particularidades de su regulación y su carácter subordinado respecto de la pretensión penal.

Es inevitable reconocer la existencia de algunas diferencias entre la reparación civil y la indemnización, las cuales derivan principalmente de su regulación². Más allá de tales diferencias, la primera se rige -en todo lo no regulado en el Código Penal- por la normativa civil aplicable a las indemnizaciones. Así lo reconoce el artículo 101 del Código Penal, al disponer que: "La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil".

En base a lo anterior, el otorgamiento de una reparación civil debería estar supeditado a la verificación de los elementos para que surja la obligación de indemnizar en sede civil. Nuestros jueces penales, no obstante, no comparten tal afirmación. En efecto, como se explica en este trabajo, tales funcionarios otorgan reparaciones civiles automáticamente ante la configuración de un delito de peligro, sin siquiera evaluar si se cumplen los elementos para que surja la obligación de indemnizar (y entre ellos, de manera destacada, un daño). En otras palabras, si nuestros jueces penales concluyesen que existió un delito de peligro, otorgarían una reparación civil al sujeto pasivo del mismo. Se trata a la reparación civil como una consecuencia necesaria de la configuración de un delito de peligro.

¹ De manera introductoria, puede consultarse Beltran Pacheco, Jorge Alberto. "Un problema frecuente en el Perú: la reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil". En RAE Jurisprudencia, Julio 2008, pp. 39-44, disponible en http://www.academia.edu/4654991/JURISPRUDENCIA_CIVIL_-INFORME_ESPECIAL.

² A modo de ejemplo considérese que, mientras en sede penal se contempla la restitución y la indemnización como parte de la reparación civil (artículo 93 del Código Penal), en sede civil únicamente se contempla la indemnización (artículo 1985 del Código Civil).

En este trabajo explicamos por que dicho proceder es incorrecto, analizamos ciertos esfuerzos desplegados para corregir tal proceder y planteamos algunas propuestas de solución.

II. El problema de los delitos de peligro.-

2.1 Los orígenes del problema.-

El problema en sede penal surge a partir de la lectura aislada del artículo 92 del Código Penal de 1991, según el cual "*La reparación civil se determina conjuntamente con la pena*". A lo largo de los años se ha considerado a la reparación civil como una cuestión accesoria a la determinación del delito: si no hay sentencia condenatoria por comisión de delito, no puede haber reparación civil³.

Este esquema se aplicaba con facilidad en los delitos de lesión, toda vez que la configuración de estos requiere de un daño contra el bien jurídico penalmente protegido⁴. La dificultad se presentaba, no obstante, en los delitos de peligro, es decir, en aquellos delitos en los cuales no se precisa la lesión o menoscabo efectivo del bien jurídico penalmente protegido, bastando la mera puesta en peligro del mismo de forma abstracta o concreta⁵. Típicos ejemplos de delitos de peligro son la conducción en estado de ebriedad y el portar armas ilegítimamente. En estos casos, nuestros jueces penales se preguntaban: *¿existe un daño que resarcir? ¿Corresponde el otorgamiento de una reparación civil?*

Esa es la pregunta que el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 (en adelante, "Acuerdo Plenario") buscó aclarar.

2.2 El Acuerdo Plenario

Si bien el Acuerdo Plenario tuvo como finalidad aclarar el panorama de la reparación civil en los delitos de peligro, hizo exactamente lo contrario: sentar las bases para que la reparación civil se desvincule totalmente de las normas civiles que rigen la indemnización y para que la discrecionalidad reine.

³ Del Río Labarthe, Gonzalo. "La acción civil en el nuevo proceso penal". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 65.

⁴ De acuerdo al profesor Kindhäuser: "*La lesión del bien jurídico se puede tratar teóricamente de forma relativamente fácil. Bajo el término lesión se debe entender una intervención en la posición jurídicamente protegida sobre un bien y en verdad de tal manera que sobre el objeto, sobre el cual se asigna la característica de bien jurídico, se actúe de tal manera que tal bien pierde en valor en relación con la característica en entredicho*". En: Kindhäuser, Urs. "Derecho Penal de la Culpabilidad y de la Conducta Peligrosa". Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996, p. 70.

