

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

— PARTE GENERAL —

EDUARDO ALCÓCER POVIS



© **Eduardo Alcócer Povich**

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

© JURISTA EDITORES E.I.R.L. 2021

Jr. Miguel Aljovín N° 201. Lima - Perú

Teléfonos: 427-6688 / 428-1072

Telefax: 426-6303

Edición: Setiembre 2021

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N° 2017-16274.

ISBN: 978-612-4366-38-3

Composición y diagramación: Any C. Auccapuri Poma

Diseño de carátula: Marco Antonio Arcos

A Rosa, con todo mi amor

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
ANOTACIONES PRELIMINARES A LA SEGUNDA EDICIÓN	17
ABREVIATURAS.....	19
LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y LOS FINES DE LA PENA	21
I. SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL	21
II. SOBRE LOS FINES LEGITIMADORES DE LA PENA	27
II.1. La Teoría absoluta de la Pena.	29
II.2. Teorías Relativas	34
A. Prevención general..	34
B. Prevención especial.	39
II.3. TEORÍAS MIXTAS	44
III. TOMA DE POSTURA.	46
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL	55
I. APUNTE PREVIO	55
II. ANÁLISIS.....	55
II.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	55
A. Fundamento	55
B. Alcances	57
C. Acerca del concepto de tipo y tipicidad	59

II.2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.	62
A. Fundamento.	62
B. Alcances... ..	63
II.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	66
A. Fundamento	66
B. Alcances... ..	68
II.4. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD..	75
A. Fundamento	75
B. Alcances... ..	75
EL COMPORTAMIENTO HUMANO..	85
I. APUNTE PREVIO	85
II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN	88
II.1. ANTECEDENTES..	88
II.2. EL CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN	89
II.3. EL CONCEPTO FINAL DE ACCIÓN	93
II.4. EL CONCEPTO SOCIAL DE ACCIÓN.	94
II.5. EL CONCEPTO PERSONAL DE ACCIÓN... ..	96
II.6. EL CONCEPTO NEGATIVO DE ACCIÓN	99
II.7. LA NOCIÓN FUNCIONAL DE ACCIÓN.	100
III. LA AUSENCIA DE ACCIÓN..	102
LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	112
I. APUNTE PREVIO	112
II. RELACIÓN DE CAUSALIDAD NATURAL	113
III. EL RIESGO PROHIBIDO	116
IV. LA ATRIBUCIÓN DEL RESULTADO..	126
V. REFLEXIÓN FINAL.	130

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA	135
I. APUNTE PREVIO	135
II. LA IMPUTACIÓN DEL DOLO	136
II.1 EL DOLO VOLITIVO	136
II.2. EL DOLO COGNITIVO	139
III. LA IMPUTACIÓN DE LA CULPA	147
LA ANTIJURIDICIDAD	153
I. ANOTACIÓN PREVIA	153
II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	155
II.1. LA LEGÍTIMA DEFENSA	155
A. La agresión ilegítima	156
B. Racionalidad del medio utilizado para repeler la agresión	159
C. Falta de provocación suficiente	160
II.2. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	161
A. Una situación de peligro	163
B. La necesidad de defensa o de acción de salvaguarda	164
II.3. LA OBEDIENCIA DEBIDA	166
A. Relación de subordinación idónea	166
B. La orden debe ser de obligatorio cumplimiento	166
C. El contenido de la orden	167
II.4. EL QUE OBRA POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DEBER, DERECHO, CARGO U OFICIO	168
A. El cumplimiento de un deber	169
B. El legítimo ejercicio de un derecho	170
C. Ejercicio legítimo de un cargo	171

D. Ejercicio legítimo de oficio o profesión	171
II.5. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA..	172
A. Suficiente capacidad de discernimiento	173
B. No es necesario que el consentimiento sea manifesta- do de modo expreso	174
C. El consentimiento debe ser libre o espontáneo... ..	174
LA CULPABILIDAD.	181
I. APUNTE PREVIO	181
II. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD... ..	183
II.1. LA IMPUTABILIDAD	183
II.2. EL CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD DE LA CON- DUCTA.	187
II.3. CASOS DE INEXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA.	195
A. El estado de necesidad exculpante	196
B. El miedo insuperable	200
LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	207
I. ANOTACIÓN PREVIA	207
II. LA AUTORÍA	215
II.1. LA AUTORÍA DIRECTA	215
II.2. LA AUTORÍA MEDIATA CLÁSICA	215
II.3. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGA- NIZACIÓN... ..	216
II.4. LA COAUTORÍA	220
III. LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA	222
III.1 CONCEPTO.	222
III.2. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN... ..	223

A. Alcances del principio de accesoriedad limitada	223
B. Momento de la participación delictiva.	223
C. Participación en los delitos especiales	224
D. La accesoriedad de la participación en los delitos de infracción de deber	229
III.3 LA INSTIGACIÓN..	231
III.4 LA COMPLICIDAD	234
LAS FASES DE DESARROLLO DEL DELITO DOLOSO	245
I. APUNTE PREVIO	245
II. LA FASE INTERNA.	245
III. LA FASE EXTERNA.	246
II.1. LOS ACTOS PREPARATORIOS... ..	246
II.2. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN	247
II.3. LA CONSUMACIÓN Y EL AGOTAMIENTO... ..	263
EL CONCURSO DE DELITOS Y EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS.	267
I. APUNTE PRELIMINAR.	267
II. UNIDAD Y PLURALIDAD DE COMPORTAMIENTOS..	268
III. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS.	272
IV. EL CONCURSO REAL DE DELITOS... ..	275
V. EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO.	277
VI. EL DELITO CONTINUADO	279
VII. EL DELITO MASA.	282
VIII. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS	283
VIII.1. EL PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD..	285
VIII.2. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.	286

VIII.3. EL PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN..	287
VIII.4. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	287

PRÓLOGO

Suele suceder que algunos libros vengan prologados por persona distinta de su autor, lo que puede obedecer a la intención –cuando no a la necesidad– del que recién empieza una andadura editorial en busca del respaldo de alguna personalidad de gran reconocimiento. Desde luego, no es este el caso, pues ni el diletante autor del prólogo reúne esta característica, ni el autor de la obra, Eduardo Alcócer Povis, requiere mayor presentación.

En efecto, el autor de Introducción al Derecho Penal es abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor de Derecho Penal, Doctor en Derecho Penal en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y discípulo del Profesor Jesús-María Silva Sánchez. Por si fuera poco, el autor del libro ya ha publicado en el 2009 una monografía titulada *La inclusión del enemigo en el Derecho Penal*; a lo que se suman diversos artículos en revistas especializadas de Derecho penal, así como innumerables conferencias a nivel nacional. Como ven, Eduardo Alcócer brilla con luz propia.

Por esta razón podrán intuir ustedes, amables lectores, mi reacción cuando Eduardo Alcócer, así, a bocajarro, me sorprendió con tan extraña petición, es decir, la de prologar su libro. Hilvané algunas excusas hasta donde la cortesía lo permite, pero como tendrán oportunidad de comprobar a lo largo del libro, el autor de esta obra es de ideas firmes. Finalmente, seguro de que el encargo solo se explicaba por la amistad que nos une, acepté, no sin cierto rubor, escribir las siguientes líneas.

Qué duda cabe de que estamos ante una obra de gran nivel. Esto, quizás, pueda sonar a fórmula de compromiso o al hecho de corresponder a la gentil invitación del autor. Sin embargo, a poco que uno se adentre en *Introducción al Derecho Penal*, podrá confirmar la certeza de tal juicio: estamos ante un libro que, si bien de carácter introductorio, ha sido elaborado con gran rigor académico, sumamente útil, donde el autor no ha eludido la tarea de tomar postura de manera fundamentada; lo cual, esto último, es de agradecer en un medio donde –con honrosas excepciones– muchos se limitan solo a presentar las distintas posturas sobre determinado tema: el así denominado estado de la cuestión. Para muestra, un botón.

La teoría del delito esbozada en *Introducción al Derecho Penal* tiene por cimiento la concepción del autor sobre la función del Derecho penal. Este, señala ALCÓCER POVIS, cumple la misión de tutelar bienes jurídicos a través de las normas, esto es, a través de mensajes dirigidos a los ciudadanos que lo determinan a realizar o no determinados comportamientos. Consecuentemente, y partiendo de un concepto material de bien jurídico, el injusto supone para él tanto un desvalor de la conducta (la realización de una conducta antinormativa), como un desvalor de resultado (menoscabo del bien jurídico).

Como no podía ser menos, lo acabado de mencionar tiene consecuencias dogmáticas, pues incide directamente en el análisis de las instituciones o elementos de la teoría del delito. Veamos si no el caso de los delitos de peligro abstracto. Donde algunos pueden contentarse con una interpretación naturalista, casi literal, de algunos tipos penales, ALCÓCER POVIS procede a una interpretación de corte normativo-valorativo [se ha de atender a que el comportamiento haya puesto en riesgo efectivo un objeto material que represente al bien jurídico]; la razón no es otra que los problemas de legitimidad de los delitos de peligro abstracto al no observar el principio de lesividad, en otras palabras, el rechazo a los “delitos” de *mera infracción administrativa*.

El injusto típico, en consecuencia, no es mero disvalor de acción (realización de un comportamiento *ex ante* peligroso), sino también de resultado (lesión o puesta en peligro de un interés penalmente tutelado). El injusto, de este modo, no puede prescindir de una dimensión empírica;

con lo cual, como señala el autor, la lesividad es normativa, y ello supone un daño a un interés social.

