

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Sergio Jiménez Niño (*)

Fecha de publicación: 01/01/2013

... el esbozo continúa.¹

I. NOTAS PRELIMINARES.

Hace pocos meses presentamos a la tribuna académica, un pequeño ensayo sobre la Determinación de la Pena². En aquella oportunidad realizamos un primer esbozo de la manera cómo es que nosotros entendemos debería Determinarse e Individualizarse la Pena. Como todo primer esbozo, en la medida que se reciben críticas y sugerencias, se va perfeccionado o abordando temas que por algún motivo no se tocaron, se precisan ciertos puntos “críticos”, que hacen necesario unos comentarios adicionales.

Es en el contexto descrito en el párrafo anterior, es que hemos decido realizar algunos apuntes sobre a) El momento en que deben utilizarse los indicadores del artículo 46º del Código Penal (en adelante CP) b) La operatividad de la Responsabilidad Restringida por edad.

La Idea de continuar con el desarrollo del Tema de la Determinación de la Pena, es presentar herramientas al operador del Derecho para, en palabras de HÖRNLE, establecer claramente si el delito que tienen que juzgar hoy merece mayor o menor castigo que el que tuvieron que juzgar ayer³. Dichas herramientas permitirán el desarraigo del intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, al momento de determinar e individualizar la Pena⁴

(*) Abogado. Asistente en función fiscal de la Segunda Fiscalía Corporativa Provincial Penal de Castilla. Referencia: mirianmagallanes@hotmail.com

¹ Con las Disculpas por la demora. Mi sincero agradecimiento a mejor crítico y amigo Dr. Rodolfo Enrique Paz Peña. (Así, sin puntos suspensivos)

² Se hace referencia a JIMENEZ NIÑO, Sergio. *Determinación de la Pena, un primer esbozo a una interpretación que no se quiere ver*. En Gaceta Penal & Procesal Penal N° 06. Gaceta Jurídica. Lima. Julio del 2010. Pág.63-79.

³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La Teoría de la Determinación de la Pena como sistema (dogmático) un primer esbozo*. Indret 02/2007. Pág. 04 Accesible en http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf consulta 11NOV2010

⁴ Ibídem

II. LA TEORÍA DEL DELITO y LA PENA A IMPONER.

La Teoría del delito como estructura dogmática es mucho más que una herramienta para realizar juicios de tipicidad. La teoría del delito es un constructo teórico que soluciona problemas del día a día para los operadores del derecho, por ello no le falta razón a GARCIA CAVERO cuando pregona la máxima kantiana, de que no hay nada más práctico que una buena teoría⁵. La relación que existe entre la Teoría del Delito y la Determinación de la pena, no es un tema que se genere como resultado de la aplicación de algunos dispositivos legales, donde se indica que la presencia de alguna figura jurídico penal, deberá traer como consecuencia una variación cuantitativa sobre la pena. Los artículos del código penal donde encontramos dicha indicación, es consecuencia lógica de una valoración *ex ante* del hecho teniendo como filtro la teoría del Delito. Silva Sánchez, sobre la vinculación que existe sobre la teoría del Delito y la Determinación de la Pena indica que: “*la determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito...*”⁶

El profesor de *Pompeu Fabra*, es mucho más contundente, al mencionar que el injusto y la culpabilidad son categorías graduables, las mismas que ya se encuentran consideradas dentro del marco penal abstracto siendo que la teoría del Delito – mejor, sus instituciones dogmáticas - constatan el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad en un determinado hecho, por ello, es esta la que debe determinar el contenido de la pena a imponer. Por ello que concluye que la determinación de la pena, es la determinación del exacto contenido del hecho delictivo.⁷

III. EL ARTÍCULO 46° DEL CÓDIGO PENAL y SU FUNCION DENTRO DE LA DETERMINACION DE LA PENA.

En el primer párrafo del Artículo 46° del Código Penal se indica: “*Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad...*” (Subrayado mío)

La precisión normativa, es el inicio del sesgo, que nos llevará a determinar cuál es la función del artículo 46° del CP. Así, la norma es meridianamente clara al establecer que las valoraciones que se realicen, teniendo como directriz los indicadores del catálogo de la norma, servirán para determinar (mejor, individualizar) la pena, dentro del marco penal abstracto determinado por la ley (es decir por el tipo penal)

Por lo descrito en el párrafo, podemos realizar una primera aseveración, si no existen causas modificatorias de la pena, la pena que asignará el juez a un persona como lógica consecuencia de su actuar delictivo, deberá encontrarse dentro del margen impuesto por el tipo penal correspondiente.

⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Acerca de la Función de La Pena*. En Anuario de Derecho Penal. Accesible http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf Consulta 12NOV2010.

⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Ob. Cit. Pág. 04*.

⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Ob. Cit. Pág. 05*.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casatoria 011-2007- La Libertad.

“(…)

SETIMO.- Que, en el caso de autos, la sala de apelaciones sin existir ninguna circunstancia excepcional de atenuación redujo la pena impuesto por el Juzgado Colegiado y le impuso una por debajo del mínimo legal previsto en el segundo párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del código Penal, si se tiene en cuenta que en dicho hipótesis jurídica, se subsumió la conducta desplegada por el encausado...”

El sustento técnico por el cual los indicadores o criterios del artículo 46° del Código Penal deben aplicarse dentro de un marco penal abstracto, son de larga data, y responden a la evolución de la individualización de la Pena.

La primera forma de individualizar la pena, fue la *teoría de la pena exacta o puntual*, por la cual se asignaba una cantidad de años de pena, directamente ajustado al delito cometido, en virtud a la culpabilidad del agente. Sin perjuicio de las críticas puramente dogmáticas, respecto a su falta de correspondencia con la teoría de la pena (preventivas)⁸ o la de teoría del delito (desde la perspectiva de Silva), se evidencia la particular dificultad material de realizar una valoración EXACTA de la culpabilidad del agente, para el caso en concreto, y sobre todo la las herramientas que para ello se necesitan (estudios sociológicos, psicológicos, económicos sociales, entre otros). Recuérdese que para esta teoría no había necesidad de un intervalo de pena.

Otro intento de erigir una teoría para la individualización de la pena, es la *teoría del libre espacio de juego*, de raíz germana, por la cual el juez debe valorar la culpabilidad del agente dentro de un marco punitivo determinado por un extremo máximo y un extremo mínimo. Con ello los límites de la pena, establecidos por el legislador, responderían a la Política Criminal del Estado y de alguna manera limitarían el arbitrio del juez de establecer una “Pena Justa”. La Legislación Peruana, ha optado por esta tendencia.

Esta última tendencia, también es blanco de críticas, dado que lo – materialmente – realiza es disminuir el arbitrio del juez a un intervalo más pequeño, sin que se facilite indicadores para la efectiva individualización de la pena, quedando intacto la complejidad del mismo.

Por ello reiteramos, los indicadores del artículo 46° del Código Penal, solo permiten en virtud a criterios de prevención, de acuerdo al injusto del acto y a la culpabilidad del agente, imponer una pena dentro de ese espacio de juego establecido por el legislador.

La tendencia dogmática descrita, ya ha sido recepcionada por la Corte suprema, en su Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116⁹ (Proceso de Terminación Anticipada - Aspectos Esenciales), el cual en su fundamentos 13, ha indicado:

⁸ Sobre el particular Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, *Notas sobre la Individualización Judicial de la Pena en el Código Penal Peruano* en <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/IJP-Carlos%20Caro.pdf> Pág. 04. Consulta al 03DIC2010.

⁹ Accesible en www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=333 Consulta 01DIC2010.

13. (...) como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad..”

Por lo descrito, es que no comprendemos la practica recurrente en el Distrito Judicial de Piura, sobre todo en los acuerdos de Terminación Anticipada, que dicho sea de paso logran pasar el control de legalidad del Juez, el uso de la siguiente fórmula.

Por ejemplo.