⁵ Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 223.

El Acuerdo Plenario estableció lo siguiente:

"(...) 10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el que recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos -sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal -que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo (...)]

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía" (énfasis agregado).

III. Lo bueno y lo malo del Acuerdo Plenario.-

3.1 Lo bueno.-

Hace bien el Acuerdo Plenario al señalar que si bien los delitos de peligro no necesariamente terminan en un *resultado delictivo concreto*, aquellos pueden generar daños civiles. Piénsese en el caso de una pareja de esposos de avanzada edad que cruzan la calle. El esposo se adelanta, cruzando la pista ni bien la luz del cruce peatonal cambia a verde. La esposa permanece por unos segundos más en la acera. Repentinamente, un conductor ebrio pasa manejando a gran velocidad, rozando al esposo y casi quitándole la vida. En este caso, es perfectamente posible que la esposa sufra daños al ver que su marido casi pierde la vida. Por ejemplo, ella podría haber quedado severamente traumada y tener derecho a exigir el pago de una indemnización consistente en el pago de un tratamiento médico.

3.2 Lo malo.-

De aquí en adelante, no obstante, el razonamiento del Acuerdo Plenario se torna incongruente. El Acuerdo Plenario señala que sin perjuicio de los daños concretos y efectivos que puedan generar los delitos de peligro, también *"se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal (...)"*

Si se ponen a un lado los daños efectivos y concretos que podrían sufrir las víctimas de los delitos de peligro, a que se refiere el Acuerdo Plenario con *"una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles?"* ¿Es que acaso existen otros daños resarcibles además de los *"efectivos daños generados en intereses individuales concretos"*?

Que los daños puedan ser patrimoniales o extra patrimoniales no significa que ellos no deban ser reales. Aunque los daños extra patrimoniales (i) cumplan una función afectivo-consolatoria antes que compensatoria⁶; y, (ii) su valoración en términos pecuniarios sea imposible, aquellos deben existir y ser reales.

El Acuerdo Plenario parece sugerir que la "alteración del orden jurídico" producida por la comisión de un delito de peligro genera un daño extra patrimonial que debe ser resarcido. Lo que el Acuerdo Plenario logra con este ambiguo y vacío análisis es legitimar a nuestros jueces penales a que otorguen reparaciones civiles de manera automática ante la configuración de un delito de peligro, como si lo primero fuese efecto necesario de lo segundo.

Esto se ve todos los días en el delito (de peligro) de conducción en estado de ebriedad.

3.2.1 Conducción en estado de ebriedad.-

El siguiente cuadro contempla las diferentes reparaciones civiles otorgadas por conducir en estado de ebriedad:

Sede Judicial	Expediente	Resolución	Reparación Civil
Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo	No. 3329-2007	11/12/07	S/. 150.00

⁶ Gastón Fernández Cruz "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?" En: "Themis"- Revista de Derecho 50, 2005, p. 262.

Décimo Juzgado Penal de Lima	No. 0350-2009	13/08/10	S/. 500.00
Décimo Noveno Juzgado Penal de Lima	No. 0318-2009	16/08/10	S/. 800.00
Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima	No. 15159-2010	24/08/10	S/. 600.00
Juzgado Unipersonal de Lambayeque	No. 0003-2011-28	21/06/11	S/. 200.00
Juzgado Unipersonal de Lambayeque	No. 5438-2011-19	03/08/11	S/. 300.00
Juzgado Unipersonal de Lambayeque	No. 1939-2011-48	07/12/11	S/. 100.00
Primer Juzgado Unipersonal de Puno	No. 0311-2010	26/04/12	S/. 500.00
Segundo Juzgado Penal de Lima	No. 10918-2011	30/05/13	S/. 2000.00

En todos estos casos se otorgaron reparaciones civiles a pesar de no haber existido un daño real. Los jueces penales sustentaron sus decisiones en el Acuerdo Plenario. A modo de ejemplo, considérese el pronunciamiento emitido por el Juzgado Unipersonal de Lambayeque, Expediente No. 1939-2010-48, en cuyo Fundamento No. 5 se señaló que:

"QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el acuerdo plenario N° 06-2006/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República "En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos – sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos – se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal – que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supra individual-. Esta delictiva alteración o

perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o casualmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (...)".