Ustedes, amables lectores, comprobarán personalmente, y desde las primeras páginas, la valía de *Introducción al Derecho Penal*; sin embargo, no podemos poner fin a estas breves líneas sin antes resaltar las cualidades personales de nuestro colega y amigo Eduardo Alcócer. Con la bondad y sencillez de los grandes, de aquellos que bien tendrían mucho de qué ufanarse, no busca imponer ni aquí ni en las aulas sus ideas, jamás descalifica o desdeña las ajenas; muy por el contrario, propone o comparte su postura, sin que eso suponga dejar de analizar las de otros autores.

Vayan, pues, nuestro más sinceros deseos de éxitos para Eduardo Alcócer, para su propio bien y el de su familia, como para el beneficio de la comunidad jurídica nacional.

Dr. Eduardo Oré Sosa
Profesor de Derecho Penal
de la Universidad de Piura

ANOTACIONES PRELIMINARES A LA SEGUNDA EDICIÓN

Con la segunda edición de este trabajo se ha pretendido incorporar datos jurisprudenciales relacionados a las instituciones trabajadas en el texto. Asimismo, se ha actualizado el material bibliográfico a fin de brindar al lector, siempre en el marco de un estudio introductorio, un mayor alcance sobre las diversas figuras que componen el fenómeno criminal y los fines de la pena.

El propósito de este trabajo es, como en algún momento se apuntó, que sirva como material académico a los estudiantes de derecho y que coadyuve a la labor que realizan los operadores del sistema de justicia. Y es que, esencialmente, todos quienes somos parte de él tenemos la obligación de procurar hacer que este sea justo. No podemos dejar de considerar que el poder penal, dependiendo el contexto y de las personas, se puede desbordar. A fin de evitar la expansión desmedida del Derecho penal es necesario voltear la mirada hacia aquellos criterios que permitan afirmar el sentido de lo razonable.

Los temas incluidos en esta entrega son abordados tomando en consideración la posición mayoritaria y las principales posturas que las cuestionan. Dejando establecido de antemano que los alcances de cada institución jurídica se encuentran abiertos, como sucede en todo tema que es tratado por una disciplina del conocimiento.

Espero que este trabajo aporte a la discusión penal en nuestro país y, sobre todo, sea útil para la solución justa de casos.

Lima, 3 de octubre de 2017

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJ	Revista Actualidad Jurídica
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos Penales y Criminológicos
Dir.	Director
D. Leg.	Decreto Legislativo
Ed.	Editor
JC	Jus Constitucional
LO	Ley Orgánica
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

RNDP	Revista Nueva Doctrina Penal
ROPJ	Revista Oficial del Poder Judicial
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
RPE	Revista Pena y Estado
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TP	Título Preliminar
trad.	Traducido
Vid.	Ver

LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y LOS FINES DE LA PENA

I. SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. El Derecho penal cumple un rol social (protección de bienes jurídicos). Dicho fin lo realiza a través de las normas¹. Con la Ley penal se establecen las normas dirigidas al ciudadano que lo determinan a realizar o no comportamientos (normas de prohibición, mandato y permisión) bajo la amenaza de un mal (la pena)². Se considera que la norma no solo es valorativa, sino también tiene una lógica naturaleza

1 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 585-586: “[Las normas] son directivas de conducta, cuya misión es influir sobre los ciudadanos (mediante el mecanismo de la prevención general disuasoria) para que se abstengan de la realización de hechos delictivos. Sin embargo, no observamos una radical incompatibilidad entre la acogida de este punto de vista y la aceptación de que, contempladas desde otra perspectiva, las normas puedan ser vistas como la expresión de determinadas expectativas sociales. El concepto de norma como expectativa se centra, en efecto, en la relación del Derecho con cada ciudadano, en tanto ‘no delincuente potencial’, en tanto ‘víctima potencial’ o, sencillamente, en tanto alguien interesado en su seguridad. Con respecto a este, la norma supone una fuente de orientación, una institucionalización de su expectativa”.

2 SEHER, “¿Puede ser ‘subsidiario’ el Derecho penal? Aporías de un principio ‘indiscutido’”, p. 133: “El Derecho puede ser descrito como un sistema compuesto por normas de conducta y normas de decisión: mientras que las normas de conducta están dirigidas directamente a los ciudadanos y prohíben, mandan, permiten o comunican determinados comportamientos, las normas de decisión regulan la reacción de los órganos estatales en relación con los comportamientos de los ciudadanos”.

- imperativa³, pues obliga al sujeto, bajo la amenaza de una pena, a actuar conforme a Derecho. Lo valorativo e imperativo son características concurrentes de la norma.
2. El Derecho penal busca prevenir la realización de comportamientos que afecten o pongan en riesgo bienes jurídicos. ¿De qué tipo de bien jurídico se está hablando? Hoy en día, la discusión discurre, en esencia, en dos líneas de pensamiento. Aquellos que defienden un concepto de bien jurídico con contenido “formal” y otros, con contenido “material”.
 3. Según JAKOBS, el fin del Derecho penal no puede enunciarse como el de protección de objetos o estados pertenecientes a la naturaleza. El marco de actuación del Derecho se desarrolla, por el contrario, según esta corriente, en el interior del

3 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, p. 16: “las normas jurídicas poseen una doble esencia: son decisiones de poder, pero son también determinaciones de la razón. En efecto, las normas jurídicas deben ser concebidas como directivas de conducta (sean prohibiciones, mandatos o permisos), pero ello no implica que tengan que ser consideradas solo meras decisiones de poder (meros imperativos respaldados, sin más, por una sanción), ajenas a la racionalidad práctica, sin referencia alguna a las razones que justifican la imposición de esos imperativos”. MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, s/n. Quien ya no define a la antijuridicidad como infracción a la norma de determinación, sino como un juicio de desvalor expresivo de la nocividad jurídico penal de un hecho. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 36: “La norma de conducta ha sido entendida por la dogmática penal desde diversas perspectivas. Por un lado, se encuentran las posturas imperativas que la definen como una norma de determinación dirigida a las personas para ordenarles realizar o dejar de realizar una conducta determinada. A esta línea de interpretación de la norma penal se le oponen los que consideran que es esencialmente una norma de valoración, es decir, un juicio de valor sobre la conducta prohibida o mandada. No es posible prohibir o mandar algo si previamente no se le ha valorado positiva o negativamente. En la situación actual de la dogmática penal se admite cierta complementación entre determinación y valoración para definir la norma de conducta dirigida a los ciudadanos”. POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, p. 84: “La consideración de las dimensiones valorativa y determinativa confluyen en la configuración del injusto típico, el cual puede ser respectivamente concebido, bien como contraste a la norma y lesión del contenido de protección de la misma, bien como contrariedad al deber jurídico de actuación que el ordenamiento punitivo dirige a cada destinatario de la norma penal”.

sistema social, protegiendo los procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados, es decir, las normas. Así, el delito no puede concebirse como la producción causal de un daño material de un bien jurídico⁴, sino como acción con sentido, es decir, como acción interpretable y comprensible socialmente. El injusto penal es esencialmente un elemento de la sociedad como sistema de comunicación⁵. El delito es el quebrantamiento de la vigencia de las normas⁶. La pena reafirma su vigencia. Y es que en la línea funcional normativista “la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado, con contenido expresivo, mediante otro acto con significado [la pena]”⁷.

4. Por otro lado, un concepto de bien jurídico con contenido “material” se funda en la relación dialéctica de la realidad con el valor. Un Derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas. Al respecto, MIR PUIG sostiene que “ninguna protección jurídico-penal merecería el ‘valor vida’ si no se

4 Tal concepción no es exclusiva de JAKOBS. Así, WELZEL consideró que “la tarea primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos [...] porque para ello llega generalmente demasiado tarde. Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos individuales es la tarea de mantener segura la vigencia real (cumplimiento) de los valores de acción de la actitud jurídica”. Cit. POLAINO-ORTS, “Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concreto”, p. 79.

5 ALCACER GUIRAO, ¿Lesión de bien jurídico o como lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, p. 78.

6 CARO CORIA, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de JAKOBS”, p. 146. Agrega lo siguiente: “Es común que en la doctrina se afirme que este autor [JAKOBS] renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión “bien jurídico” y sustituirla por una mera concepción de lesividad social. JAKOBS, más bien, manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, concluyendo que lo protegido por el Derecho penal es la vigencia de la norma jurídica”.

7 Refiriéndose al prólogo de la primera edición del Tratado sobre la Parte General de JAKOBS: CARO CORIA, *Presentación de: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, p. 12.

encarnase en la vida de una persona real, el Derecho penal no ha de proteger el ‘valor vida’ en cuanto tal valor, sino las vidas concretas de los ciudadanos. Pero por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad”⁸.

Consideramos que el Derecho penal cumple una función social, orientando sus efectos a la tutela de bienes jurídicos con contenido “material”. Por ello es que hoy en día cobra relevancia el desvalor de resultado como dato a demostrar para la sanción (menoscabo al bien jurídico), no solo la infracción a la norma (desvalor de comportamiento). El moderno Derecho penal se vincula a la dañosidad social, es decir, al delito y a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común⁹.

En sí, la norma no es el fin del Derecho penal, sino instrumento para la consecución de sus fines sociales. Decir lo contrario sería adoptar un sistema penal acrítico o neutral ante los problemas sociales. No se tutela el “continente” (la norma), sino el “contenido” (el bien).

El Derecho penal es funcional (orientado a la protección de la persona y de la sociedad) y normativo (regulado a través de normas que determinan y permiten la realización de conductas, por tanto, instrumento necesario para la consecución de sus fines¹⁰).

Dicho esto, ¿cómo debemos entender el injusto? el injusto

8 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 174.

