



INSTITUTO PACÍFICO

Actualidad Penal

Al día con el Derecho

PENAL • PROCESAL PENAL • PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA

Noviembre 2016 / N.º 29

DIRECTORES

José Luis Castillo Alva
Percy García Cavero
Raúl Pariona Arana
Pablo Talavera Elguera
Felipe Villavicencio Terreros

CONSEJO EDITORIAL

Mario Amoretti Pachas
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

José Neyra Flores
(Universidad de San Martín de Porres)

Víctor R. Prado Saldarriaga
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Luis E. Roy Freyre
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

César San Martín Castro
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Javier Villa Stein
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Claus Roxin
(Universidad de Múnich, Alemania)

Bernd Schünemann
(Universidad de Múnich, Alemania)

Luis Gracia Martín
(Universidad de Zaragoza, España)

José M. Zugaldía Espinar
(Universidad de Granada, España)

José M. Asencio Mellado
(Universidad de Alicante, España)

Manuel Cancio Meliá
(Universidad Autónoma de Madrid, España)

Laura Zúñiga Rodríguez
(Universidad de Salamanca, España)

Olga Fuentes Soriano
(Universidad Miguel Hernández de Elche, España)

Mercedes Fernández L.
(Universidad de Alicante, España)

Especial

Autoría y participación en los delitos de infracción de deber

Columna del director: Prof. José Luis Castillo Alva

CONTENIDO

DERECHO PENAL - PARTE GENERAL

La carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991

Proceso de conclusión anticipada que culmina con la reserva del fallo condenatorio

DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL

El delito de feminicidio

El delito de peculado doloso

La criminalidad informática o tecnológica en el Perú

DERECHO PROCESAL PENAL

El uso de la declaración previa del acusado durante el juzgamiento

La vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva del querellante

La simplificación procesal

Prácticas restaurativas penales

LITIGACIÓN ESTRATÉGICA

Los testigos comunes en el sistema penal acusatorio

DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

El sentido superior, racional y constitucional del principio de culpabilidad

CRIMINOLOGÍA / POLÍTICA CRIMINAL

Derivas de la justicia: una reflexión abierta

CONSULTAS • ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL •
JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Indexada en:

latindex

Sistema Nacional de Información en Línea para
Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal





DOCTRINA PRÁCTICA

La carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991*

Alexei Dante Sáenz Torres**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Concepto de las circunstancias.— 3. Clasificación de las circunstancias.— 4. Fundamento de las carencias de antecedentes penales.— 5. Elemento objetivo de la carencia de antecedentes penales.— 6. Elemento subjetivo de la carencia de antecedentes penales.— 7. Ubicación de la carencia de antecedentes penales.— 8. Conclusión.— 9. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

En este trabajo se realiza un esbozo sobre cuál ha sido el tratamiento doctrinal que se ha dado a la carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante, la discusión sobre sus componentes objetivos y subjetivos, entre otras dificultades de interpretación y aplicación que presenta la redacción actual de esta circunstancia.

Palabras clave: Circunstancia atenuante / Carencia de antecedentes penales / Elemento objetivo / Elemento subjetivo.

Recibido: 15-11-16

Aprobado: 22-11-16

Publicado en línea: 01-12-16

ABSTRACT

This work establishes an outline about the doctrinal treatment provided to the absence of the criminal record as a mitigating circumstance, the discussion of its objective and subjective components, among others difficulties in the interpretation and application that presents the current legal description of this circumstance.

Keywords: *Mitigating circumstances / Absence of criminal record / Objective element / Subjective element*

Keywords: *The absence of criminal record as a generic mitigating circumstance in the Criminal Code of 1991.*

* Ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (CONADEPC LIMA 2016) en homenaje al señor Dr. Dr. h. c. mult. Felipe Andrés Villavicencio Terreros, realizado en la Universidad Nacional Federico Villarreal.

** Profesor ordinario e investigador de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el pregrado y el posgrado, profesor contratado en el posgrado de la Universidad San Martín de Porres, en el pregrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; y profesor en la Academia de la Magistratura. Quiero expresar mi agradecimiento a mi discípula y colaboradora señorita Lucía Alvarado La Rosa.

1. Introducción

En la primera parte de este artículo se desarrolla la temática de cuáles han sido, a grandes rasgos, los conceptos expuestos en torno a la atenuante como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, las diversas clasificaciones de las circunstancias y las diferentes formas en cómo las circunstancias atenuantes se han manifestado.

Mientras que en la segunda parte de este trabajo, una vez examinado el concepto de circunstancia, se aborda todo lo referente a la carencia de antecedentes penales, desde su fundamento, asentado —según algunos— en la menor peligrosidad del sujeto, la menor culpabilidad o según otros en su premiación por una buena conducta anterior, además se apreciarán los elementos que componen esta atenuante, considerando que si una circunstancia puede tratarse tanto objetiva como subjetivamente, para finalmente desarrollar su ubicación como una circunstancias antecedente o precedente, es decir, que si existe antes de la realización del delito.

La elección de los antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica aplicable a todos los delitos no es casual, sino que el interés por investigar esta circunstancia radica en ser una de las circunstancias más debatibles reguladas por el art. 46.1 del CP de 1991, considerando su relación con la figura de la rehabilitación y la reincidencia, así como las diversas posiciones en torno a su fundamento y por el grado de dificultad para delimitar su contenido.

Es importante advertir que en este artículo no se tratará la relación entre la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales con la determinación judicial de la pena, ello no constituye el propósito de este artículo, sino profundizar en el estudio en detalle de esta atenuante.

¿SABÍA USTED QUE?

Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal por unanimidad han sido definidas como elementos que se encuentran “rodeando” el delito, es decir, que no forman parte de la estructura esencial del delito, de allí que algunos la denominan elementos accidentales del delito.

2. Concepto de circunstancia

Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal por unanimidad han sido definidas como elementos que se encuentran “rodeando” al delito, es decir, que no forman parte de la estructura esencial del delito, de allí que algunos la denominan elementos accidentales del delito; sin embargo, esto no ha sido todo lo que ha abarcado la discusión en torno al concepto de circunstancias.

Muchos de los conceptos expuestos por la doctrina en torno a las circunstancias se han formulado a partir de la función que se asignó a las circunstancias. Sobre esto no existe unanimidad, por ello a continuación presentamos los cuatro diferentes conceptos que se

han expuesto a partir de la función que cumplen las circunstancias:

2.1. Circunstancias que modifican o gradúan las categorías de la antijuricidad y culpabilidad

Un primer grupo de autores parte por definir las circunstancias como elementos que gradúan el injusto y la culpabilidad: “Tanto unas como otras gradúan la medida de lo injusto o de la culpabilidad una vez comprobada la existencia de dichos elementos. Circunstancia es todo hecho, relación o dato concreto, determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad”¹.

La perspectiva de estos autores es que la antijuricidad y la culpabilidad no son solo categorías pasibles de concurrir o no concurrir en un caso específico, sino que además pueden hacerlo en un mayor o menor nivel: “La antijuricidad y la culpabilidad son susceptibles de variación según las circunstancias que concurren en el caso concreto en el delito cometido, es decir, son capaces de una graduación. Ciertas de estas circunstancias están previstas por la ley y se conocen con el nombre de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal sobre la que inciden, atenuándola o agravándola”².

En la doctrina nacional, PRADO en el contexto de la determinación judicial de la pena considera que las atenuantes genéricas: “Identifican una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito y van a determinar una pena concreta menor, la que siempre se ha de proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica”³.

Asimismo, la jurisprudencia nacional ha establecido mediante el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 que las categorías de antijuricidad y culpabilidad pueden presentar diversos niveles de intensidad y que serán las circunstancias las que se encarguen de medirlas: “Se denomina *circunstancias* a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuricidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido”⁴.