En tal sentido, se tiene que la reparación civil acordada se encuentra dentro de los criterios de proporcionalidad, respecto a la alteración del ordenamiento jurídico producido por la conducta del acusado, la misma que se tiene por cancelada". (Énfasis agregado).

Adicionalmente, como se puede apreciar del recuadro, las reparaciones civiles fueron diferentes en todos los casos, lo que se explica por la "carta abierta" dada por el Acuerdo Plenario a nuestros jueces penales: "*Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer (...) corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía*".

En atención a lo anterior, el Acuerdo Plenario permite que una vez verificada la comisión de un delito, nuestros jueces penales otorguen automáticamente una reparación civil cuya cuantía es fijada arbitrariamente. Se deja totalmente de lado el artículo 101 del Código Penal, según el cual "La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil".

IV. Los errores conceptuales de nuestros jueces penales.-

4.1 Los elementos constitutivos.-

Los elementos constitutivos del delito resultan distintos de aquellos que son necesarios para que surja la obligación de indemnizar:

Delito	Reparación Civil
Tipicidad	Antijuridicidad
Antijuridicidad	Factor de Atribución
Culpabilidad	Nexo causal
	Daño

La configuración de un delito importa la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable. Tales elementos son diferentes a aquellos necesarios para que deba otorgarse una reparación civil.

Para comenzar, la antijuridicidad como elemento de la reparación civil puede venir dada por la violación del orden administrativo, ambiental, tributario, etc., no requiriendo la contravención de normas de orden público (penal).

En cuanto al daño como elemento de la reparación civil, la configuración de un delito de peligro no necesariamente acarrea danos y estos pueden existir aun cuando no se configure el delito. El daño en los delitos de peligro se refiere a una cuestión de índole normativa y no a una cuestión de orden material⁷.

Atendiendo a lo anterior, resulta un equívoco mayúsculo establecer una relación accesoria entre la reparación civil y el delito, cuando lo cierto es que el vínculo existente obedece a cuestiones de economía procesal⁸.

4.2 ¿Sujeto pasivo, agraviado o víctima: quién es el legitimado para recibir una reparación civil?

Otra consecuencia del carácter accesorio de la reparación civil respecto del delito de peligro se aprecia en la determinación del beneficiario de la primera. En efecto, la revisión de distintos pronunciamientos muestra que usualmente se considera como beneficiario de la reparación civil al sujeto pasivo del delito de peligro y no al agraviado o perjudicado por el mismo. Se pierde así de vista que, mientras el sujeto pasivo del delito de peligro es el titular del bien jurídico tutelado en sede penal⁹, el agraviado o perjudicado resulta la persona que ve sus intereses patrimoniales o extra patrimoniales afectados.

⁷ Al respecto, Bacigalupo sostiene que: "El tipo, tanto de un delito doloso como de uno culposo, adopta dos estructuras diversas según que se trate de delitos de resultado (que producen una lesión o el peligro de la misma) o de actividad o predominante actividad (que se agoten en el movimiento corporal del autor). Los primeros están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. Este último consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto (por ejemplo, la cosa en el delito de daños, art. 263 y ss., Cód. Penal). Este objeto se denomina objeto de la acción y no se debe confundir con el objeto de protección o bien jurídico; aun los delitos que no requieren un resultado material importan una lesión de un bien jurídico (por ejemplo: el delito de injuria —art. 208, Cód. Penal— o el de allanamiento de morada—art. 203 y ss., Cód. Penal—). En otras palabras, todos los delitos importan —en principio— una lesión inmaterial (la del bien jurídico); sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de la acción)". Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 222-223.