9 JUÁREZ TAVARES, *Teoría del injusto penal*, p. 194: “El bien jurídico es una cualidad de valor, y, consecuentemente, se halla inserto en el amplio aspecto de la finalidad del conjunto del ordenamiento jurídico”.

10 ROBLES PLANAS señaló, con razón, que en la obra “Aproximación al Derecho penal contemporáneo” de SILVA SÁNCHEZ, se fusionó la idea de que la teoría de las normas no solo es un instrumento dogmático en sentido clásico, sino también un “marco dogmático de las consideraciones político-criminales”. ROBLES PLANAS, “Introducción

penal es concebido, en primer lugar, como expresión de una conducta antinormativa del sujeto¹¹. Como señala SILVA SÁNCHEZ: “considero que la Constitución del Estado social y democrático de derecho asigna a la pena una función preventiva. Consiguientemente, entiendo también que las normas penales (primarias) se configuran como imperativos dirigidos a motivar a los ciudadanos en contra de la realización de conductas delictivas. Todo ello condiciona de modo decisivo la determinación de cuál es la esencia de la antijuridicidad penal. En base a lo apuntado, me inclino por acoger la tesis de que lo injusto penal es, en principio, *el injusto de la conducta*”¹².

5. De esta forma, la conducta será típica (tipo del injusto) por el peligro¹³ que cause al bien jurídico (valoración *ex ante*). Sin embargo, ello no es suficiente para considerar que el curso causal y el resultado (real afectación al objeto material que representa al bien jurídico) quedan fuera del injusto. El injusto es también de resultado (caracterizado por la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, aunado a los elementos subjetivos)¹⁴. Como ha mencionado SILVA

a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, p. 21.

11 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 66: “Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo –que prescribe una actuación determinada- expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados”.

12 SILVA SÁNCHEZ, “‘*Aberratio ictus*’ e imputación objetiva”, p. 64. Respecto a la relación entre la teoría del delito y la norma, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, p. 39. Define a la teoría del delito como “teoría de la antinormatividad (infracción de directivas de conducta) y como teoría de la imputación de desestabilización de las expectativas asociadas a tales directivas”.

13 SOLA RECHE, “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”, s/n: “El rechazo de la peligrosidad de la conducta como elemento de necesaria concurrencia en la construcción del tipo de lo injusto, doloso o culposo, propiciaría la extralimitación de la legitimidad del Estado en el castigo de comportamientos”.

14 La Corte Suprema, mediante la Casación n° 13-2011-Arequipa, señaló que para definir el concepto de injusto es necesario tomar en consideración el desvalor que se hace de la conducta y también el desvalor de resultado. Este último es entendido como “el impacto en el bien jurídico tutelado, al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o

SÁNCHEZ, en el marco de la individualización judicial de la pena: “La disyuntiva entre ambos conceptos de injusto no me parece correcta. Consideramos, por el contrario, que existen relaciones cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo y el concepto empírico de injusto. Por un lado, la negación del Derecho tiene que ver con la lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, con la peligrosidad de las conductas, con la corresponsabilidad de la víctima, etc., lo que determina que el injusto empírico dé pie a muchos criterios de medición de la pena. Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto tiene graves dificultades para explicar todos los casos de injusto penalmente relevantes. Ello obliga probablemente a acoger un *concepto real de injusto* que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma)”¹⁵.

6. A modo de resumen, el Derecho penal cumple su misión de tutelar bienes jurídicos¹⁶ (con contenido material) a través de las normas. En otras palabras, la función tuitiva de bienes

al efectivamente dañarlo”. A ello también se ha denominado “antijuridicidad material”.

- 15 SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, p. 11.
- 16 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 339, 441 y 504: “Todo bien, para ser ‘jurídico’, requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso: si al Derecho en su conjunto, le competen funciones de protección social, este solo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañosidad social”. De otro lado, el mencionado jurista explica también el planteamiento de un sector de la doctrina, mediante el cual se sostiene que “no todas las normas jurídico-penales legítimas se basan en bienes jurídicos” (cita a ROXIN y a JAKOBS). Menciona que “aquí me interesa traer a colación el punto de partida de STRATENWERTH, a saber: la conveniencia de superar la idea liberal, que ve al sujeto como puro individuo (*homo oeconomicus*) al cual librar de las ataduras del Estado corporativo. Y la oportunidad de considerar la protección (no siempre penal) del sujeto como persona moral, esto es, ‘en sus creencias básicas que van más allá de su individualidad y que tienen que ver con su visión del mundo’. Si partimos de que esas creencias, como creencias compartidas, se acaban manifestando en las normas de conducta establecidas en una sociedad dada, no parece haber muchas dudas: o se protegen derechos subjetivos o, sencillamente, modelos de organización social”.

que tiene el Estado se realiza de modo indirecto por medio de dichos mensajes dirigidos a los ciudadanos (normas de conducta). De esta manera, mediante el concepto de injusto penal se desvalora tanto la realización de la conducta antinormativa como la puesta en peligro al bien jurídico.

II. SOBRE LOS FINES LEGITIMADORES DE LA PENA

7. El Derecho penal se legitima, entre otras razones, por los fines que pretende alcanzar a través de la pena¹⁷. Como menciona BACIGALUPO, “toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal”¹⁸. Con el transcurrir del tiempo e influenciados por el programa político adoptado por cada Estado y su efecto en el debate académico, los fines de la pena fueron cambiando, por lo que son verificables las diferencias entre las posiciones surgidas durante todo el proceso histórico¹⁹. Este frecuente cambio de perspectiva vino acompañado de un constante debate, orientado, como anota SILVA SÁNCHEZ: “a la necesidad de proceder a legitimar de algún modo la ‘causación del mal’ en que consiste esencialmente la pena”²⁰.

17 POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 103 y 113. Para dicho autor las teorías de la pena son en realidad teorías sobre la legitimidad del Derecho penal, posición que compartimos. Mencionado además que: “ningún Estado, ninguna sociedad, puede prescindir de su poder coercitivo (...), pues este es, sin duda, un medio (...) lícito y necesario para la consecución de un fin general: la seguridad jurídica”.

18 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 29 y ss.

19 Así, por ejemplo, basta recordar la denominada “lucha de escuelas”, protagonizada por quienes afirmaban la legitimidad de la pena a través de criterios basados en la “justicia” (Escuela Clásica) y, por otro lado, aquellos que proponían como único criterio legitimador a la “utilidad” (Escuela Positiva), para advertir lo intenso de este debate. Tales escuelas, en efecto, se enfrentaron en defensa de posturas basadas en distintas visiones de la pena, en donde, por un lado, la Escuela Clásica observaba a la pena como un “fin en sí misma” (teorías absolutas de la pena), mientras que, en el extremo opuesto, la Escuela Positiva argüía la vinculación de la pena a necesidades de carácter social (teorías relativas de la pena).

20 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 291.

De este modo, la legitimidad de la intervención punitiva se configura como un punto clave en el entendimiento de la función que debe desempeñar el Derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho. Es obvia la importancia del estudio de la legitimidad de la pena estatal, la cual no se circunscribe a meros debates teóricos sino que, por el contrario, tiene importantes efectos prácticos, alcanzando su influencia tanto en el ámbito legislativo (al permitir realizar un juicio crítico sobre la idoneidad de la pena prevista en un determinado tipo penal), como también en su determinación judicial (ya que la magnitud de la sanción estará de acuerdo a la concepción de la teoría de la pena que se adopte) y en la fase de ejecución de la pena (pues de acuerdo a la postura que se asuma se entenderá el contenido del denominado fin resocializador de la misma²¹). En buena cuenta, esta visión amplia del tema, se corresponde con lo afirmado, con razón, por GARCÍA CAVERO “la función de la pena debe informar todo el sistema penal”²².

8. A continuación se hará un repaso de los fines de la pena a partir del esquema tradicional: teorías absolutas y relativas de la pena. Más allá que la doctrina aclaró que estas posiciones han tenido, entre ellas, conexión, por lo que no son estrictamente teorías unilaterales²³.

21 GARCÍA CAVERO, “Acerca de la función de la pena”, p. 122.

22 GARCÍA CAVERO, “Acerca de la función de la pena”, p. 122.

23 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 320: “Últimamente, sin embargo, ha ido ganando la idea de que tal contraposición es, más bien, una simplificación esquemática de posturas que, en la práctica, se mostraban mucho más complejas y menos unilaterales. Concretamente se ha señalado que todos los clásicos señalados como ‘retribucionistas’ atribuían también al Derecho penal la misión de conseguir fines preventivos, mientras que los catalogados como ‘preventivistas’ también se mostraban próximos a los retribucionistas, como lo revelaba su distinción entre ‘fundamento jurídico’ y ‘función de la pena’. Si a ello se añade la existencia de

II.1. LA TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA

9. De modo general, a partir de una concepción de la pena basada en su efecto retributivo, se considera que la legitimidad de la sanción no se encuentra fuera de ella misma. Se afirma que el fin de la pena “se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo”²⁴, llegándose a afirmar que una “pena útil pero no justa, carecerá de legitimidad”²⁵.

Con esta teoría se concibe a la pena como acto de retribución o castigo por el mal delictivo que se ha producido²⁶, no encontrándose el sentido de la sanción en la persecución de algún fin socialmente útil. Dicho con otras palabras, según esta postura, la pena se entiende desvinculada de cualquier efecto social²⁷: “la pena ‘retribuye’ el delito, es decir, la pena es únicamente ‘castigo’ al delincuente por su delito: no desempeña ni persigue otra función (preventiva o social) ulterior”²⁸.