Un caso de Robo Agravado (con confesión sincera), el mismo que tiene un Pena Abstracta de 12 a 20 años, se acuerda con el imputado, una pena de cinco años, para lo cual se sigue el siguiente procedimiento¹⁰.

- Se parte del mínimo 12 años (normalmente se argumenta, porque no tiene antecedentes)
- Luego por razones de grado de instrucción, por ser primario, por su estatus social y económico, hacen la primera reducción prudencial, normalmente de 3 años, obteniendo un pena de 9 años
- Luego a ello, le aplican la disminución por confesión sincera, siempre de 1/3 (aunque la norma dice que es el máximo), con lo que obtiene un pena de 6 años.
- Finalmente se aplica la disminución de 1/6 por terminación anticipada obteniendo una pena final de 5 años de Pena Privativa de libertad.

La Aplicación del método descrito, si bien sencillo y práctico, no obedece a ninguna teoría de la determinación e individualización de la Pena, mucho menos sigue las reglas establecidas en los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, y por último no respeta el omnipresente principio de legalidad.

IV.LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

4.1 Sobre el Intervalo etario establecido en el Código Penal

El Artículo 22° del CP, establece:

Artículo 22.- Responsabilidad restringida por la edad

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, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

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.”

El artículo transcrito reconoce única y exclusivamente, como indicador cuantitativo para la reducción prudencial de la pena a imponer, la edad del

¹⁰ Debo aclarar que el *quantum* de la disminución no es siempre el mismo, pero las cifras utilizadas aunque son muy aproximadas, para cuestión del ejemplo, son totalmente arbitrarias, quedando incólume la forma utilizada.

agente, esto es que tenga dieciocho, diecinueve, veinte o supere los setenta y cinco años.

La descripción realizada lejos de ser resultar ociosa, es prudente, dado que el artículo indica literalmente que el sujeto agente debe tener más de dieciocho años y menos de veintiún años, lo que evidencia un primer conflicto, este es, si dichos extremos, mejor, que la edad de los agentes corresponda a dichos extremos al momento de la comisión de delito, puedan ser “beneficiados” con la disminución prudencial de la Pena.

Sobre el extremo mínimo, es decir dieciocho años, creemos que el término “más” no puede tener como consecuencia la exclusión del agente que cuente con esa edad, esto por interpretación sistemática, dado que

El artículo 30° de la Constitución Política del Perú (en adelante CPP), establece: “*Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años*”.

El artículo 42° del Código Civil (en adelante CC), el cual establece: “*Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.*”

Más ilustrativo es el artículo I del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente (en adelante Código del Niño), el que indica: “*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad...*”

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1 de la Parte I, establece: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” Y en su artículo 37 establece: “*Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad...*”

Dicho escenario normativo, nos lleva a inferir, que la persona con dieciocho años de edad debe ser incluida dentro del intervalo descrito por el artículo 22° del Código Penal y no desde los diecinueve como podría entenderse. No entenderlo de esta manera, desarrollaría como efecto la ubicación en una *zona gris* a las personas que tienen dieciocho años al momento de la comisión del delito, a los mismos que para ciertos efectos serían adolescentes infractores en los términos del Código del Niño y en otros les resultaría aplicable el Código Penal¹¹.

¹¹ Entendemos que una explicación más obvia que se puede intentar al problema planteado, es que la norma al hacer referencia a “más de dieciocho años”, puede entenderse como dieciocho años un minuto (o un segundo). No compartimos dicha perspectiva, dado que ello generaría inconvenientes que tendrían que resolverse; en principio, cuál sería el tratamiento de la persona que comete el ilícito penal, el día que cumple dieciocho años, dado que el minuto a considerar – suponemos – deberá ser considerado a las 00 horas del día siguiente, no entenderlo así llevaría a tener que considerar el momento exacto del nacimiento de la persona, para solo luego de un segundo después considerarlo como “mayor de dieciocho años”. Del mismo criterio. REVILLA LLAZA, Percy Enrique Comentario