⁸ Silva Sánchez, José María. "¿Ex Delicto?: Aspectos de la Llamada Responsabilidad Civil en el Proceso Penal". En: http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf

⁹ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2009, p. 220 y ss.

Considérese el siguiente ejemplo: una persona "x" tiene interés en que en un caso civil que viene siendo conocido por el Poder Judicial (digamos, una demanda de obligación de dar suma de dinero) se emita un fallo favorable a sus intereses. A tales efectos, recurre a una de las altas esferas del Poder Judicial y ofrece dinero y otros donativos para que un funcionario interceda y presione al juez que conoce el caso. Ello ocurre y se obtiene un fallo favorable a los intereses de la persona "x". Este caso es materia de impugnación y la persona "x" recurre a las mismas formas para asegurar el éxito de su caso.

El caso relatado configura claramente el Delito de Corrupción Activa de Funcionarios Públicos, delito de peligro cuyo sujeto pasivo es el Estado. El claro fundamento de la imposición de la pena es la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública. No obstante, el Estado peruano no resulta necesariamente el perjudicado o agraviado del delito, pues para que ello ocurra el Estado debería acreditar el daño efectivo que se le ha irrogado. La asignación de reparación civil a favor del Estado peruano sustentada, exclusivamente, en su calidad de sujeto pasivo del delito constituiría, en consecuencia, una asignación necesariamente inválida.

A pesar de ello, esto es lo que suelen hacer nuestros jueces penales. La simple calidad de sujeto pasivo del Estado peruano le permite recibir casi automáticamente una reparación civil. El Estado peruano no debe sustentar el daño sufrido. Ello, evidentemente, ocurre porque se considera al daño civil como la "alteración del ordenamiento jurídico producida por la comisión del delito".

Además del punto sobre el legitimado para cobrar la reparación civil, este ejemplo sirve para probar que en los delitos de peligro resulta posible establecer una reparación civil. No obstante, el análisis de la obligación de indemnizar se debe realizar en función a los elementos que configuran la misma y no en base a criterios del Derecho Penal.

V. La Intervención de la Fiscalía de la Nación.-

La Fiscalía de la Nación constató los excesos que se venían cometiendo en el Delito de Conducción en Estado de Ebriedad y corroboró una conocida realidad: que, además de no existir daño, el principal criterio utilizado para determinar el monto de la reparación civil atiende a las condiciones personales del agente y a las circunstancias determinantes de la agravación y atenuación de la sanción jurídica penal (artículos 45 y 46 del Código Penal vigente)¹⁰.

¹⁰ Ello, en la práctica, se traducía en la consideración de la posición social, cultural y económica del agente infractor. Así, por ejemplo, si quien comete el delito es una persona con una "capacidad económica mayor" o sin "carencias sociales", entonces correspondería una mayor asignación de reparación civil por el "daño causado a la

La Fiscalía de la Nación dispuso mediante Resolución No. 2508-2013-MP-FN (en adelante, "RFN") la modificación del Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad¹¹ y la aprobación de una Tabla de Referencias para la Reparación Civil por Conducción en Estado Ebriedad (en adelante, "Tabla de Referencias"), cuestión importante si se tiene presente que, si no existe la reparación de un daño, entonces no es posible la aplicación del principio de oportunidad:

Periodos de Alcholemla		Vehículo motorizado menor de 4 ruedas. Utilización de cuatrimotos	Vehículo motorizado de 4 ruedas a más. No utilización de cuatrimotos
Primer Periodo de Alcholemla: Subclínico	De 0.25 a 0.5 g/l. (Ley N° 29439)	*	*
Segundo Período de Alcholemla: Ebriedad	Más de 0.5 a 1.0 g/l Más de 1.0 a 1.5 g/l.	5% UIT a 50% UIT 10% UIT a 50% UIT	10% UIT a 1 UIT 15% UIT a 1 UIT
Tercer Periodo de Alcholemla: Ebriedad absoluta	Más de 1.5 a 2.0 g/l Más de 2.0 a 2.5 g/l	15% UIT a 1 UIT 20% UIT a 1 UIT	20% UIT a 1.5 UIT 25% UIT a 1.5 UIT

sociedad". Por el contrario, si quien comete el delito no tiene las características antes indicadas, entonces se producía una atenuación.