10. En sus inicios, la idea de la *retribución* fue concebida como una pura reacción frente al delito, en donde la cantidad y la calidad de la misma se fundamentaban en la entidad del daño objetivamente creado²⁹. De manera que la pena debía ser matemáticamente proporcional a la mayor o menor gravedad material del evento, criterio propio de la

numerosísimas propuestas en la línea de las ‘teorías de la unión’, podrá concluirse que el panorama resultaba significativamente más complejo de lo que puede mostrar la usual contraposición de teorías absolutas y relativas”.

24 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 47.

25 FERNÁNDEZ MUÑOZ, cit. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 47.

26 SILVA SÁNCHEZ afirma que: “las doctrinas retributivas no se han construido en torno a la víctima del delito, sino, más bien, a partir de la relación entre el hecho realizado por el autor y la norma”. SILVA SÁNCHEZ, “*Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’*”, p. 28.

27 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 82.

28 POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, p. 116.

29 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 48.

Ley del Tali3n: “Ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre”. Posteriormente, se desarroll3, gracias al aporte del cristianismo, el concepto de la *expiaci3n*. Dicho criterio, erigido sobre una base religiosa, se3alaba que la pena viene a ser la *expiaci3n* del pecado, en donde “la expurgaci3n del mal a trav3s del dolor otorg3 sentido a la pena que de esta manera redimía al hombre”³⁰. De otro lado, para fundamentar esta teoría, se plantearon propuestas que la relacionaron con el valor “Justicia” (KANT) o, en sentido normativo, con la necesidad de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídicoo (HEGEL)³¹.

11. En contra de esta teoría se han esgrimido distintas objeciones, las que son dominantes en doctrina. Por ejemplo, se3ala BACIGALUPO que la necesidad de ejecuci3n de la pena sin ninguna consideraci3n de sus consecuencias sociales choca con el sentimiento jurídicoo moderno³². Asimismo, se indica que las teorías retributivas confunden el medio con el fin, ya que la retribuci3n no es un fin de la pena, aunque posiblemente sí un componente de la misma³³.

Se dice que la sola teoría absoluta como fin de la pena no puede ser acogida en la actualidad ya que la consideraci3n de un orden social “racional” que puede ser restaurado con la pena, o la idea de justicia fundada en razones morales o religiosas, no se concilian con una realidad histórica que ha

30 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 49.

31 Cfr. OR3 SOSA, *Temas de Derecho Penal*, p. 71. Este autor resume la posici3n de ambos filósofos. Así, sostiene que KANT rechaz3 cualquier intento de justificar la pena en razones de utilidad social, ya que si el hombre es un “fin en sí mismo” no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. De ahí que la pena debiera ser impuesta aun cuando no fuese útil o necesaria para la comunidad. La pena se imponía entonces solo por el hecho de haber delinquido y más allá de cualquier otra consideraci3n. HEGEL, a su vez, desarrolla una fundamentaci3n dialéctica conocida: Si el delito cometido es la negaci3n del Derecho, la pena vendría a representar la negaci3n del delito y, por tanto —como negaci3n de la negaci3n—, la afirmaci3n del Derecho.

32 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 32.

33 POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, p. 122.

superado las bases del liberalismo decimonónico y con una concepción de Estado que marca las distancias entre la moral y el Derecho³⁴. La pena, cuando se la entiende como forma de expiación de las culpas, no puede encontrar terreno en el plano jurídico. Como indica ROXIN: “la idea misma de la retribución compensadora solo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”³⁵.

En este mismo sentido, el propio TC peruano en la STC n° 0019-2005-PI/TC (FJ.30), señaló que: “Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, conforme al cual ‘La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado’”.

Tal criterio ha sido reafirmado por el máximo intérprete de la Constitución en la STC n° 0014-2006-PI/TC (FJ. 6), en la cual indica que: “Este Tribunal STC n° 0019-2005-PI/TC (FJ. 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la teoría de la retribución absoluta, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: ‘ojo por ojo, diente por diente’. Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la

34 QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 121-122.

35 ROXIN, “Sentido y límites de la pena estatal”, p. 14.

dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual “[L]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

12. No obstante, un sector de la doctrina aprecia que la retribución, entendida como el “justo criterio de distribución y de aplicación de la sanción”, es el fundamento de la pena³⁶. Al respecto, RIGUI sostiene: “A pesar de las críticas, no se puede negar que la teoría retributiva: i) puso de manifiesto que el autor de un delito no debe dejar de ser considerado una persona, impuso el deber de no tratarlo como objeto de derecho de cosas, ii) concibió a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableció un límite a la pretensión punitiva estatal”³⁷.

FERRAJOLI menciona: “Retribución, –escribe incisivamente ALF ROSS– es, por definición, prevención. Pero no necesariamente lo contrario, dado que se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, si bien está implicado por el principio retributivo, no lo implica a su vez, pudiendo quedar satisfecho también por el castigo terrorista del inocente. La garantía del carácter retributivo de la pena –en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)– sirve precisamente para

36 Señala SILVA SÁNCHEZ de modo crítico con quienes consideran que el fin retribucionista de la pena tuvo un papel importante luego de la segunda posguerra mundial: “una contemplación superficial del problema podría mostrar que en ella [segunda posguerra mundial] la concepción retribucionista ocupó un papel fundamental. Así, no es infrecuente leer que en tal momento histórico, por razones en cierto modo comprensibles, la misma adquiere una auténtica presencia en la realidad jurídica (...). Se alude concretamente, a la voluntad de contrarrestar los excesos utilitaristas que se había sufrido en Alemania, especialmente de manos del régimen nacionalsocialista (...)”. Opina SILVA SÁNCHEZ que: “Desde el momento en que la pena ‘retributiva’ no aparezca justificada por sí misma de modo absoluto, sino por los efectos psicosociales que pueda producir, ya no podrá hablarse de ‘retribución’ en sentido estricto, sino, como máximo, de ‘prevención a través de la retribución’”. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 327 y 329.

37 RIGUI, *La culpabilidad en materia penal*, p. 41.

excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente, aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito”³⁸.

De esta forma, la pena como retribución por el hecho causado (sanción proporcional al daño social ocasionado), se convierte en límite a cualquier pretensión utilitarista del Derecho penal, que pretenda la instrumentalización del ser humano³⁹. Si bien compartimos esta posición; sin embargo, la mirada “hacia el pasado” no es suficiente para legitimar la injerencia estatal en la esfera de libertad de los ciudadanos a través de la pena. Por medio de dicha sanción se busca también la prevención de delitos⁴⁰. De tal manera que la perspectiva debe ser también prospectiva⁴¹. Sobre esta última perspectiva nos referiremos de inmediato.

38 FERRAJOLI, *Derecho y razón, teoría del Garantismo penal*, p. 369.

39 BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, p. 61: “existe cierto consenso en entender que la teoría absoluta tiene un alcance liberal positivo, a saber, la idea de proscripción incondicionada de la instrumentalización del ser humano en la consecución de fines a él trascendentes; además de la garantía liberal de exigir una relación de proporcionalidad o equivalencia entre el delito y la cuantía de la pena que se le asigna (...), no es posible constatar en la doctrina una concepción pura de retribución, sino que esta es defendida en la actualidad dentro de un contexto dominado esencialmente por la idea de prevención, asignándole a la retribución una funcionalidad conjunta a otros fines y especialmente vinculada a un cometido de garantía (...). Así, hoy en día, la retribución (...) es entendida mayoritariamente por sus partidarios como una exigencia de equivalencia o proporcionalidad entre pena e injusto culpable y, por ello, como un límite político-criminal respecto de pretensiones preventivas”.

40 VON HIRSCH, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, p. 126, “una justificación convincente de la existencia de la pena debe dejar de lado esta dicotomía; esto es, ha de estar fundamentada tanto en valoraciones morales retrospectivas como en consideraciones atinentes a las consecuencias”.

41 VON HIRSCH, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, p. 125. De modo descriptivo indica que “[E]n un Estado moderno, cuya finalidad última es asegurar las mejores condiciones de vida para sus ciudadanos, las teorías relativas se consideran con bastante frecuencia como el único modelo válido de pena. Las teorías absolutas de la pena, por el contrario, no están orientadas a las consecuencias, por ello sus conceptos se desprenden de postulados abstractos y verdades morales universales, alejados de la vida cotidiana”.

II. 2. TEORÍAS RELATIVAS

13. Para estas teorías, el fin de la pena no se agota en la propia retribución del delito cometido, por el contrario, se proyecta socialmente con un efecto preventivo de nuevos delitos⁴².

A. Prevención general

Esta teoría presenta dos variantes: la negativa y la positiva. En su vertiente negativa, encabezada por FEUERBACH, se presentaba a la pena como una amenaza (intimidación) dirigida a todos los ciudadanos. Se buscó que la conminación legal del delito ejerza un influjo inhibitorio dirigido a la generalidad a fin de evitar la criminalidad. En otras palabras, la pena, según esta teoría, sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad de que no cometan delitos, de acuerdo a ello, la prevención actúa frente a la colectividad amenazando a sus integrantes.

Se afirma que el fin preventivo general negativo intimidatorio, basado en la “coacción psicológica” y dirigido al delincuente como sujeto racional es criticable pues supondría aceptar la teoría del Derecho penal asentada en la “utilidad subjetiva que cada delito reporta al que lo comete y no sobre la magnitud objetiva del daño que dicho delito causa”⁴³, abriendo el camino hacia el incremento desmedido de la pena a fin de aminorar la expectativa del beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal⁴⁴. Lo real, como apunta SILVA SÁNCHEZ, es

42 El “paradigma” de la prevención se ha impuesto en la sociedad contemporánea, como explica GARCÍA-PABLOS, “desde un punto de vista etiológico, [la pena se enfrenta] demasiado tarde al problema criminal (presuponen la desviación primaria). Sin embargo tiene también interés en orden a la prevención (recte: de la reincidencia) por dos razones fundamentales: porque se dirigen a un colectivo perfectamente identificado cuyo perfil se conoce; y por muy elevadas tasas de reincidencia que este exhibe”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Sobre los modelos teóricos de prevención del delito”, p. 212. Sobre este tema, más en BUENO ARÚS, *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, pp. 49-56.