Sin perjuicio de lo anotado en el párrafo anterior, también podemos servirnos de los límites ontológicos a las interpretaciones normativas, en ese sentido debe quedar claro que el entendimiento social, como elemento de valoración social, nos lleva a concluir que los dieciocho años, está establecido por la llegada de las 00 horas del día de nacimiento y cualquier acto cometido posteriormente, sería un acto cometido por una persona que tiene “*más de dieciocho años*”.¹²

En el otro extremo del análisis, esto es la persona que al momento de cometer el ilícito penal, tenga menos de veintiún años, no existe referencia normativa vigente, que nos pueda facilitar una directriz para inferir el motivo por el cual se optó por establecer dicho indicador. Desde un punto de vista histórico, puede hacerse referencia al artículo 12° del Código Civil de 1852, el mismo que establecía: “*Son mayores las personas que han cumplido la edad de veintiún años; y menores, las que no han cumplido...*”

Podemos imaginarnos que puede responder a una estadística que tuvo el legislador de 1991, sobre el grupo etario y la incidencia delictiva del mismo, pero no existe evidencia de ello.

Ante tal escenario, no es posible que, en base a normas, podemos establecer si se incluye o no a la persona que efectivamente tiene veintiuno años al momento de la comisión del delito, como beneficiario de la disminución prudencial¹³, debiendo echar mano de los límites ónticos, a los cuales hemos hecho referencia, en tal sentido el sujeto agente que tiene efectivamente veintiún años (esto es a las 00 horas del día de su nacimiento) no podría ser incluido en el margen de edad establecido por el artículo 22° del CP.

4.2 Sobre los efectos en la Determinación de la Pena.

El artículo 22° del CP, hace referencia a una disminución prudencial que podrá realizar el Juzgador, de evidenciar que el sujeto agente esté dentro de la edad establecida en dicho artículo.

al numeral 2) del Artículo 20° del Código Penal, en *Código Penal Comentado. Tomo I. Título Preliminar y Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2010. Pág. 655.

¹² Sobre la posibilidad de incluir elementos ónticos para la construcción de conceptos dentro del Derecho Penal. Cfr. ZAFARONNI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. EDIAR. Buenos Aires. 2002. Pág. 45. Sobre la función limitadora de los elementos ónticos sobre la pena, indica: “*No se trata de intentar desentrañar un concepto óntico de pena en el sentido de prejurídico, sino de construir un concepto jurídico -y, por ende, limitador- que demanda referencias ónticas, pues son las únicas capaces de dotarlo de eficacia reguladora y limitante, dado que, de lo contrario, quedaría pendiente del vacío, como el universo mecánico de Newton. Lo normativo no se crea para limitar lo normativo, sino para regular o limitar una conducta humana (sea de los protagonistas del conflicto, de los jueces, de los funcionarios, etc.).*”

¹³ El Dr. Lamas Puccio, indica que la disminución tiene un contenido Humanitario fundamenta dicha aseveración indicando que: “*La Constitución Política actualmente vigente reconoce en su artículo segundo literal primero, que toda persona tiene derecho no solo a la vida, sino también a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...*” Cfr.. LAMAS PUCCIO. Luis. *Comentario al Artículo 22° del Código Penal, en Código Penal Comentado. Tomo I. Título Preliminar y Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2010. Pág. 851.

La cantidad de años del sujeto agente, evidentemente es un criterio relacionado con la Culpabilidad del mismo¹⁴, pero debe tenerse en cuenta que su valoración responde única y exclusivamente al paso del tiempo. Por ello, no creemos deba sistematizarse con otras condiciones personales, dado que éstas tendrán su oportunidad de aplicación¹⁵, esto es en la Segunda Etapa, para la individualización de la pena al agente (Pena Concreta), para lo cual se tendrá en cuenta los indicadores establecidos en el artículo 46° del CP.¹⁶

En tal sentido, el margen de edad establecido por el artículo estudiado, es un criterio puramente objetivo para la Determinación de la Pena, resultado de la Política Criminal establecida por el Estado, el mismo que ha determinado que las personas que se encuentren dentro de ese grupo etario, tienen menos culpabilidad que otros.