¹¹ Ministerio Público. Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 2508-2013-MP-FN, emitida con fecha 26 de agosto del 2013.

Cuarto Periodo de Alcholemia: Grave alteración de la conciencia	Más de 2.5 a 3.0 g/l Más de 3.0 a 3.5 g/l.	25% UIT a 1UIT 30% UIT a 1 UIT	30% UIT a 2 UIT 35% UIT a 2 UIT
Quinto Periodo de Alcholemia: Coma	Más de 3.5 g/l.	35% UIT a 1 UIT	40% UIT a 2 UIT

* Cuando el imputado se hubiera acogido al Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio en anterior ocasión, o cuando hubiese estado prestando servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general y tuviera más de 0.25 g/l. de alcohol en la sangre, el monto mínimo indemnizatorio será duplicado.

La Tabla de Referencias tiene como claro objetivo uniformizar los criterios para la determinación del monto de la reparación civil y así permitir la aplicación del principio de oportunidad. No obstante, si bien de ésta forma se elimina la arbitrariedad para la determinación de la reparación civil, persiste el problema base, a saber, que la reparación civil sigue siendo otorgada de manera automática y, peor aún, con criterios que nada tienen que ver con la determinación del daño:

- (i) Se hace remisión a los artículos 45 y 46 del Código Penal, los que aluden a las condiciones personales del agente para la fundamentación y determinación de la pena, así como a las circunstancias que determinan su agravación o atenuación;
- (ii) La Tabla de Referencias establece parámetros para la fijación del monto de reparación civil en función de la cantidad de alcohol que se ha ingerido; y,
- (iii) Se atiende a la calidad de reincidente (o no) en la aplicación del Principio de Oportunidad. La reincidencia determina la dúplica del monto de la reparación civil *“para disuadir en la ciudadanía la conducción en estado de ebriedad”*.

Los referidos criterios parecen no tener nada que ver con la determinación de la reparación civil. Al parecer, lo que hace la RFN es establecer un sistema de multas con la finalidad de fomentar la prevención general. Fuera de la bondad que en la práctica puede proveer este sistema, él no se encuentra reconocido por el ordenamiento

jurídico como consecuencia jurídica del delito, motivo por el cual se violenta el mandato de legalidad penal¹². La "pena" considerada por la RFN no atiende, en lo absoluto, al mandato de *lex scripta* o principio de reserva de ley, pues no se encuentra comprendida en una norma válida (una Ley o Decreto Legislativo, conforme lo señala la doctrina y nuestro ordenamiento jurídico¹³).

VI. Las opciones del legislador y los cambios necesarios.-

¹² En nuestro ordenamiento jurídico, puede decirse que el principio de legalidad penal fue recogido por las constituciones de 1856, 1860, y 1867. No obstante, esto es relativo por cuanto aquellas únicamente reconocían una garantía propia de la seguridad jurídica: el principio de irretroactividad de las leyes. Por esta razón, se señala que es recién en el siglo XX en el que se registra un avance en nuestras disposiciones constitucionales. Específicamente, en el artículo 26 de la Constitución de 1920 se señala que nadie puede ser condenado "sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan"; y en el artículo 57 de la Constitución de 1933 que a la letra dice: "Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por tribunales que las leyes establezcan". Aun así, las disposiciones señaladas no se adecuaban aún a la formulación clásica del principio de legalidad penal, toda vez que se limitaban a consagrar un principio restringido en sus alcances, *nullum crimen crimen sine lege*. Por ello, con razón se señala que recién con la Constitución de 1979 la formulación de von Feuerbach es abarcada a plenitud, al extenderse el principio a la legalidad de las penas. Esta consideración es reiterada en el artículo 2 numeral 24 literal d) de la Constitución de 1993, que recoge en iguales términos que la Constitución de 1979 al principio de legalidad penal. Este dice textualmente: "Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". De una simple lectura de la norma constitucional resulta claro que la misma se adecua a la cuádruple exigencia que el principio de legalidad penal impone a la norma penal. La formulación clásica de von Feuerbach se ve ampliada y es entendida de la siguiente forma: "*Nullum crimen, nullapoena, sine legescripta, stricta, certa et praevia*". Bello Gordillo, Christian. *Principio de Irretroactividad de la Ley Penal: Fundamentos y Alcances*. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2008, p. 35; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, 1997, pp. 137-139; Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Reflexiones sobre el Abuso del Derecho Penal y la Banalización de la Legalidad. Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*. Tomo I. Ediciones Universidad Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca. Cuenca, 2001, p. 129.