43 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 495.

44 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 51. Menciona que a esta

que la norma “trata de disuadir al delincuente de la realización del hecho. Pero esta labor la lleva a cabo mediante penas que guardan relación con el hecho (y no con la utilidad subjetiva) y que, desde luego, no se han calculado teniendo en cuenta la denominada ‘ecuación de la intimidación’”⁴⁵.

Al respecto, HÖRNLE critica el fin disuasorio de la pena indicando que “los jueces no deberían tener permitido aumentar las penas en base a creencias personales científicamente infundadas sobre la disuasión”⁴⁶. En esa línea, ROBINSON señala los problemas del efecto “disuasorio” de la pena: i) El delincuente potencial no conoce de modo directo ni indirecto la ley que pretende influirle, pues “la gente asume que el Derecho es como ellos piensan que debe ser, de modo que asumen la existencia de normas de Derecho penal que se corresponden con sus propias intuiciones de justicia”; ii) Aun conociendo las normas, el sujeto puede o no tomar una decisión delictiva, pues “[M]ucho depende del contexto concreto en el que surge la necesidad de tomar una decisión (...). Los efectos relacionados con la concreta personalidad de quien tiene una tendencia delictiva y las circunstancias en las que se toman las decisiones hacen que sea difícil tomar decisiones racionales acerca del delito; y iii) Si los dos requisitos anteriores se cumplen, el fin disuasorio conlleva que en el análisis costo-beneficio del delito, el

postura se le critica el hecho de que utilice al hombre como un instrumento de la pena, en tanto no se le castiga por el ilícito cometido, sino para ser “ejemplo” a fin que todos los demás no delincan. Asimismo, se señala que tal teoría puede llegar a extremos de producir un verdadero terror penal, pues mientras más fuerte sea la amenaza, más fuerte, en consecuencia, deberá de ser la pena. CASTILLO ALVA, “Fines de la pena”, p. 247. Indica que a la intimidación le falta la fuerza de la formación moral, de manera que si bien puede utilizarse durante un tiempo, “a la larga solamente amarga y endurece a la sociedad”. Y es que un adecuado programa político criminal no puede basarse en un modelo de *lucha* contra el delito mediante penas graves o elevadas. El sistema penal tiene que ser justo y eficiente capaz de reaccionar con prontitud frente al delito”.

45 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 496.

46 HÖRNLE, “Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena”, p. 36.

delincuente potencial encuentre el primer elemento superior al segundo, pero ello no suele pasar”⁴⁷.

Por otro lado, desde una perspectiva de prevención general positiva, se busca, sobre la base de los parámetros de un Estado social y democrático de derecho, dirigirse a la colectividad para producir en ella la fidelidad e interés hacia la fuerza y eficacia de la pena hallada en la sentencia⁴⁸. Ello, con el fin de que la ciudadanía crea y confíe en sus instituciones. En este sentido, ROXIN identifica tres fines y efectos distintos: “el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción”⁴⁹.

Por su parte, BACIGALUPO, describiendo la citada teoría, indica que “(...) se postula en la actualidad que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, ‘la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social’”, o sea, “la

47 ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, pp. 54-79. Sobre esta obra, vid. RODRIGUEZ HORCAJO, “Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas? Recensión a ROBINSON, P. H., *Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished how much?* Nueva York (Oxford University Press), 2008, 267 pp.”, en *InDret* (4), 2012. Asimismo, BESIO HERNANDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, pp. 69-70: “Desde el plano empírico se cuestionan tanto los supuestos de que parte la prevención general negativa como sus resultados, esto es, su eficacia e idoneidad en la consecución de sus objetivos. Así, se sostiene que es poco probable –o, en fin, imposible– que la generalidad de los individuos conozca efectivamente las normas jurídico penales (presupuesto de la intimidación), que aunque las conozca es improbable que el individuo actúe racionalizando las ventajas y costes de una futura acción delictiva y que, en definitiva, la amenaza penal no sería idónea para la disuasión en la medida de que en el proceso de decisión delictiva suelen tener más importancia otro tipo de factores, de diversa índole, como los personales y las consecuencias próximas derivadas del delito”.

48 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 59.

49 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 91-92.

afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales”. Agrega que la tarea del Derecho penal es el “mantenimiento de la norma”, como “modelo orientador del contacto social” y que “el contenido de la pena, por tanto es el rechazo de la desautorización de la norma”⁵⁰.

Explicando esta posición, SILVA SÁNCHEZ sostiene que “la pena tiene un significado, que es la contradicción de la negación de la vigencia de la norma, representada por el delito. Pero también tiene un fin, que es la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma para producir una confianza real y no meramente contrafáctica. La imposición del ‘dolor penal’ tiene, por tanto, el fin de producir confianza real en que algunos se abstendrán de delinquir. Sin embargo, para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, que cumpla un fin de prevención general disuasoria). Algo que, sin embargo, debe tener lugar en el marco de lo proporcionado al daño producido por el delito”⁵¹.

JAKOBS, en una perspectiva funcional-normativa, desarrolla la misión de la pena indicando que “(...) los destinatarios de la pena no son solo –ni siquiera lo son en primera línea– el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de estas deben conservar su fidelidad al derecho y su confianza en la norma. Se habla de prevención general positiva porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la

50 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 38.

51 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 498. Quien a modo de resumen menciona que la lógica de la prevención general positiva “identifica la pena como el mensaje comunicativo que expresa, imponiendo un mal al infractor, que la sociedad sigue confiando en la norma vulnerada”. También en SILVA SÁNCHEZ, “*Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, p. 33.

norma como esquema de orientación: prevención”⁵².

En resumen, el carácter “preventivo general positivo” de la pena es tal, nos dice JAKOBS, no porque alcanza sus efectos en gran número de cabezas (conforme a la concepción tradicional⁵³), sino “porque garantiza lo general, esto es, la configuración de la comunicación”⁵⁴. Por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo con la pena, sino “porque esta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”⁵⁵.

Esta posición funcionalista de JAKOBS se ha visto criticada. Así, se ha dicho que esta teoría centra la función de la pena en la vigencia de la norma, independientemente de si aquella norma resulta legítima o no, de manera que la pena podría cumplir la misma función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario.

Con todo, la pena no se legitima solamente por buscar alcanzar un fin preventivo, sino también por orientar el trabajo legislativo y judicial a regular e imponer, respectivamente, una pena justa.

52 JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 43.

53 El concepto tradicional de lo “preventivo general positivo” alude, en mayor o menor medida, a la colectividad, ya sea para fomentar la protección del ético mínimo de la sociedad, tal como sostuvo en su momento WELZEL. Cfr. GARCÍA CAVERO, “Sobre la función de la pena”, p. 129.

54 JAKOBS, “Sobre la teoría de la pena”, p. 75.

55 Por otro lado, LESCH, discípulo de JAKOBS, asume una postura retributiva-funcional. Así, considera que “en efecto, no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde el fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no solo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Es absoluta, porque se pena *quia peccatum est* y no *ne peccetur*. Es relativa, porque esa punición no es absoluta *ab effectu*, no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. Esto es lo único que respeta el principio de culpabilidad: el autor responde solo por su culpabilidad. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden (...)”. LESCH, *La función de la pena*, pp. 45 y ss.

Es cierto que la función comunicativa de la pena muchas veces no logra conducir eficazmente a la disuasión y consenso, sin embargo, tal carácter simbólico de la medida no es suficiente para renunciar a ella, tampoco para deslegitimarla.

Toda política criminal, respetuosa de los principios de un Estado social y democrático de derecho, no debe abandonar el “norte” preventivo de la sanción, resaltar su utilidad en una sociedad que espera que el sistema penal se corresponda con la realidad y la necesidad de seguridad. Claro está, la consecución de dicho fin no puede llevarnos a otorgar “carta blanca” al Estado para imponer medidas drásticas, deshumanizantes.

B. Prevención especial

Esta teoría considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir de manera directa sobre el agente. De esta forma, el efecto comunicativo de la sanción no se dirige a la comunidad, sino al individuo mismo, centrándose en el momento de la imposición y de la ejecución de la pena⁵⁶. Esta corriente, en su origen, fue una reacción contra los planteamientos retribucionistas que, según refiere GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁵⁷, eran incapaces de frenar el auge de la criminalidad. Entre las principales posturas tenemos lo propuesto por VON LISZT, en su Programa de Marburgo de 1882, quien entendió, en base a las características del delincuente, que la función preventiva especial de la pena se expresa en la intimidación, corrección e inocuización⁵⁸. De acuerdo con ello, según describe MIR PUIG, se presentó un programa político-criminal en el que la prevención especial cumple su finalidad de forma distinta, según las tres categorías de delincuentes que “muestra la criminología”: frente al delincuente ocasional, la pena constituye un recordatorio que lo inhibe de ulteriores delitos; frente al delincuente no ocasional pero corregible, debe perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución

56 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 61-62.

57 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Parte General*, p. 238.

58 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, p. 62.

de la pena; y frente al delincuente habitual incorregible, la pena debe conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo⁵⁹.