2.2. Circunstancias que modifican la pena

Este concepto ha sido expuesto por aquellos que han negado que las

1 CEREZO MIR, José, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Afa, 2006, p. 783.

2 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, 17.ª ed., Madrid: Dykinson, 1994, p. 689.

3 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Determinación judicial de la pena. La determinación judicial de la pena en la Ley N.º 30076”, en AA. VV., *Código Penal. Nuevo Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales*, Lima: Grijley, 2015, p. 52.

4 CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116*, f. j. n.º 8.

circunstancias puedan modificar algunas de las categorías del delito debido a su naturaleza accidental.

Las circunstancias según esta posición restringida no puede modificar el contenido esencial del delito: “Aquellos autores que adoptan un concepto estricto o restringido de circunstancia sostienen que esta cubre única y exclusivamente a aquellos datos, relaciones o características que no tienen vínculo alguno con el supuesto de hecho de la norma penal y que, por lo tanto, son elementos accidentales que, por su carácter de tales, de ninguna manera pueden influir sobre la estructuración del injusto penal pues se trataría de situaciones atinentes bien a la culpabilidad y a la punibilidad o con influencia solamente sobre la determinación de la pena”⁵.

2.3. Circunstancias como modificatorias de la responsabilidad penal

Esta posición considera que las circunstancias no pueden afectar el delito, sí en cambio pueden modificar la responsabilidad penal: “En síntesis, por circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal entendemos aquellos motivos o elementos accidentales, que pueden darse o no, sin que ni una cosa ni otra afecte la existencia del

delito y que atañen exclusivamente a la pena a imponer”⁶.

IMPORTANTE

Entre los factores que diferencian a las circunstancias específicas de las circunstancias genéricas tenemos que las específicas pueden llegar a determinar el marco penal abstracto en su extremo inferior y superior, mientras que las genéricas solo se encargan de graduar la pena dentro del marco penal abstracto.

Este concepto solo sería aplicable para las circunstancias genéricas, ya que en las circunstancias específicas sí existe una auténtica modificación del tipo penal: “En esta conceptualización, quedan englobadas tan solo las circunstancias genéricas, y no las circunstancias específicas, ni siquiera las no esenciales para la existencia de un delito, por estimar que más bien contribuyen a generar tipos cualificados o subtipos atenuados o agravados en terminología del Tribunal Supremo”⁷.

2.4. Circunstancias que modifican el delito y la pena

Uno de los últimos conceptos que exponemos es aquel que considera que las circunstancias son elementos que

5 ANDRADE CASTRO, J. A., L. E. CALDAS BOTERO y O. H. DE LA VEGA MARTINIS, “Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe. Derecho penal y criminología”, en *Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*, vol. 25, n.º 75, 2004, p. 117.

6 ORTS BERENGUER, E., “El papel de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la determinación de la pena”, ponencia presentada en el *II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito*, Lima: 1997, p. 256.

7 *Loc. cit.*

modifican la gravedad del delito pero no modifica el delito en sí: “Por lo tanto, las circunstancias se distinguen de los elementos esenciales del delito porque mientras estos son indispensables para su existencia, de modo que la falta de un elemento esencial o impide que el hecho pueda considerarse delito o impone el paso de uno a otro modelo criminoso, las circunstancias, por el contrario, cuando existen, influyen solo sobre la gravedad del delito y, por lo mismo, sobre la gravedad de la pena”⁸.

Si las circunstancias poseen un efecto atenuatorio o agravatorio sobre la pena, ello se debe a que se modifica la intensidad de la gravedad del delito y no porque interfieran de alguna manera en la estructura del delito: “De suerte que las circunstancias se caracterizan no solo porque no influyen sobre la existencia del delito o de determinado delito, o solo porque con su existencia modifican la entidad de la pena que se le impondría al hecho criminoso en su hipótesis simple, sino porque acarrear esta modificación a causa de la modificación producida en la cantidad de ese delito”⁹.

3. Clasificación

Otro apartado que decidimos exponer corresponde a las principales formas de clasificar las circunstancias, lo cual nos permitirá tener una noción

más clara de cuál ha sido la posición de las circunstancias atenuantes genéricas dentro las circunstancias y cómo se diferencia frente a otras clasificaciones:

3.1. Por el momento de su realización

Esta clasificación distingue las circunstancias por el momento en que concurren, se dividen en antecedentes, concomitantes y posteriores, “pueden distinguirse también las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a la acción del culpable”¹⁰:

a) Circunstancias antecedentes

Son aquellas circunstancias que aparecen o tienen su origen en un momento anterior a la comisión del delito.

b) Circunstancias concomitantes

Es la denominación que se le otorga a aquellas circunstancias que concurren durante la ejecución del delito: “Es antecedente la previsión del evento en los delitos culposos; concomitante la crueldad en la perpetración del delito, y subsiguiente la reparación del daño por la infracción, antes del juicio”¹¹.

c) Circunstancias posteriores

Son aquellas circunstancias que concurren en momentos posteriores a la consumación del delito, se considera que su fundamento radica en razones

8 RANIERI, S., *Manual de derecho penal*, t. II, Colombia: Temis, 1975, p. 2.

9 RANIERI, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 2.

10 BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, traducción de José León Pagano, Bogotá: 1965, p. 447.

11 BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*, ob. cit., p. 447.

utilitaristas y de menor necesidad de la pena. Un ejemplo de estas circunstancias lo constituye la reparación del daño: “Por tanto, el fundamento de estas circunstancias atenuantes se encuentra en razones utilitaristas y pragmáticas como son facilitar y fomentar la reparación del daño [...] y la persecución judicial [...], plasmando esta actuación *post delictum* una menor necesidad de pena desde un punto de vista preventivo especial —menor peligrosidad en quien reconoce su actuación delictiva e interioriza el bien jurídico a través de la reparación del daño— y general positiva —afirmación de la conciencia social de la norma y de su vigencia de cara a la comunidad—”¹².

3.2. Por el efecto que produce en la pena

Por efecto se entiende la consecuencia que produce la circunstancia en la pena, así toda circunstancia produce una disminución o un elevamiento en la pena, a continuación, se presentan dos variantes:

a) Circunstancia atenuante

Son denominadas como circunstancias atenuantes aquellas que debido a una disminución en la intensidad del delito o de alguna de las categorías

del delito producen una disminución de la pena: “La concurrencia de circunstancias atenuantes disminuye la intensidad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Esto determina que la pena a imponerse sea menos grave”¹³.

b) Circunstancia agravante

La circunstancia agravante, por el contrario, al aumentar el injusto o el reproche de la culpabilidad de sujeto, tienen como efecto el aumento en la pena: “Por su parte, las circunstancias agravantes acentúan el injusto del hecho cometido e intensifican el reproche de culpabilidad. Su efecto es aumentar la severidad de la pena”¹⁴.

3.3. Por su aplicación

a) Circunstancias comunes o genéricas

Se denominan comunes aquellas circunstancias que son aplicables a todos los delitos regulados en la parte especial o en una ley especial del CP de 1991, aunque lo común es que estén en la parte general: “Son comunes (o generales) las circunstancias que pueden concurrir en un indeterminado número de delitos; especiales las que prevé la ley para un delito individual o para un grupo circunscripto de delitos”¹⁵.

12 SALINERO ALONSO, C., “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas”, en ARROYO ZAPATERO, L. A., I. B. GÓMEZ DE LA TORRE (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. 1, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 1313.

13 HURTADO POZO, José, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Lima: Idemsa, 2011, p. 327.

14 HURTADO POZO, *Derecho penal*, pp. 327 y 328.

15 ANTOLISEI, F., *Manual de derecho penal*, Bogotá: Temis, 1988, p. 322.

En la legislación nacional se podría otorgar esta denominación a aquellas circunstancias reguladas por el art. 46 del CP vigente: “Estas circunstancias están agrupadas en el art. 46 del CP y determinan el procedimiento a seguir en la determinación del marco punitivo concreto; en efecto, se divide el espacio punitivo del marco penal en tres tercios, conforme o dispone el art. 45. A del CP [...]”¹⁶.

b) Circunstancias especiales o específicas

Las “circunstancias especiales” más conocidas como “circunstancias específicas”, en cambio, son denominadas como aquellas que son aplicables exclusivamente a un delito o a un reducido grupo de delitos que comparten una misma naturaleza: “Son circunstancias especiales que se refieren a un solo delito, por ejemplo, las circunstancias agravantes previstas en el artículo 625, en relación con el hurto (artículo 624); en cambio, con circunstancias especiales que se refieren a grupos determinados de delitos”¹⁷.