¹³ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 145. Asimismo, resulta necesario revisar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC - 6 / 86 del 9 de mayo de 1986: "*La expresión 'leyes' en el artículo 30º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*". En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.doc

Qué duda cabe que, desde una perspectiva de política legislativa, existen diversos modelos entre los cuales el legislador penal puede optar para fomentar una vida pacífica en sociedad¹⁴.

Desde una perspectiva económica, resulta por lo general más eficiente la adopción de un sistema mixto basado en penas privativas de libertad + responsabilidad pecuniaria antes que un modelo puramente basado en penas privativas de la libertad, por cuanto la implementación de este último conlleva un mayor gasto para el Estado. En efecto, si bien ambos sistemas requerirán la compra de terrenos, la construcción y administración de cárceles, la contratación y capacitación de personal de seguridad, entre otros, al ambos contemplar penas privativas de libertad, el primero requerirá una menor inversión por cuanto el objetivo de desincentivar conductas delictivas se obtendrá también mediante la imposición de sanciones económicas. Cobrar sumas de dinero debería, en principio, requerir una menor inversión de recursos del Estado que implementar y administrar cárceles. En tal sentido, requiriéndose menos cárceles (y menos gastos asociados a ello) bajo el primer esquema, y siempre que se logre un nivel de desincentivos (*deterrence*) eficiente, la teoría económica propone la adopción de un esquema mixto.

Dentro de dicho régimen mixto se abren una serie de nuevas posibilidades. Por un lado, la responsabilidad pecuniaria del condenado podría activarse solo cuando se cause un daño (*harm-based liability*) o, por el contrario, desde que se genere una posibilidad de daño (*act-based liability*). Mientras el primer caso se asemeja a un sistema de reparación civil (como aquel contemplado, al menos teóricamente, en los artículos 92-101 del Código Penal), el segundo se asemeja a un sistema de multas. Existen otras variables a considerar, pero el punto a resaltar aquí es que la fórmula que se adopte incidirá en los incentivos y desincentivos que se generen, así como en el costo de administrar el sistema, debiendo optarse por el sistema que genere los incentivos deseados o más cercanos a los deseados al menor costo posible.

Cualquiera sea el esquema que se adopte, debe existir coincidencia entre su formulación legal y su aplicación por nuestros jueces. Existiendo un sistema de reparación civil regido por normas civiles, nuestros jueces no pueden -ante la sola configuración de un delito de peligro- ordenar el pago de una suma fijada arbitrariamente para compensar un daño que no existe y a favor de un "no perjudicado". El establecimiento de un sistema de multas, a pesar de sus virtudes, requiere de la previa reforma del Código Penal.

¹⁴ La descripción de los modelos ha sido tomada de Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press, 2004.

Finalmente, debemos señalar que si bien este trabajo se ha centrado principalmente en los delitos de peligro, los problemas aquí apuntados se manifiestan de manera general en el Derecho Penal. En otras palabras, la *accesoriedad de la reparación civil*, al menos como es concebida por nuestros jueces penales, es una problemática generalizada en el Derecho Penal y no se circunscribe a los delitos de peligro. No es por ello inusual encontrarse con inconsistencias e incongruencias como las apuntadas en los más diversos delitos.