En la actualidad, se afirma que el fin preventivo especial será positivo o no según la característica que se le dé a la pena: si es resocializadora, el fin será positivo. De otro lado, si la sanción solo busca la intimidación del delincuente, la finalidad será negativa. Con mayor detalle, se puede decir que si la pena a imponerse a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo pretende, mediante la presentación de alternativas de socialización⁶⁰, que el delincuente no repita su conducta criminal, la finalidad será positiva⁶¹. En cambio, si la pena solo aleja al delincuente de la sociedad, entonces, lo que en realidad se buscará con la sanción será su inocuización. Esta perspectiva puramente negativa del fin preventivo especial de la pena es –hay que decirlo– consecuente con la realidad penitenciaria de muchos países, en el que el fin resocializador de la sanción viene a ser una utopía⁶².

-
- 59 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 91-92. También, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Parte General*, p. 240.
- 60 LLOBET ANGLÍ, *Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, p. 193. Quien apunta que resocializar implica “que en un futuro un sujeto no vuelva a cometer delitos en la sociedad con independencia de que piense en su foro interno de una manera u otra”.
- 61 Al respecto, sostiene CAMARGO lo siguiente: “creemos que el fundamento o razón de ser de este instituto se encuentra en que, el que después de haber cumplido una condena, ha observado buena corrección, puede exigir que se le dé toda clase de facilidades para que persevere en la línea de conducta mantenida. Como consecuencia, es evidente que constituye una verdadera obligación por parte del Estado el hacer desaparecer toda clase de obstáculos que se opongan al normal desenvolvimiento, del que así ha demostrado su corrección”. CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La rehabilitación*, p. 28. ACALE afirma que si bien las penas podrán tener otras finalidades, distintas a la resocialización; sin embargo, en ningún caso, estas otras finalidades podrán contraponerse a la reinserción social. Esta será el límite de la prevención general. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, p. 320.
- 62 HÖRNLE considera que “en la práctica, de hecho, una aproximación preventiva especial conduce, sobre todo, a penas altas. Cuando se valora la biografía del delincuente, las

Con relación al fin preventivo especial negativo de la pena, debe apreciarse que toda sanción penal es, por definición, inocuizadora (al delincuente se le priva de derechos mientras dure la condena). No obstante, como señala SILVA SÁNCHEZ, no es razonable que “por unas eventuales necesidades de aseguramiento de la colectividad frente al delincuente” se permita “desbordar los límites marcados por las necesidades de prevención general, en combinación con los debidos a la proporcionalidad, [por ese motivo, no cabe] una configuración puramente asegurativa/inocuizadora del contenido de las penas privativas de libertad ni de las medidas de seguridad, puesto que la Constitución establece una orientación de las mismas a la reeducación y reinserción social”⁶³. De esta manera, el delincuente no será tratado como un objeto, sino como un sujeto de la sanción.

La teoría del fin preventivo especial positivo de la pena también ha sido objeto de crítica. Se cuestiona que la realización de la resocialización del delincuente está limitada, en un Estado democrático, a la voluntad del condenado⁶⁴, por lo que su consecución es incierta⁶⁵ (como sucede en el caso de los delincuentes

cortes ponen duro énfasis en los antecedentes e incrementan las penas acorde a ello. Las penas más altas para reincidentes, probablemente son, en cierta medida, una expresión de desamparo, pero también parte de una estrategia de neutralización, esto es, de prevención especial: delincuentes reincidentes reciben sustancialmente tiempos más largos de encarcelamiento para ‘mantenerlos encerrados por seguridad’. Esto es especialmente problemático cuando el crimen por el cual condenan al delincuente no es un delito serio, solamente la repetición de un delito de relativamente menor importancia que, en sí mismo, no justificaría un largo plazo de encarcelamiento”. HÖRNLE, “Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena”, p. 32.

63 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 488-489. También, QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho penal*, p. 552. Sostienen que si el Derecho penal pretende proteger a la sociedad y al individuo, la aplicación de la pena “solo podrá aceptarse cuando sea imprescindible”.

64 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 64.

65 POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 128-129. El citado autor critica severamente a la legislación punitiva peruana, pues con “ausencia de un claro programa dogmático y político-criminal, considera la resocialización como la función de la pena”.

por convicción⁶⁶). Consideramos que no existe duda de que la posibilidad de consecución de la finalidad resocializadora no es segura. Sin embargo, este argumento no es suficiente para suspender todo programa que pretenda alcanzarla ni para deslegitimar la pena⁶⁷. Orientar la política penitenciaria a la resocialización del delincuente (brindando las condiciones necesarias para alcanzar dicho objetivo) es una tarea irrenunciable que dignifica al ser humano y expresa la existencia de un modelo de Estado garantista⁶⁸. También resulta irrenunciable considerar que el condenado (en tanto sujeto de derechos y deberes) tiene un compromiso en torno a su resocialización⁶⁹: de adaptar su

-
- 66 En cuanto al delincuente por convicción, RADBRUCH sostuvo que dicha persona debe experimentar un tratamiento especial. No está en juego un criterio ético, sino, antes bien, un puro criterio político-criminal. Decisiva es la consideración de que ciertos fines de la pena tienen que ser descartados frente al delincuente por convicción. Tal vez sea pertinente convencerlo de algo mejor; pero pretender “mejorarlo”, eso “nunca jamás”. RADBRUCH, “El delincuente por convicción”, p. 3. Al respecto, vid. BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, p. 82. CARUSO, por su parte, sostiene que “la incapacitación del delincuente incorregible, que conceptualmente proviene de las propuestas de VON LISZT, es una técnica social de intervención contra los delincuentes propia de un Estado totalitario”. CARUSO FONTÁN, *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de política criminal*, p. 127.
- 67 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, p. 710. Quien cita a SCHALL-SCHREIBAUER: “Una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad”.
- 68 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 34. Afirma que en tanto la pena privativa de libertad siga siendo necesaria, “no podrá renunciarse a la resocialización”. Aun más, “ni siquiera aunque las estadísticas, por otro lado todavía pendientes de interpretación definitiva, pongan de relieve la extrema dificultad de la consecución del objetivo resocializador. Se trata, pues, de decidir cómo habrá de configurarse esa propuesta resocializadora, ya no entendida como principio legitimador fundamental, pero sí como tarea irrenunciable, para no vulnerar los derechos individuales del sujeto delincuente”.
- 69 En esa línea, ROXIN se muestra en contra de una visión pasiva del comportamiento del condenado, frente a la finalidad de resocialización que tiene la pena. Dice el jurista alemán que el condenado “no es ya mero objeto de castigo (...) sino que posee más y

conducta al orden jurídico⁷⁰. No obstante, las convicciones personales del sujeto deben ser respetadas⁷¹. Precisamente, todo programa resocializador debe ser voluntario y condicionado al consentimiento de quien cumple una condena⁷². Si dicha persona es renuente a cumplir con esta tarea, deberá asumir las consecuencias que el propio sistema jurídico establece para estas situaciones (por ejemplo, el no otorgamiento de beneficios penitenciarios o la agravación de la pena por la comisión de un segundo delito), dentro del marco de la razonabilidad y de la proporcionalidad.

II.3. TEORÍAS MIXTAS

14. Esta teoría, dominante en la legislación comparada, reúne aquellas características de las posturas ya comentadas⁷³.

más chances de convertirse en sujeto y co-organizador de la realización de la sanción. El fenómeno del castigo ya no es, exclusivamente, una imposición de la autoridad; él contiene muchos llamados a la iniciativa propia del condenado y se convierte así en una ayuda para la auto-ayuda". ROXIN, Claus, "Transformaciones de la teoría de los fines de la pena", p. 225.

- 70 En contra, PALERMO, "Reincidencia, injusto y culpabilidad", p. 172. Quien afirma que "si el autor tiene un 'deber de resocializarse', se lo deja de lado como persona libre y autónoma y se lo somete a un proceso de control estatal que lo sustrae de su propia responsabilidad". Asimismo, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC sostienen que el principio de resocialización "no tiene como contrapartida un deber; es decir, el penado no está obligado a resocializarse, la resocialización no puede ni debe imponerse por la fuerza, no solo porque las posibilidades de alcanzar dicha resocialización contra el deseo y sin la colaboración del condenado son menos que remotas, sino por suponer un atropello a la libertad y a la dignidad del ser humano". ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, p. 193.
- 71 Resocializar no significa hacer prevalecer un pensamiento sobre otro. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, p. 324.
- 72 Cfr. PAWLİK, *La pena retributiva y el concepto de delito*, pp. 107-108.
- 73 BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, p. 83: "Es común a estas teorías la adopción de un fundamento utilitarista de justificación de la existencia e intervención del Derecho penal, asociado a la protección de la sociedad por medio de la evitación de delitos, lo que ha llevado a la exclusión del fundamento retribucionista en su versión clásica, pero incorporándolo como límite-

De esta forma se identifica a la pena como justa y útil. Se considera que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo y, a su vez, evitar la comisión de nuevos delitos⁷⁴. Entre las principales posiciones se puede encontrar a la teoría unificadora dialéctica de ROXIN, la cual se desarrolla en tres fases: a) Conminación (en donde prima la función preventivo general de la pena pues mediante ella se busca la protección de bienes jurídicos y realizar las prestaciones públicas imprescindibles para la sociedad); b) Aplicación judicial (en donde prima el fin retributivo de la pena –pena justa– sin dejar de lado al fin preventivo general y especial de la sanción penal); y c) Ejecución de la pena (con la pena se tiende a la resocialización del delincuente). Así, a criterio del mencionado autor, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día “consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción”⁷⁵.