Entre los factores que diferencian a las circunstancias específicas de las circunstancias genéricas tenemos que las específicas pueden llegar a determinar el marco penal abstracto

en su extremo inferior y superior, mientras que las genéricas solo se encargan de graduar la pena dentro del marco penal abstracto: “Porque no se someten al régimen jurídico de las circunstancias (art. 66 CP). No pueden compensarse, ni tampoco dejan al Juez la posibilidad de optar entre grados. Al contrario, obligan a fijar la pena en un grado concreto o, incluso, a aplicar la pena superior o inferior en grado”¹⁸.

3.4. Por su naturaleza

Este es tal vez el criterio de clasificación más antiguo de las circunstancias y que al día de hoy está siendo abandonado o dejado de lado, debido a la tendencia de reconocer en cada una de las circunstancias, tanto elementos objetivos como subjetivos:

a) Circunstancias subjetivas

Son denominadas así aquellas circunstancias que se relacionan exclusivamente con la descripción de una condición o cualidad propia del sujeto: “Llámense ‘personales’ las de naturaleza subjetiva, las condiciones o cualidades que solo se refieren a la persona determinada de los concurrentes, sin referencia de la ejecución o materialidad del delito o de la convergencia psíquica de los codelincuentes”¹⁹.

16 MENDOZA AYMA, Francisco Celis, *Presupuesto acusatorio. Determinación e individualización de la pena. Proceso penal. La medida del dolor*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 180.

17 RANIERI, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 7.

18 QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del derecho penal*, 2.ª ed., Madrid: Thomson, 2007, p. 729.

19 BENITES SÁNCHEZ, S., *Derecho penal peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*,

El autor considera como circunstancias subjetivas: “La reincidencia, el motivo torpe, el error de hecho, la embriaguez fortuita, la minoridad, ciertas cualidades inherentes al co-reo (ser funcionario público, ser ascendiente o descendiente de la víctima, etc.)”²⁰, porque no poseen relación con la ejecución material del delito.

b) Circunstancias objetivas

Por otro lado, las circunstancias objetivas sí se relacionan directamente con la ejecución del delito: “Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”²¹.

Las circunstancias objetivas comprenden todo lo relacionado con la ejecución del delito, los medios empleados para su consumación, el momento y lugar de realización del delito: “Las circunstancias reales u objetivas son las que afectan a la ejecución o materialidad del delito, esto es, las que conciernen a la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar o cualquier otra modali-

dad de acción. Ejemplo: la emboscada, el empleo de veneno, etc.”²².

JOSÉ HURTADO POZO dice:



“La concurrencia de circunstancias atenuantes disminuye la intensidad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Esto determina que la pena a imponerse sea menos grave”.

4. Fundamento de la carencia de antecedentes penales

El estudio del fundamento de las circunstancias ofrece muchas luces, tanto al juez como al legislador, por un lado para la correcta aplicación de la circunstancia y por otro lado para su correcta redacción legislativa, ya que la redacción excesivamente objetiva de las circunstancias atenuantes obliga muchas veces al juez a aplicar de manera mecánica la circunstancia atenuante sin tomar en cuenta las razones de fondo que la sustentan, mientras que una redacción excesivamente subjetiva conlleva a que tenga una alta posibilidad de no poder ser probada.

Tres son las principales razones expuestas por la doctrina sobre las cuales se considera se fundamenta la circuns-

2.ª ed., Lima: 1958, p. 184.

20 BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, ob. cit., p. 184.

21 QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, ob. cit., p. 733.

22 BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, ob. cit., p. 184.

tancia atenuante de carencia de antecedentes penales: La menor peligrosidad del sujeto activo y la premiación por la buena conducta anterior al delito, es lo que se analizará a continuación.

4.1. Menor peligrosidad del sujeto activo

Los motivos por los cuales la carencia de antecedentes penales, la irreprochabilidad de la conducta anterior, la buena conducta anterior o el comportamiento meritorio u otras figuras análogas reguladas en las legislaciones del mundo, tienen como fundamento la menor peligrosidad del sujeto activo.

La menor peligrosidad del sujeto que se debe valorar en la carencia de antecedentes penales, es una peligrosidad *ante-delictum*, pues se toma en cuenta la conducta de la persona antes de la realización del delito por el cual es procesada, así se evalúa la peligrosidad del que aún no es transgresor del derecho penal²³.

La peligrosidad *ante-delictum*²⁴ se puede definir como la acontecida antes

del delito; sin embargo, se deben tomar con cuidado los aportes de CHIOSSONE en cuanto a lo que pensaba sobre el contenido de peligrosidad *ante-delictum*.

Cuando existe una menor peligrosidad del sujeto, sea esta anterior o posterior a la comisión del delito, se muestra una menor necesidad del cumplimiento del fin preventivo de la pena, esta menor necesidad de pena justificaría la atenuación de la pena, pues el autor se encuentra proclive a obedecer al derecho, el efecto inhibitorio del delito no se vuelve tan necesario: "Una conducción de vida ordenada representa, en tal sentido, un importante punto de referencia para alcanzar frente a dicho autor un suficiente efecto inhibitorio del delito, sin necesidad de la privación de libertad con sanciones ambulatorias"²⁵.

Esto es lo mencionado por el autor español BESIO HERNÁNDEZ²⁶; quien al

aunque no incluidos en el catálogo de lo transgresional punible, sean de tal naturaleza que vulneren la ética ambiental de cada núcleo social". CHIOSSONE, *El derecho y la transgresión*, p. 154.

23 "No todo peligroso es un transgresor, ni todo transgresor será un peligroso. Así, pues, en nuestro concepto, la transgresión no es índice de 'peligrosidad criminal' sino en los casos en que el agente no ha podido justificar su acción". CHIOSSONE, T., *El derecho y la transgresión*, Caracas: Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 155.

24 "Ella surge de la conducta humana contraria al *minimum* ético de cada sociedad. Será muy difícil establecerla, y es por ello que la peligrosidad sin delito solo podría declararla una especie de comisión investigadora de la conducta social de determinado individuo, cuando esa conducta exteriorice actos que,

25 MAURACH, R., K. Heinz GÖSSEL, y H. ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 785.

26 Aunque en España no se ha desarrollado de manera expresa la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales, se toma en cuenta algunos apuntes que realiza Besio con referencia a la presencia de antecedentes penales regulado como una circunstancia personal del delincuente en el Código Penal de España de 1995:

"Capítulo III: De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional. Sección 1.ª De la suspensión de la ejecución

desarrollar la presencia de antecedentes penales como circunstancia personal del reo considera que el menor riesgo de comisión de nuevo delito del reo primario responde a buscar la satisfacción del fin preventivo de la pena: “Una menor necesidad preventivo-especial, en el entendido que de un sujeto primerizo —de quien comete por vez primera vez un delito— no resulta esperable por regla general la comisión de nuevos delitos en el futuro”²⁷.

Aunque, tanto la carencia de antecedentes penales como la reincidencia tienen un mismo fundamento, el cual radica en valoraciones propias del derecho penal de autor, como la peligrosidad del sujeto y la adaptación que tiene el sujeto al derecho, los efectos son totalmente diferentes, en el primer caso nos encontramos ante un efecto atenuatorio y en el segundo caso con un efecto agravatorio.

de las penas privativas de libertad
 Artículo 80.- 1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

27 BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Madrid: Tirant lo Blanch, 2011, p. 451)

IMPORTANTE

Cuando existe una menor peligrosidad del sujeto, sea esta anterior o posterior a la comisión del delito, se muestra una menor necesidad del cumplimiento del fin preventivo de la pena, esta menor necesidad de pena justificaría la atenuación de la pena, pues el autor se encuentra proclive a obedecer al derecho, el efecto inhibitorio del delito no se vuelve tan necesario.