A este nivel de análisis, corresponde realizar algunos comentario sobre: a) Cuál es el efecto que genera el uso de la Responsabilidad Restringida por edad en el proceso de Determinación de la Pena y b) Criterios para materializar la disminución prudencial, facultativa¹⁷, de la pena

¹⁴ Para el entendimiento del Principio de Culpabilidad en sus tres dimensiones. Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Derecho Penal Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. 1° Edición. Lima 2009 Pág. 229 al 276

¹⁵ En contra LAMAS PUCCIO, el profesor indica que el juzgador deberá tener en consideración ciertos indicadores como: La buena conducta predelictual del procesado, La condición femenina, La falta de educación y la falta de instrucción, La pobreza y Consentimiento del agraviado. Cfr. LAMAS PUCCIO, Luis. *Ob. Cit. Pág. 852*.

¹⁶ Artículo 46° del CP - Individualización de la pena

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción.
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto;
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente;
12. La habitualidad del agente al delito; y
13. La reincidencia."

¹⁷ Indica que el uso de la causa de la Modificación de la Pena, de la Responsabilidad Restringida, es facultativa, GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Grijley Lima. 2008. Pág.707, LAMAS PUCCIO, Luis. *Ibidem* Perspectiva con la cual comulgamos, la misma que guarda en congruencia con la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991: "El presente Proyecto, a diferencia del "Código Maúrtua", prescribe con un carácter facultativo, más no imperativo, la reducción de la pena por debajo del mínimo legal señalado para el hecho cometido, cuando el agente tuviere más de 18 años de edad y menos de 21 años de edad al momento de realizar la infracción y para las personas mayores de 65 años (artículo 22).." (subrayado mío).

a. *Sobre el efecto en la Determinación de la Pena*, la Corte Suprema, ha establecido en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116¹⁸, ha indicado:

13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, (Subrayado es mío).

En ese contexto, es la Pena Abstracta¹⁹, la que se vería modificada por la aplicación de la Responsabilidad Restringida por edad, como causa o circunstancia modificatoria de la Pena, generando por ello, otro marco penal, el mismo que no existir otro motivo, sería la Pena Básica.

La manera que se operará la modificación de la pena abstracta, por presencia del artículo 22° del CP, es un tema bastante espinoso. Dado que se pueden generar hasta tres alternativas.

- Modificar el extremo mínimo del marco penal abstracto (en el caso de Homicidio Simple, de utilizar un tercio como reducción prudencial, tendríamos una Pena Básica de 4 a 20 años)
- Modificar el extremo mínimo y máximo del marco penal abstracto, trasladándolo por debajo del mínimo legal. (en el caso de Homicidio Simple, tendríamos una Pena Básica de 3 a 6 años²⁰)
- Modificar el extremo mínimo y máximo del marco penal abstracto (en el caso de Homicidio Simple, de utilizar un tercio como reducción prudencial, tendríamos una Pena Básica de 4 a 13.3 años)

Nosotros somos de la opinión, que la última de las opciones es la que debe aplicarse y los motivos para llegar a la dicho conclusión son fundamentalmente dos:

- a) No existe restricción literal que limite la modificación del extremo máximo de la pena, y siendo que encontrándonos en un plano estructural, es totalmente válido la modificación del todo marco normativo.
- b) Por otro lado es evidente que por Política Criminal, el Estado ha creído conveniente establecer una disminución en la culpabilidad de los agentes que se encuentra dentro de este grupo etario. En tal sentido, el mensaje que está enviando a los operadores del Derecho (Jueces y Fiscales) es que el reproche social normativo a dichas personas – en un determinado espacio tiempo-histórico (determinado por la vigencia de la circunstancia) – materializado en una pena a imponer debe ser menor al resto, por ello no variar

¹⁸ Accesible en www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=333 Consulta 01DIC2010.