Así también lo reconoce el TC peruano cuando señala, en la sentencia recaída en STC n° 0019-2005-PI/TC (FJ. 37-38), que: “Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre

garantía de dicha intervención. Las tesis preventivas, consecuencialmente, son las que adquieren el mayor protagonismo, aunque en diferentes manifestaciones y versiones, dependiendo de las disímiles concepciones adoptadas”.

74 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 65.

75 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 95.

es que la pretensión de que esta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a este en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática”.

15. De este modo, creemos que el TC peruano ha aceptado que las teorías en su conjunto (retributiva, prevención especial, prevención general en sus dos vertientes) legitiman la intervención de la pena estatal al interior de la esfera de libertades de la persona humana. Por ello, la teoría unificadora es la que verdaderamente legitima la pena estatal interior de un Estado democrático y constitucional de derecho.

III. TOMA DE POSTURA

16. La pena es vista como un recurso necesario para la satisfacción de la función social que tiene el Derecho penal. Así, el Derecho penal, a través de la pena, busca la “prevención justa” de delitos⁷⁶. De esta manera, la pena mira “hacia el pasado” (desvalorando el injusto culpable) y “hacia el futuro” (orientada a la evitación de comportamientos delictivos).

76 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 491.

La mirada “hacia el pasado” debe ser entendida como aquella respuesta proporcional al hecho cometido. Con ello, la reacción del Estado y los fines preventivos que se quieran alcanzar a través de la pena, estarán limitadas por el grado de responsabilidad por el hecho (no de la personalidad ni de la tendencia interna del autor) realizado por el agente⁷⁷.

Con la pena justa también se pretende evitar comportamientos disvaliosos. En efecto, como señala VON HIRSCH: “el reproche mediante la pena desempeña aun otro cometido, pues también se dirige a terceros, es decir, a otros miembros de la comunidad estatal a los que suministra razones normativas para omitir este tipo de comportamientos. De modo distinto a lo que ocurre con el reproche en un contexto cotidiano, el Derecho penal les informa de que determinados tipos de comportamiento son punibles (...). Esta información no es necesariamente una relativa a lo equivocado del comportamiento, algo que comparte la mayoría, o al menos gran parte, de los destinatarios. El reproche que contiene la sanción se dirige sobre todo al intelecto del ciudadano con el fin de apelar a lo injusto del comportamiento y darle de este modo una razón para omitir este tipo de conductas”⁷⁸.

Esta orientación preventiva de la pena⁷⁹ se encuentra, como se anotó antes, limitada. Mejor dicho, el Derecho penal se

77 VON HIRSCH, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, p. 140. Sostiene que “una desventaja esencial de las justificaciones puramente preventivas es su incapacidad para fundamentar adecuadamente la limitación de la responsabilidad penal y de la mediación de la pena mediante la culpabilidad. De ser útiles a los fines preventivos habría que admitir la responsabilidad sin culpabilidad y las sanciones desproporcionadas. Una ventaja decisiva del modelo orientado al reproche consiste en que (...) ofrece una fundamentación de estos límites”.

78 VON HIRSCH, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, p. 134.

79 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 496-497. La pena tiene una triple dimensión comunicativa: anuncia al condenado que las consecuencias de su comportamiento desviado no es producto del azar o de la naturaleza, sino de una decisión libre, de la cual es responsable. A la víctima se le manifiesta que no tiene responsabilidad por lo ocurrido y a la sociedad se la “estabiliza” en términos simbólicos, al reforzarse –con la pena, producto de un proceso debido– la vigencia

autolimita. Anota SILVA SÁNCHEZ que el Estado “renuncia a obtener la prevención a cualquier precio, comprometiéndose con el respeto a una serie de garantías individuales básicas. La tensión entre la vocación de prevención y la de garantía, entre la pretensión de proporcionar seguridad y la de garantizar libertad, me sigue pareciendo, por tanto, una adecuada descripción del ser (y del deber ser) del Derecho penal”⁸⁰.

17. Asumimos una concepción ecléctica de los fines de la sanción penal. Consideramos que la legitimidad de la pena se basa en que con ella, en primer lugar, se pretende dar una respuesta ajustada precisamente al grado de ofensividad causado por el agente⁸¹. La pena también se adecua al grado de exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. La culpabilidad es graduable conforme al nivel de merecimiento de una mayor sanción penal en virtud de la especial situación del sujeto frente al sistema jurídico.

En segundo lugar, desde el plano preventivo, la sanción busca dar un mensaje a la comunidad a efectos de asegurar la confianza en el sistema jurídico y disuadir a los ciudadanos respecto a las consecuencias penales por esta expresión de una infidelidad al derecho. De otro lado, la pena lógicamente también va dirigida al condenado. El Estado no puede dejar de orientar la ejecución de la sanción penal hacia la prevención especial⁸². Se trata de un objetivo legítimo,

de la norma. Con la pena se busca también la disuasión frente a los delincuentes potenciales. De esta forma, resulta inseparable, cuando hablamos de los fines de la pena, la noción de “disuasión” y de “estabilización social”.

80 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 491

81 VON HIRSCH, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, p. 132: “las justificaciones de la institución de la pena orientadas al reproche son aquellas que consideran como elemento central de esta institución la desaprobación, esto es, su cometido de formular un reproche referido a un determinado comportamiento. La sanción penal expresa públicamente esta censura”.

82 Sin negar que la realización de un proceso debido coadyuva al fin de lograr la prevención justa de delitos. El proceso es un medio, cierto que imperfecto, pero

que no solo responde a un interés social de evitación de comportamientos delictivos respecto de dicha persona en concreto, sino del respeto al condenado precisamente como “persona”, como sujeto de derechos y de deberes, y no como un “objeto” del sistema penal.

En la práctica, los diversos problemas empíricos y normativos a los que se enfrenta esta posición ecléctica, no hacen sino de este modelo uno imperfecto. Y es así pues, mediante la norma, se pretende regular la conducta humana, la misma que se encuentra influenciada por razones ajenas a aspectos bio-psíquicos. A pesar de la “imperfección” del modelo, consideramos que un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho no puede abandonar su rol social. Y ello importa no solo en que se debe buscar a través de la pena la prevención de delitos, sino también orientar la sanción a la justicia.

irrenunciable hacia la búsqueda de solución de conflictos y así alcanzar la justicia. Y, en esa medida, lo que ocurra durante su tramitación reforzará la confianza en el sistema penal y legitimará materialmente la propia sanción penal. Empíricamente, existe una mayor probabilidad de consecución del fin resocializador cuando la pena impuesta al condenado fue producto de una sanción justa a diferencia de aquella obtenida como parte del desarrollo de un proceso abusivo. Y es que finalmente el proceso penal también comunica, tal etapa también cumple una función social (ciertamente limitada a sus fines inmediatos –resolver el conflicto– y a su propia naturaleza –por ejemplo, las medidas cautelares personales no se aplican ni se deben aplicar en virtud de alcanzar con ellas la prevención de delitos).

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Pamplona, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, ¿Lesión de bien jurídico o como lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, Lima, 2003.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, 1999.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, 2011.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La rehabilitación*, Barcelona, 1960.

CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de JAKOBS”, en *Themis. Revista de Derecho* (35), Lima, 1997.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Presentación de: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Lima, 2000.

CARUSO FONTÁN, María Viviana, *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de política criminal*, Valencia, 2014.

CASTILLO ALVA, José Luis, “Fines de la pena y de la medida de seguridad”, en *Código Penal Comentado*, tomo I, *Título Preliminar*, Lima, 2004.

COUSO SALAS, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de la culpabilidad*, Valencia, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy, “Acerca de la función de la pena”, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre los modelos teóricos de prevención del delito”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, Lima, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una introducción sus fundamentos teóricos*, 6ª edición, Valencia, 2007.

HÖRNLE, Tatjana, “Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena” (trad. FRANCHINI), en *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2003.

JAKOBS, Günther, “Sobre la teoría de la pena” (trad. CANCIO MELIÁ), en *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima, 2000.

JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad* (trad. CANCIO MELIÁ / FEIJÓO SÁNCHEZ), Madrid, 2006.

JUAREZ TAVARES, Xavier, *Teoría del injusto penal*, Buenos Aires-Montevideo, 2010.

LESCH, Heiko Harmurt, *La función de la pena* (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Madrid, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *InDret* (3), 2012.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, Tesis doctoral UPF, Barcelona, 2008.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en *Revista Derecho*, Valdivia, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Valencia, 2013.

MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *RECPC* (2), 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016.

ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, Valencia, 2016.

PALERMO, Omar, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES, Francisco (coord.), *Reincidencia y concursos de delito. Reiteración delictiva*, Buenos Aires-Montevideo, 2016.

PAWLIK, Michael, “La pena retributiva y el concepto de delito” (trad. González Rivero), en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Barcelona, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Buenos Aires, 2000.

POLAINO ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho Penal*, tomo II, Bogotá, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Navarra, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, *Parte General del Derecho penal*, Navarra, 2015.

RADBRUCH, Gustav, “El delincuente por convicción” (trad. Guzmán Dalbora), en *RECPC* (7), 2005.

RIGUI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Buenos Aires, 2003.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. CANCIO MELIÁ / ORTIZ DE URBINA GIMENO), Barcelona, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo, Introducción a la edición española. “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012.

RODRÍGUEZ HORCAJO, Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas? Recensión a ROBINSON, P. H., *Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished how much?* Nueva York (Oxford University Press), 2008 en *InDret* (4), 2012.

ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal” (trad. LUZÓN PEÑA), en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, (trad., de la 2ª edición alemana de 1991 y notas por LUZÓN PEÑA / GARCÍA CONLLEDO / DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, en LASCANO, Carlos Julio (dir.), *Libro homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2001.