Muchos autores al igual que BESIO han considerado irracional que por la existencia de condenas anteriores, el legislador haya establecido un aumento en la pena impuesta al condenado: “Aún sujeto a dichos límites, a mi juicio, la valoración de las condenas anteriores por razones de prevención especial, esto es, a través de una prognosis de peligrosidad futura del delincuente, resulta igualmente ilícita e inadmisibles en tanto sigue tratándose de un juicio propio de derecho penal del autor y, de todas formas, sigue siendo irracional agravar una pena”²⁸.

Este argumento es dejado de lado cuando el efecto que tiene la circunstancia es la disminución de la pena, pues en este caso no se afecta al individuo, sino se le beneficia: “Se trata como se advierte, de un juicio de estructura especulativa idéntica a la prognosis delictiva que sub-

28 BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, ob. cit., p. 449.

yace a la consideración de la existencia de condenas anteriores como un argumento de peligrosidad y que posibilitaría una mayor pena; pero en este caso dicha especulación no opera en perjuicio del delincuente sino que en su beneficio, lo que constituye la diferencia clave que determina su legitimidad²⁹.

4.2. Premiación por la buena conducta anterior al delito

En cambio, otros autores hacen mención a un fundamento de carácter premial para la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales, el reo es beneficiado con la disminución de su pena por haberse portado acorde al derecho hasta antes de la comisión del delito por el cual viene siendo procesado.

De las palabras de Anatole FRANCE se desprende que el efecto atenuatorio que se le ha dado a la buena conducta del procesado anterior a la comisión del delito sería de carácter premial: “La ausencia de condenas anteriores no representan necesariamente un síntoma de la firmeza de carácter que deba ser aquí premiada. Quien ha vivido en circunstancias prósperas, apenas habrá tenido ocasión de entrar en conflicto con los delitos patrimoniales ‘que, en su excelsa majestad, prohíben tanto al pobre como al rico, robar pan y mendigar a las puertas de las iglesias’³⁰.”

El premio no se basa en la simple ausencia de condenas anteriores, sino en la firmeza de carácter que ha mostrado la persona hasta antes de la comisión del delito, ello implica que haya enfrentado circunstancias similares durante su vida y haya podido superar dichas pruebas.

En el derecho penal colombiano ha sido ilustrativa la postura del profesor VELÁSQUEZ, quien haciendo gala de su profundidad dogmática y de su conocimiento de las fuentes legislativas del derecho penal comparado precisó que la carencia de antecedentes penales a partir del vigente art. 55.1 del CP colombiano:

La carencia de antecedentes penales. Esta situación, que no está referida ni al injusto ni a la culpabilidad, es muy similar a la señalada en el núm. 1 del art. 64 del CP derogado que hablaba de la “buena conducta anterior” —a cuyo efecto seguía la huella del texto contenido en el art. 38.1 del CP de 1936, que se inspiró en el art. 22.1 del proyecto FERRI— y supone la consideración de claros elementos peligrosistas, que desvertebran el derecho penal de acto sobre el que se erigen la Constitución y el Código para comprometer, así, el contenido del Título Preliminar donde se vierten las Normas Rectoras de la Ley Penal. Se trata, pues, de una hipótesis en la que cuenta la vida pasada del autor con anterioridad al hecho, a quien se le juzga no por lo que hace sino por lo que es, como si se tratara del más crudo derecho penal de autor. Desde luego, para que pueda afirmarse la existencia de un antecedente de carácter penal, es necesario que en contra de la persona se haya proferido una sentencia de carácter condenatorio y esta esté debi-

29 *Ibid.*, p. 451.

30 ANATOLE FRANCE en MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, traducido con notas por Juan Córdoba Roda, t. II, Barcelona: Ariel, 1962, p. 545.

damente ejecutoriada, como lo dispone el art. 248 de la Carta fundamental³¹.

4.3. Aumento de la culpabilidad

Otro grupo de autores han fundamentado la carencia de antecedentes penales en una modificación o graduación de la culpabilidad, sea por el aumento de la culpabilidad o por la disminución de la culpabilidad.

Existe disminución de la culpabilidad, porque quién comete un delito por primera vez no tendría un conocimiento seguro de la antijuricidad y de la punibilidad de la conducta en comparación con del sujeto que es reincidente: “Cuando la reincidencia es específica, es decir el nuevo delito es igual o de la misma naturaleza que aquel por el que el sujeto había sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, la culpabilidad suele ser mayor. El sujeto actúa no solo con un conocimiento seguro de la antijuricidad, sino incluso de la punibilidad de la conducta”³².

Sin embargo, este argumento puede ser fácilmente relativizado puesto que el hecho de que la persona tenga un menor conocimiento de la antijuricidad o la punibilidad de la conducta no se encuentra necesariamente relacionado

con que no presente antecedentes penales, puesto que puede darse el caso de que este conocimiento pleno de la antijuricidad de la conducta lo haya llevado a mantenerse acorde al derecho hasta antes de la comisión del delito por el cual es procesado.

Por otro lado, el pensamiento de MAURACH considera que una persona que comete un delito por primera vez resulta ser más culpable con base en la larga experiencia que posee durante los años que viene obedeciendo al ordenamiento: “También cabe considerar que una conducción de vida intachable puede fundamentar una responsabilidad incrementada, cuya infracción se pueda manifestar como equivalente. Así, con certeza, una conducción de vehículos libre de accidentes por largos años es meritoria (Cfr. Dreher-Tröndle, §46, n.º 24.); por otra parte, con una semejante práctica por años en el tránsito se encuentra ligada una gran experiencia, que bajo ciertas circunstancias puede hacer aparecer a una determinada infracción al tránsito como de mayor gravedad que en el caso de un conductor menos experto”³³.

Esto no es del todo cierto, ya que pueden darse casos en los que efectivamente la vasta experiencia de la persona le haya servido para no realizar determinados delitos, como puede haber casos en los que la persona ha tenido conocimiento de dicho delito por la

31 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., “La determinación de la sanción penal”, en PRADO SALDARRIAGA, V. R., E. DEMETRIO CRESPO, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, A. V. Weezel, y J. COUSO, *Determinación judicial de la pena*, Lima: Idemsa, 2015, p. 128.

32 CEREZO MIR, *Obras completas. Derecho penal*, ob. cit., p. 1030.

33 MAURACH, Heinz GÖSSEL y ZIPF, *Derecho penal*, ob. cit., pp. 784 y 785.

condena sufrida con anterioridad, por lo que se tiene que considerar que el mayor conocimiento de la antijuricidad de la conducta no se desprende necesariamente de la presencia o la carencia de antecedentes penales, sino que pueden derivarse de muchos otros factores, no relacionados necesariamente con esta circunstancia atenuante.

5. Elemento objetivo de la carencia de antecedentes penales

GONZÁLEZ CUSSAC es uno de los autores que desarrolla los elementos objetivos como parte de la estructura de las circunstancias, así el contenido de este elemento consistiría en: “Toda suerte de datos, factores, caracterizaciones o acontecimientos referidos al objeto, es decir, de los que quedan fuera del ámbito del sujeto”³⁴.

Además, a pesar de relacionarse con la conciencia del sujeto, los elementos objetivos siempre serán externos a él: “Pero en el ámbito del derecho, todo lo objetivo se predica respecto de alguien, y en ese sentido es personal. Por eso, todas las circunstancias poseen componentes exteriores a la conciencia del sujeto, comportando situaciones tangibles de una realidad que existe fuera del agente”³⁵.