¹⁹ Sobre el desarrollo de los conceptos Pena, Abstracta, Básica y Concreta. Cfr. JIMENEZ NIÑO, Sergio. *Ob. Cit.*

²⁰ Para determinar el extremo mínimo se ha sido totalmente arbitrario, para efectos del ejemplo, pudo ser sin ningún problema 2 días, que es el mínimo de la pena privativa de la libertad en término del artículo 29° del Código Penal Peruano.

el extremo máximo de la pena, sería una contradicción, dado que el solo hecho de estar presente (aunque nunca se imponga) da cuenta de la posibilidad de su aplicación.

Finalmente creemos prudente indicar que en la Legislación comparada, el criterio de disminución de Responsabilidad Penal por motivos etario, es de lo más disímil, así:

En Colombia, el tercer párrafo del artículo 170° del Código Penal establece:

“(...) Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil...”

El mencionado cuerpo normativo, no se hace referencia a algún efecto jurídico que tenga como causa la edad del agente y como efecto la modificación de la pena, para cuestionar de determinarlo, por lo que se debe inferir, que en virtud de la Convención del Niño, se ha optado solo por la diferencia, entre menores de edad (como inimputable) y los mayores como imputables

En España, el escenario es diferente, dado que en el artículo 69° de su Código penal, establece: *“Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga...”*

En tal sentido, la legislación española, deja a decisión del Ministerio Público o en su oportunidad, al Juez, decidir si somete a las personas de ese grupo etario, a proceso penal o en su defecto, a lo que sería en nuestro ordenamiento jurídico, el proceso adolescente infractor.

Por otro lado no se hace referencia en dichos códigos, sobre si la comisión del hecho delictivo resultare imputable a un menor de 65 años.

b. Criterios para materializar la Disminución prudencial

Como hemos indicado *supra*, somos de la opinión, que la Responsabilidad Restringida por edad, como causa modificatoria de la Pena, es una atenuante objetiva, por que el único criterio para su configuración es el paso del tiempo, entiéndase tener 18, 19, 20 o ser mayor de 65 años²¹, sin que ello implique la ausencia de fundamento que permite su existencia, dado que como se ha mencionado se aprecia en la menor culpabilidad que genera que un hecho sea cometido por una persona dentro de ese margen de año y otra que no (lo cual no se discutirá).

En tal sentido – insistimos - para determinar la cuantía de la disminución prudencial, no deben tenerse en cuenta otros criterios de culpabilidad (grado de instrucción, condición social, por ejemplo) porque ellos se

²¹ Creemos que tener en cuenta otros indicadores que no aparezcan dentro del catalogo del Artículo 46°, subyacen al establecimiento de la edad como criterio atenuante (socialización, proceso de madurez, Etc.).

utilizarán al momento de establecer la pena concreta, no entenderlo así, desarrollaría una doble valoración. De la misma manera, no importa el delito que se esté cometiendo, porque el reproche de culpabilidad, por el acto, ya está contenido en el marco penal abstracto del delito que configure.

Por ello creemos que, con las críticas que ello pueda generar, es posible establecer límites máximos péticos de disminución prudencial, según la edad que tenga el sujeto agente, así por ejemplo, se podría establecer que:

Para el agente que tenga 18 años la reducción sea de $1/3$ de la pena.

Para el agente que tenga 19 años la reducción sea de $1/5$ de la pena.

Para el agente que tenga 20 años la reducción sea de $1/6$ de la pena.

Para el agente que tenga una edad mayor de 65 años la reducción sea de $1/3$ de la pena.

Luego de establecer el criterio cuantitativo, este no podrá ser modificado y será de aplicación para todos los casos donde resulte aplicable el artículo 22° como causa modificatoria de la Responsabilidad Penal.

Para establecer el *quantum* específico se tiene que tener en cuenta los criterios que subyacen al establecimiento de la edad como circunstancia modificatoria, estos puede ser: la madurez de una persona de esa edad, desarrollo de su personalidad (psíquica y psicológica) entre otros, obviamente en un determinado espacio tiempo histórico²²

²² Dado que es obvio que los procesos descritos no tienen incidencia cualitativa semejante, en una persona de la ciudad que de una persona del campo o de una comunidad. Dicha valoración no implica ingresar dentro de las competencias del numeral 8) del artículo 46° del Código Penal.