34 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia: Universidad de Valencia, 1988, p. 187.

35 GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, ob. cit., p. 187.

IMPORTANTE

En nuestra legislación la carencia de antecedentes penales será plenamente aplicable a aquel que ha sido rehabilitado en virtud de alguna causal de extinción de la pena fuera del cumplimiento de condena, a pesar de que no ha transitado por un proceso de rehabilitación y de que no ha sufrido condena alguna por el delito cometido.

A continuación, se presenta el contenido de la circunstancia atenuante referido a la carencia de antecedentes penales, el significado de su expresión objetiva y las dificultades que presenta en sus distintas expresiones legislativas:

5.1. La carencia de antecedentes penales abarca los antecedentes penales cancelados por cumplimiento de condena o por haber concurrido alguna causal de extinción de la pena

La regla jurídica de esta circunstancia atenuante genérica ha sido tan específica y tan restrictiva al regular solo la parte objetiva de esta atenuante, es decir, se ha omitido cualquier referencia al fundamento de esta circunstancia y menos aún a su elemento subjetivo.

De esta regla contenida en el art. 46 se derivan algunos problemas al momento de la aplicación de esta atenuante, uno de ellos ha sido determinar el contenido de los antecedentes penales, qué delitos cometidos por el autor son considerados como generadores de antecedentes penales, y si las causas de extinción de

la ejecución de la pena eliminan los antecedentes penales.

Con referencia a qué delitos cometidos por el autor son considerados como generadores de antecedentes penales, así el registro de antecedentes penales no puede abarcar la totalidad de delitos cometidos por las personas, ya que la rehabilitación permite que los antecedentes penales sean borrados del registro por haber cumplido el reo con la pena impuesta por sentencia firme (causal de extinción de la ejecución de la pena denominado cumplimiento de pena); por lo tanto, los delitos cometidos anteriormente y que ya hayan cumplido su pena no son considerados como generadores de antecedentes penales.

Lamentablemente, el contenido del art. 69³⁶ del CP regula la rehabilitación

36 CÓDIGO PENAL. *Artículo 69. Rehabilitación automática.*

“El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva”.

con una redacción ambigua que no se precisa con exactitud el momento a partir del cual los antecedentes penales son cancelados o borrados del registro, estableciendo el inciso 2 de dicho artículo que la rehabilitación produce la cancelación inmediata de los antecedentes penales, para luego regular en el tercer párrafo que esta cancelación será provisional hasta por cinco años.

Tampoco se ha precisado el supuesto de la cancelación provisional de los antecedentes penales regulado en el tercer párrafo del art. 69 del CP. Por ello los jueces penales han optado por solicitar la cancelación de los antecedentes penales apenas los condenados rehabilitados la solicitan, pero la cancelación provisional no se efectúa, puesto que la regla no precisa si el efecto es la cancelación de los antecedentes.

Entre los muchos problemas³⁷ causados por el sistema de cancelación de los antecedentes penales, trataremos solo los relacionados con la aplicación de la atenuante de carencia de antecedentes penales, esto es, el trato como reo primario de quienes han sido rehabilitados.

Ahora se postulan dos ejemplos, a partir de los cuales se expondrá la posi-

37 Un problema que ha surgido a partir de esta regulación ha sido que los condenados deban ser quienes soliciten la cancelación de los antecedentes penales, esto ocasiona que existan reos rehabilitados que sigan figurando con antecedentes penales debido a que no solicitaron su cancelación, perdiendo con ello importantes oportunidades laborales y sobre todo lograr su reincorporación a la sociedad.

ción asumida en este artículo: Primero el caso de una persona condenada por violación sexual, al tener 21 años y ser un reo primario, se le impone la pena mínima de seis años, una vez cumplidos esos años de pena efectiva, es excarcelado e inmediatamente solicita su rehabilitación, borrándose sus antecedentes penales, con lo cual postula a un empleo en un colegio de mujeres, el colegio verifica la presentación de sus antecedentes penales y finalmente lo acepta, al mes este sujeto viola a una joven, estudiante del colegio, por lo cual es nuevamente condenado y al solicitar el juez los antecedentes penales le aplican nuevamente la atenuante de carencia de antecedentes penales.

En el segundo caso una persona condenada por difamación ha cumplido con la pena de tres años, pero no solicita la rehabilitación por lo que sus antecedentes penales se mantienen vigentes, esta persona al poco tiempo comete un nuevo delito, al ser procesada el registro de antecedentes penales mantiene la vigencia de su condena anterior por lo que no solo no se le aplica la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales, sino se le aplica la circunstancia agravante de reincidencia.

En el primer caso, vemos que el sistema no ha previsto mecanismos por los cuales se pueda monitorear las actividades del reo con posterioridad a su rehabilitación, respetando las reglas constitucionales y los derechos fundamentales, especialmente si se trata de los delitos graves (como violación de menor

de edad), pues la regulación ambigua sobre la cancelación provisional de los antecedentes penales no permite su adecuada aplicación, la legislación no explica cuál es su contenido³⁸, permitiendo que un condenado rehabilitado sea tratado como un reo primario ni bien haya cumplido la ejecución de su pena³⁹.

Además, la cancelación provisional permitiría que no solo los jueces y fiscales tuvieran conocimiento de los antecedentes penales de la persona por cierto período para la fines de determinar la pena, sino que ciertas instituciones como los colegios, universidades, centro para mujeres, centros de adopción, centros para ancianos, u otros de la misma naturaleza, tengan acceso a estos antecedentes penales, con la finalidad de

38 La cancelación provisional debería establecer que los antecedentes penales que no han superado ese plazo de prueba, puedan ser considerados para aplicar la circunstancia agravante de reincidencia, y por lo tanto para descartar la aplicación de la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales, permitiendo a las fiscalías y a los jueces que tengan acceso directo a todos los antecedentes penales que no han sido cancelados de manera definitiva.

39 Los jueces actualmente al no aplicar la cancelación provisional de antecedentes penales y conformarse con la aplicación mecánica de lo registrado en el certificado de antecedentes penales, por un lado pueden incurrir en graves errores al momento de determinar la pena, ya que puede imponer la circunstancia agravante de reincidencia para aquel procesado cuya condena ya ha sido cumplida y a la vez le corresponda la rehabilitación; por otro lado puede imponer la carencia de antecedentes penales a aquel que ha sido recién condenado en un proceso paralelo, es necesario que los jueces y fiscales tengan acceso directo al registro de condenas.

que no se permita laborar al rehabilitado en ciertos lugares donde hay exposición de víctimas, por lo menos hasta que se supere un período de prueba.

En el segundo caso, presentamos un caso en el cual la persona a pesar de ser rehabilitada por haber omitido solicitar la cancelación de sus antecedentes penales, no solo es impedida de laborar en determinados lugares pese a la poca gravedad de su primer delito, sino que al ser nuevamente procesada le es aplicada la circunstancia agravante de reincidencia pese a que no le corresponde.

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir que la aplicación de la circunstancia atenuante objeto de este artículo se hace referencia solo a los antecedentes penales que están vigentes, es decir, aquellos que no han sido cancelados, por lo que todos aquellos antecedentes que ya han sido cancelados o que están pendientes de cancelar no pueden ser tomados en cuenta para determinar la aplicación de esta atenuante, el reo según nuestra legislación deberá ser considerado un reo primario ni bien sea rehabilitado (haya cumplido su pena o haya recaído en alguna causal de extinción de la ejecución de la pena, por ejemplo por prescripción de la pena o por indulto), con todas las dificultades que ello implica.

En lo referente a aquellos condenados cuya pena haya sido extinguida, recordemos que la ley señala a aquel “de otro modo ha extinguido su responsabilidad”, por lo que la rehabilitación automática también es aplicable a estos casos,

bastando que concurra cualquiera de las causales de extinción de la ejecución de la pena como la amnistía, el indulto, la prescripción, la exención de pena o el perdón del ofendido⁴⁰.

El caso de las causales de extinción de la ejecución de la pena es de mayor complejidad que las producidas por el cumplimiento de condena (que a su vez nuestro sistema considera como una causal de extinción de la ejecución de la pena), puesto que en nuestro país no existen mecanismos de control sobre cada una de las otras formas de extinción de la ejecución de la pena consideradas políticas, humanitarias o de gracia, pero que en algunos casos terminan siendo arbitrarias y promueven la impunidad.

ARGIBAY ha sostenido que se debe diferenciar la extinción de la pena con la condición de condenado de la persona, por lo que figuras como el indulto si bien pueden extinguir la pena no podría simplemente hacer desaparecer la calidad de condenado: “Pues bien, ella existe y existirá siempre aun cuando, mediante el derecho de gracia del poder político, en su función constitucional co-judicial, borre toda la pena o solo una parte, dan-

40 CÓDIGO PENAL, *Extinción de la ejecución de la pena. Casos.*

“Artículo 85.- La ejecución de la pena se extingue:

1. Por muerte del condenado, amnistía, indulto y prescripción;
2. Por cumplimiento de la pena;
3. Por exención de pena; y
4. Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada”.

do origen al indulto o a la conmutación, respectivamente”⁴¹.

IMPORTANTE

La cancelación de los antecedentes penales debe concordar con la efectiva rehabilitación del procesado, si se quiere no un criterio formal sino material.

En el mismo sentido sostiene que: “Tanto en uno como en otro caso seguirá existiendo la calidad de condenado, porque a su respecto ni el indulto, ni la conmutación, tiene posibilidad alguna para hacerla desaparecer”⁴².

Por ello, lamentablemente, en nuestra legislación la carencia de antecedentes penales será plenamente aplicable a aquel que ha sido rehabilitado en virtud de alguna causal de extinción de la pena fuera del cumplimiento de condena, a pesar de que no ha transitado por un proceso de rehabilitación y de que no ha sufrido condena alguna por el delito cometido.

5.2. ¿La carencia de antecedentes penales implica una buena conducta anterior al delito?

La circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales,

como un aspecto externo del autor, conlleva a que para su aplicación no sea tomada en cuenta ni el fundamento sobre el que se sostiene (el elemento teleológico como sostiene GONZÁLES CUSSAC) ni el elemento subjetivo.

En Chile, por ejemplo, la legislación regula la figura de la conducta anterior irreprochable como circunstancia atenuante, así: “La ley exige una conducta irreprochable que sea anterior al delito, sin fijar una duración mínima o un plazo determinado en el cual ella se haya presentado”⁴³.

Lo mismo sucede en la mayoría de las legislaciones comparadas, donde se ha optado por tomar en cuenta la conducta anterior del procesado al momento de graduar la pena, esto permite que el juez no solo valore el aspecto externo de la conducta del autor sino el mismo fundamento que sostiene esta circunstancia.

En la doctrina alemana, MAURACH consideró que no es suficiente la ausencia de anteriores condenas, lo importante es verificar que la persona haya presentado un buen comportamiento: “Asimismo, la alegación hecha por un automovilista tres días después de recibir su permiso para conducir de no haber causado hasta la fecha ningún accidente de tráfico, no podrá atenuar su responsabilidad. Lo decisivo no es la ausencia de anteriores condenas, sino la feliz superación del

41 ARGIBAY MOLINA, J. E., L. T. DAMIANOVICH, J. R. MORAS MOM, J. R. y E. R. VERGARA, *Derecho penal. Parte general II*, Buenos Aires: Ediar, 1972, p. 381.

42 ARGIBAY MOLINA *et al.*, *Derecho penal*, ob. cit., p. 381.

43 NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 37.

riesgo criminal. “Buen comportamiento” presupone según Wilhelm Busch, la presencia de tentaciones⁴⁴.

Por su parte, ARGIBAY señaló que el buen comportamiento o la buena conducta deberá reflejarse en la perfecta adaptación que tiene la persona a las costumbres del sistema valorativo imperante: “El feliz desempeño social del hombre, con conductas y costumbres plenamente ajustadas a las reglas medias de actuación aceptadas por el grupo en que vive y en un momento histórico dado, por coparticipación del sistema valorativo imperante, lo catalogarán como sujeto carente de peligrosidad”⁴⁵.

Incluso encontramos legislaciones mucho más exigentes a partir de sus requisitos en las que no basta la demostración de la buena conducta del procesado, sino que se exige, además, que esta sea de carácter irreprochable así se aprecia la aplicación de esta legislación: “La jurisprudencia se pronuncia en el sentido de que la buena conducta no es suficiente para atenuar la responsabilidad de acuerdo con el precepto en estudio, porque la ley exige que sea irreprochable, lo que supone un comportamiento exento de toda censura y de toda transgresión a la ley”⁴⁶.

La regulación ambigua y amplia, así como la falta de información o un conocimiento desactualizado que tienen los jueces y fiscales sobre el estado de los antecedentes penales de una persona permite que la aplicación de la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales a partir de considerar que esta atenuante es la que más suelen utilizar los jueces penales en sus sentencias aunque generalmente de manera mecánica y literal: “Con este procedimiento a nadie podría extrañar que en Chile se reconozca esta atenuante casi a favor de todo delincuente y como una regla general, desde que a nadie faltan dos personas de buena voluntad que se presten a ensalzar sus condiciones morales. Solamente cuando el individuo es reincidente o cuando accidentalmente brotan del proceso antecedentes que permitan conocer hechos inmorales graves que afecten al reo, se le llega a negar la atenuación”⁴⁷.

Más aún, cuando es la misma regulación la que impide que el juez pueda valorar los antecedentes cancelados de la persona, en Alemania el *Bundeszentral-registergesetz* traducido como la *Ley del Registro Federal Central* ha establecido de manera expresa que las penas canceladas o susceptibles de cancelarse no podrán ser valoradas: “El §51 del BZRG trajo consigo una gravosa restricción para la consideración de penas anteriores, al establecer una prohibición de valoración

44 MAURACH, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 545.

45 ARGIBAY MOLINA *et al.*, *Derecho penal*, ob. cit., p. 291.

46 LABATUT GLENA, G., *Derecho penal*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 353.

47 NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, ob. cit., p. 39.

de penas anteriores canceladas o susceptibles de cancelación”⁴⁸.

JOSÉ CERESO MIR dice:



“Cuando la reincidencia es específica, es decir, el nuevo delito es igual o de la misma naturaleza que aquel por el que el sujeto había sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, la culpabilidad suele ser mayor. El sujeto actúa no solo con un conocimiento seguro de la antijuricidad, sino incluso de la punibilidad de la conducta”.

Sin ir muy lejos, el art. 46-B—desde su introducción al Código Penal de 1991 a partir del año 2006 (mediante la Ley N.º 28726) hasta la actualidad—, ha establecido que esta circunstancia agravante no puede considerar los antecedentes penales cancelados para su aplicación, actualmente el último párrafo del art. 46-B señala lo siguiente: “En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo”.

Hasta aquí es necesario señalar que no quiero ponerme en la posición de aquellos que sostienen que el juez debe valorar absolutamente todos los

antecedentes penales de la persona sin límite temporal alguno, no, la posición de este trabajo es que la cancelación de los antecedentes penales debe concordar con la efectiva rehabilitación del procesado, si se quiere no un criterio formal sino material.

Si se habla de la conducta del autor antes de la realización del delito, que obviamente es el presupuesto que subyace tras la atenuante de carencia de antecedentes penales, no se tendría un límite temporal, lo cual constituiría un exceso de parte del sistema penal. Sin embargo, el legislador nacional ha sido claro en establecer que solo serán tomados en cuenta los antecedentes penales (realizando una interpretación sistemática con base en el art. 46-B del CP, serán objeto de aplicación los antecedentes penales vigentes): “La ley exige una conducta irreprochable que sea anterior al delito, sin fijar una duración mínima o un plazo determinado en el cual ella se haya presentado. Por consiguiente, la conducta irreprochable debe haber existido durante toda la vida anterior del sujeto activo”⁴⁹.

Por razones obvias, una persona no puede permanecer más tiempo en la cárcel de lo establecido por su sentencia condenatoria, ya que esto afectaría el principio de culpabilidad, pero la cancelación de antecedentes penales no cumple un papel sancionador que afecte el principio de culpabilidad, su función

48 MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho penal*, ob. cit., p. 784.

49 NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, ob. cit., p. 37.

es de carácter informativa, por lo que su fácil eliminación o su ignorancia afectaría a la sociedad en general.

Ello se agrava en casos en los cuales la persona ni siquiera ha sido sometida al cumplimiento de una condena, sino que esta ha sido extinguida por razones políticas, humanitarias, o por el transcurso del tiempo, así la persona simplemente no ha sido sometida a ningún sistema de rehabilitación.

5.3. Exento de reproche penal o de toda trasgresión a la ley

La discusión en torno a si el juez al momento de valorar la conducta anterior del procesado debe tomar en cuenta aquellas conductas que se oponen al derecho en general o al derecho penal en particular, discusión que es válida en otras legislaciones del mundo, pues se ha expuesto de manera reiterada la legislación nacional exige que el juez valore solo la existencia de antecedentes penales, que son una trasgresión al derecho penal.

Al respecto existen dos posiciones, una en la que el juez debe valorar la existencia de cualquier tipo de reproche jurídico sea penal o no, y la otra posición que sostiene que solo deben tomarse en cuenta aquellos antecedentes que signifiquen una trasgresión al derecho penal (sean delitos o faltas): “El principal problema que ha traído la aplicación de esta atenuante es determinar su contenido; mientras para la jurisprudencia más tradicional esta circunstancia ‘supone

un comportamiento exento de toda censura y de toda trasgresión a la ley’, se abre paso actualmente en nuestros tribunales la idea de que bastaría con un pasado exento de reproche penal (sin antecedentes de ese tipo) para admitir la atenuación, como postula buena parte de nuestra doctrina”⁵⁰.

Sin embargo, nuestro legislador ha sido tan específico al referirse a los alcances de lo que constituye los antecedentes penales, que si nos limitamos a realizar una interpretación literal, tendrá que considerarse aplicable esta atenuante a todos aquellos reos primarios sin tomar en cuenta si ha realizado o no otro tipo de conductas transgresoras de la ley, como el ejemplo de aquel conductor de las empresas de transporte “El Chosicano” que a pesar de tener cientos de papeletas de infracciones de tránsito, se le aplica la atenuante en virtud de que nunca antes tuvo una condena por un delito previo.

Lamentablemente el poco desarrollo que ha tenido nuestra jurisprudencia con relación a las circunstancias agravantes como atenuantes como a las agravantes, impide que algunos de los fundamentos expuestos para esta circunstancia sean tomados en cuenta, menos aún sean identificados los componentes objetivos o subjetivos, ya que el juez se ha limitado a aplicar de manera

50 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Jean Pierre MATUS ACUÑA y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 509.

mecánica esta atenuante tras verificar la ausencia de antecedentes penales en la hoja de registro.

6. El elemento subjetivo de la carencia de antecedentes penales

Hablar sobre los elementos subjetivos en las circunstancias atenuantes genéricas ha sido un reto en la elaboración de primigenia de este artículo, que por cierto no agota la discusión solo la propone, por la poca información que existe al respecto y por la diferencia que existe entre nuestra legislación y las legislaciones existentes en el derecho comparado que se ha considerado, puesto que al no regular otros países esta circunstancia atenuante la doctrina comparada tampoco ha tenido motivos para pronunciarse al respecto.

Por todo lo cual, el contenido que demos al elemento subjetivo en la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales forma parte de un esbozo de una estructura que es modificable y que puede variar en la medida en que se investigue más sobre el tema y la perspectiva de los temas que engloba sea más completa.

Quien desarrolla los elementos subjetivos propiamente como parte de la estructura de las circunstancias es GONZÁLES CUSSAC, quien señaló que: “Este elemento también ha sido llamado ‘intencional’, precisamente porque en él se comprueba cuál es el grado del saber y querer del sujeto con relación al elemento objetivo de la circunstancia. Se

exige, pues, que tanto el conocimiento como la voluntad de la gente abarquen la parte objetiva. Debiéndose descartar toda aplicación de las circunstancias en las cuales el reo no sepa que la está utilizando o no quiera hacerlo”⁵¹.

Aunque en un inicio se pensaba que las circunstancias podían ser objetivas o subjetivas, de acuerdo al criterio de clasificación expuesto antes, otra cosa es comprender que cada circunstancia atenuante tenga una estructura con elementos objetivos y subjetivos, tan igual como el tipo penal, por ello muchos autores ya se han pronunciado a favor de que las circunstancias pueden abarcar elementos tanto objetivos como subjetivos en su construcción e interpretación, pero por su naturaleza pueden ser objetivas o subjetivas tales circunstancias, por ello no se debe confundir estos aspectos con la naturaleza de cada circunstancias.

Claro que muchas veces el legislador al momento de regular las circunstancias atenuantes ha priorizado por su naturaleza lo objetivo, o lo subjetivo e incluso a veces las ha combinado, dando lugar a la denominada circunstancia de naturaleza mixta.

En síntesis, a veces las circunstancias atenuantes tienen elementos objetivos y subjetivos donde a su vez los elementos objetivos son prevalentes sobre los elementos subjetivos o viceversa, no se puede negar que las circunstancias

51 GONZÁLES CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, ob. cit., p. 188.

presentan elementos objetivos como subjetivos hacerlo implicaría negar la propia relación sujeto-acción, esto es que el mismo delito es la expresión de algo que el sujeto ha ideado y que plasma en la realidad a través de una acción.

GONZÁLEZ considera dentro del elemento subjetivo de las circunstancias, la intencionalidad, esto es el conocimiento y la voluntad en la realización tanto del delito como de la circunstancia atenuante o agravante: "Si decíamos que la comprobación del elemento objetivo constituía el primer paso imprescindible para poder aplicar una circunstancia, la presencia del elemento intencional adquiere una importancia suma a la luz del principio de culpabilidad, y del art. 60 del CP, del que no es sino una fiel traducción en esta materia"⁵².

Ahora bien, el elemento subjetivo no implica solo el conocimiento y la voluntariedad de la realización de la circunstancia atenuante, sino también las emociones y móviles que esconden la realización de dicha circunstancia, por lo que no podemos considerar, como lo menciona MENDOZA AYMA⁵³, que la disminución de las consecuencias del peligro generado o la presentación ante las autoridades tenga como único elemento subjetivo la voluntariedad.

El problema en identificar el elemento subjetivo en las circunstancias

atenuantes como la carencia de antecedentes penales, es que no tienen un sustento en una acción realizada por la persona sino en una característica, algo que lo identifica, por lo que identificar el conocimiento y la voluntad como únicos elementos subjetivos en esta atenuante puede resultar insuficiente.

Los elementos subjetivos permiten estudiar no solo la voluntariedad, ya que no estamos ante una conducta, sino ante una característica del sujeto tras la cual subyace la conducta irreprochable del sujeto anterior a la comisión del delito,

7. Ubicación de la carencia de antecedentes penales

7.1. En la pena

Como veremos en las siguientes páginas la discusión sobre la ubicación de las circunstancias no es un tema propio de las circunstancias en general, sino de cada una de las circunstancias en particular.

Así, si bien algunos autores han sustentado la posición de si las circunstancias gradúan o modifican las categorías del delito, la dificultad ha surgido al momento de definir ¿qué categoría del delito modifica una circunstancia atenuante en particular?

Los antecedentes penales como circunstancias forman parte de la personalidad del sujeto, y poseen un fundamento político-criminal que resulta más fácil ubicarlas fuera de las categorías del

52 *Ibid.*, p. 189.

53 Cfr. MENDOZA AYMA, *Presupuesto acusatorio. Determinación e individualización de la pena*, ob. cit.

delito, considerando que solo modifican la pena.

IMPORTANTE

El problema en identificar el elemento subjetivo en las circunstancias atenuantes como la carencia de antecedentes penales, es que no tienen un sustento en una acción realizada por la persona sino en una característica, algo que lo identifica, por lo que identificar el conocimiento y la voluntad como únicos elementos subjetivos en esta atenuante puede resultar insuficiente.

Por tanto, si partimos de considerar las circunstancias atenuantes como elementos que describen la personalidad del sujeto, entonces resulta muy difícil considerar que puedan relacionarse con alguna categoría del delito, puesto que esta se encarga de estudiar la acción típica, jurídica, culpable y punible, y no una característica o un rasgo de personalidad: “Mediante esta circunstancia atenuante se abre paso, en cierta medida, la consideración de la personalidad del sujeto en nuestra ley positiva, conforme a criterios propugnados por penalistas modernos”⁵⁴.

Sin embargo, la legislación como la jurisprudencia nos señala que ha sido tendencia general del derecho tomar en cuenta los elementos que van más allá de la culpabilidad y la antijuricidad para determinar la pena: “Estas causas pueden

provenir de las dos características de la pena, la de ser un instrumento del bien político, y la de tener que representar la cantidad adecuada del mal que debe sufrir el delincuente y que el legislador crea conveniente infligirle en justicia”⁵⁵.

7.2. Dentro de la culpabilidad

La ubicación de la circunstancia de antecedentes penales en la culpabilidad como categoría del delito se encuentra relacionada con aquellas posiciones que han fundamentado esta circunstancia en la disminución del conocimiento de la antijuricidad o en la disminución de la autodeterminación de la persona.

Aunque como hemos expuesto en el marco general de este trabajo, el problema de ubicación de las circunstancias atenuantes no es un problema resuelto y, por el contrario, aún existen mucha disyuntiva al respecto, dejaremos sentado que el hecho de que algunas circunstancias efectivamente modifiquen las categorías del delito no implica que ese sea necesariamente su lugar de estudio, ya que en realidad esto dependerá de la efectividad y de lo didáctico que sea el esquema propuesto. Si la construcción de dicho esquema facilita el estudio, la comprensión, y la relación de las circunstancias con todo el derecho penal en general, de esto dependerá su aceptación, por ahora dejamos abierta la discusión.

55 CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. I, Bogotá: Temis, 1956, p. 157.

54 NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, ob. cit., p. 38.

7.3. Dentro de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal o criminal⁵⁶

Al respecto, es interesante destacar que los autores contemporáneos utilizan la denominación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal o criminal al definirla como: “Situaciones que rodean (*circum-stare*: alrededor) la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos”⁵⁷.

El tema de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal o criminal se tratará en otro artículo, dejando en claro que por ahora esta será la terminología que se asume como paradigma⁵⁸.

56 Véase GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, ob. cit. En el mismo sentido, véase MUÑOZ RUIZ, Josefina, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas: Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Navarra: Aranzadi, 2016. En el contexto internacional la terminología de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal ha sido utilizada y postulada por OLLÉ SESÉ, Manuel, “Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes”, en MACULAN, Elena y Alicia GIL GIL (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson, 2016, p. 253.

57 MUÑOZ RUIZ, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, ob. cit., p. 28.

58 Véase el material inédito, SÁENZ TORRES, Alexei, “Informe *in extenso* de estudio de investigación SIN/SIN 2015: Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en


CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

La carencia de antecedentes penales tiene como característica su naturaleza eminentemente objetiva, puesto que su concurrencia no depende de la voluntad del autor, al ser una condición previa que el autor tiene antes de la realización del delito, aunque resulte ilimitada su utilización en el proceso de determinación judicial de la pena.

8. Conclusión

De todo lo expuesto se concluye que la carencia de antecedentes penales como circunstancia agravante genérica regulada en el art. 46.1, lit. a) del CP de 1991 tiene como característica su naturaleza eminentemente objetiva, puesto que su concurrencia no depende de la voluntad del autor, al ser una condición previa que el autor tiene antes de la realización del delito, sea este de acción u omisión, doloso o culposo, etc., aunque resulte ilimitada su utilización en el proceso de determinación judicial de la pena al relativizar con su concurrencia cualquier circunstancia agravante genérica, al reconducir la pena al tercio medio, sea que se trate de uno o más delitos realizados por el autor, mientras

la determinación judicial de la pena privativa de libertad en el Perú en el año 2014”, presentado en la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el 20 de marzo del 2016.

no tenga una sentencia condenatoria firme y/o ejecutoriada. 

9. Referencias bibliográficas

- ANDRADE CASTRO, J. A., L. F. CALDAS BOTERO y O. H. DE LA VEGA MARTINIS, "Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe. Derecho penal y criminología", en *Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*, vol. 25, n.º 75, 2004, pp. 111-134.
- ANTOLISEI, F., *Manual de derecho penal*, Bogotá: Temis, 1988.
- ARGIBAY MOLINA, J. E., L. T. DAMIANOVICH, J. R. MORAS MOM, J. R. y E. R. VERGARA, *Derecho penal. Parte general II*, Buenos Aires: Ediar, 1972.
- BENITES SÁNCHEZ, S., *Derecho penal peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*, 2.ª ed., Lima: 1958.
- BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Madrid: Tirant lo Blanch, 2011.
- BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, traducción de José León Pagano, Bogotá: 1965, p. 447.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal, vol. II: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Madrid: Trotta, 1999.
- CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. 1, Bogotá: Temis, 1956.
- CEREZO MIR, José, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Ara, 2006.
- CHIOSSONE, T., *El derecho y la transgresión*, Caracas: Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1975.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia: Universidad de Valencia, 1988.
- HURTADO POZO, José, *Derecho penal. Parte general*, 4.º ed., Lima: Idemsa, 2011.
- LABATUT GLENA, G., *Derecho penal*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- MAURACH, R., K. HEINZ GÖSSEL, y H. ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, traducido con notas por Juan Córdoba Roda, t. II, Barcelona: Ariel, 1962.
- MENDOZA AYMA, FRANCISCO CELIS, *Presupuesto acusatorio. Determinación e individualización de la pena. Proceso penal. La medida del dolor*, Lima: Jurista Editores, 2015.
- MUÑOZ RUIZ, Josefina, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas: Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Navarra: Aranzadi, 2016.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes", en MACULAN, Elena y Alicia GIL GIL (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson, 2016.
- ORTS BERENGUER, E., "El papel de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la determinación de la pena", ponencia presentada en el *II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito*, Lima: 1997.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Determinación judicial de la pena. La determinación judicial de la pena en la Ley N.º 30076", en AA. VV., *Código Penal. Nuevo Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales*, Lima: Grijley, 2015.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Jean Pierre MATUS ACUÑA y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del derecho penal*, 2.ª ed., Madrid: Thomson, 2007.
- RANIERI, S., *Manual de derecho penal*, t. II, Colombia: Temis, 1975.
- RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, 17.ª ed., Madrid: Dykinson, 1994.

SÁENZ TORRES, Alexei, "Informe *in extenso* de estudio de investigación SIN/SIN 2015: Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en la determinación judicial de la pena privativa de libertad en el Perú en el año 2014", presentado en la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el 20 de marzo del 2016.

SALINERO ALONSO, C., "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las

circunstancias modificativas", en ARROYO ZAPATERO, L. A., I. B. GÓMEZ DE LA TORRE (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 1, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 1297-1325.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., "La determinación de la sanción penal", en PRADO SALDARRIAGA, V. R., E. DEMETRIO CRESPO, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, A. V. Weezel, y J. COUSO, *Determinación judicial de la pena*, Lima: Idemsa, 2015, pp. 101-214.