SEHER, Gerhard, “¿Puede ser ‘subsidiario’ el Derecho penal? Aporías de un principio ‘indiscutido’”, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus*’ e imputación objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret* (2), 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Nullum crimen sine poena*? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.

SOLA RECHE, Esteban, “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”. Disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46448.pdf>.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006.

VON HIRSCH, Andrew, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena” (trad. NIETO MARTÍN), en ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, ULFRIED y NIETO MARTÍN, Adán, *Crítica o justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

I. APUNTE PREVIO

La potestad que tiene el Estado de ejercer el poder penal se encuentra limitada por los principios político criminales. Estos principios responden al modelo de Estado social y democrático de derecho, que es reconocido por la Carta Fundamental (art. 43). A continuación abordaremos algunos de estos principios: el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y lesividad.

II. ANÁLISIS

II.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A. Fundamento

1. El nacimiento del principio de legalidad es producto de la Ilustración e inherente al Estado de Derecho¹. Desde un inicio se estableció como un límite al poder coercitivo del Estado, asegurando la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana². El principio de legalidad fue concebido no

¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Parte General*, p. 426.

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Parte General*, p. 428: “Para el pensamiento ilustrado, una regulación de las relaciones entre los hombres, para ser racional, ha de sustraerse a la voluntad caprichosa de un individuo; ha de ser igual para todos; ha de tener su origen en la voluntad general; ha de contemplar; según señala ROUSSEAU, a los individuos en masa y las acciones en abstracto, y ha de ser, por último, clara y

- solo como una exigencia de seguridad jurídica, que requiera únicamente la posibilidad de un conocimiento previo de los delitos y las penas³, sino también como una garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces “a penas que no admita el pueblo”⁴.
2. Por otro lado, se ha entendido que el principio de legalidad es un derivado del principio de culpabilidad, pues “si la culpabilidad requiere que el autor haya conocido (o al menos podido conocer) la norma vulnerada, ello solo sería posible, se afirma, si el hecho punible está contenido en una ley”⁵. Sin embargo, tal posición ha sido criticada por quienes estiman que el principio de culpabilidad no abarca el conocimiento de las consecuencias jurídicas (solo la capacidad de conocer y de actuar conforme a dicho conocimiento), mientras que el principio de legalidad sí⁶.
 3. Con todo, el principio de legalidad es consecuencia del principio democrático⁷, siendo presupuesto necesario para toda intervención estatal en los derechos de los ciudadanos.

comprensible para todos aquellos a quienes se dirija”.

- 3 JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 82. Según este autor, el principio de legalidad debe considerarse como garantía de objetividad, ya que el “comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho”.
- 4 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 106.
- 5 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 102.
- 6 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Parte General*, p. 437.
- 7 En la actualidad, el profundo significado político del principio de legalidad como garantía de la libertad y de la igualdad se sigue conservando, no obstante que, como menciona CASTILLO ALVA, el contenido técnico del principio de legalidad es distinto al que se tuvo en la ilustración. Para el citado autor, apoyándose en una serie de autores como MIRABETE, MEZGER, MIR PUIG y SOLER, el principio de legalidad es la “más importante conquista de índole política” que no está cerrada, ni culminada definitivamente, pero que “marca un punto de quiebre en la evolución de los pueblos y en el establecimiento de una conciencia jurídica garantista y profundamente respetuosa de los derechos humanos”. CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho penal*, p. 31.

B. Alcances

4. El principio de legalidad se encuentra regulado en el art. 2.20.d., de la Constitución Política peruana, de la siguiente forma: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley”⁸.
5. Este principio repercute en el ámbito penal mediante la exigencia de los siguientes aspectos:
 - a. Una garantía criminal: El delito debe estar determinado por la ley *nullum crimen sine lege*. De acuerdo a esta exigencia, se impide que se repunte como delictiva una conducta si es que no se encuentra previamente tipificada en la ley penal.
 - b. Una garantía penal: La ley debe señalar la pena que corresponda por el hecho realizado (*nulla poena sine lege*). Dicho con otras palabras, se prohíbe imponer una pena a algún ciudadano si es que esta no se encuentra previamente establecida en la ley.
 - c. Una garantía jurisdiccional o judicial: La existencia del delito y la imposición de la sanción se determina por medio de una sentencia judicial, producto de un proceso legalmente establecido de modo previo.

8 Al respecto, el TC, en la STC n° 2192-2004-AA/TC, ha señalado que: “El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. (...) el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del Derecho penal moderno, este Tribunal también ha establecido, en el Expediente n° 2050-2002-AA/TC, que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho penal, sino también en el del Derecho administrativo sancionador (...)”.

- d. Una garantía de ejecución: la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que la regule. En palabras de GARCÍA-PABLOS: “las exigencias derivadas del principio de legalidad (reserva de ley, certeza y claridad, entre otros) alcanzan, también, al momento de la ejecución de las penas, que es decisivo. En otro caso, podría resultar inútil todo el dispositivo del ordenamiento jurídico”⁹.

Las garantías indicadas deben ser exigidas también respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos¹⁰.

6. Asimismo, el principio de legalidad impone el tener en cuenta las siguientes manifestaciones: a) *Lex praevia*, b) *Lex scripta*, c) *Lex stricta* y d) *Lex certa*.
- a. La exigencia de *lex praevia* se expresa en la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición. De acuerdo a esta exigencia, la persona debe saber en el momento en que actúa, si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena.
- b. La exigencia de la *lex scripta* excluye la costumbre como posible fuente de delitos y penas¹¹. Se exige que la Ley penal emane del Poder Legislativo como representación del pueblo, quedando excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como decretos, órdenes ministeriales, entre otras disposiciones.
- c. La llamada *lex stricta* establece la necesidad de excluir a la analogía en cuanto perjudique al reo. Existe un amplio consenso científico que estima que la prohibición de la analogía solo rige cuando se trate de la llamada analogía *in malam partem*, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad.

9 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Parte General*. p. 449.

10 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 116.

11 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 127.

La analogía in *bonam partem*, es ampliamente aceptada.

d. Con la llamada *lex certa* se impone al Poder Legislativo una descripción exhaustiva de las prohibiciones y de las sanciones¹². Es decir, las normas penales deben contener todos los presupuestos que condiciona tanto la pena como la consecuencia jurídica ante la violación de algún deber propio del ciudadano¹³. No se requiere llegar a un casuismo estricto, sino que es tolerable un cierto grado de generalización del texto legal. Asimismo, según señala MIR PUIG, la referida exigencia es un “mandato de determinación” para que la ley establezca de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puedan acarrear. Esta exigencia se concreta en la teoría del delito, a través de la exigencia de tipicidad del hecho¹⁴.

C. Acerca del concepto de tipo y tipicidad

7. Del estudio del principio de legalidad emergen, entre otros los siguientes conceptos: tipo y tipicidad.
8. El tipo es la creación legislativa, la descripción legal formulada en abstracto que se hace de una conducta

12 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 121-122.

13 El TC ha indicado, en la STC n° 0010-2002-AI/TC, que el principio de legalidad “exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea ‘expresa e inequívoca’ (*lex certa*). El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre”. En esa línea, la Corte Suprema, en la Casación n° 92-2017-Arequipa, señaló que el contenido del principio de legalidad incluye la exigencia de *lex certa*, como complemento de la prohibición de analogía, generalización o extensión, por cuanto excluye el carácter difuso de los enunciados o términos usados por el legislador en materia penal [cita a YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, 2014, p. 456].

14 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 117.

concreta. Basta que el legislador suprima de la ley penal un tipo, para que el delito quede excluido. La tipicidad es la adecuación de la conducta realizada por el agente al tipo. Esto es, que para que pueda ser procedente la aplicación de la ley debe llevarse a cabo y con especial cuidado el estudio del hecho y si coincide dicho comportamiento con el descrito por aquel.

En cuanto al tipo penal, este puede ser completo e incompleto. Los tipos completos lo son en tanto contienen todos los elementos del delito, como ocurre por ejemplo, en el homicidio (art. 106 del CP). En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito. Sin embargo, pueden darse casos en los que el tipo penal es incompleto, por ejemplo, en el delito de contaminación ambiental (art. 304 del CP). En este supuesto, para completar el mensaje normativo, resulta necesario que el destinatario conozca de la legislación ambiental (objeto de remisión por parte del legislador). Así, de ser el caso, el Fiscal al momento de determinar la imputación, debe hacer mención no solo a lo dispuesto en el CP, sino también a la ley administrativa que delinea el contorno del comportamiento prohibido.

Es de verse que en los casos de los tipos penales incompletos es necesaria la remisión a normas ajenas al tipo a fin de completar el mensaje legislativo. La remisión se da de tres formas, mediante: i) leyes penales en blanco; ii) elementos normativos del tipo; y iii) cláusulas de autorización.

a. La ley penal en blanco: Se caracteriza por una remisión en bloque a la normativa extrapenal¹⁵. Por ejemplo, el delito de usura (art. 214) sanciona a quien concede un crédito estableciendo “un interés superior al límite fijado por la ley”. En este caso, para completar el mensaje normativo es necesario acudir a lo establecido en el art. 1243 CC y a lo

15 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, p. 125.

expuesto por la SBS¹⁶, pues estas normas establecen las tasas de interés en moneda nacional y extranjera.

b. Los elementos normativos: No todos los elementos típicos del delito son de fácil aprehensión cognoscitiva¹⁷. Cuando sí lo son, se afirma que el tipo está compuesto por elementos descriptivos. Por ejemplo, el delito de homicidio: “el que mate a otro”. Por otro lado, cuando algún elemento del tipo penal requiere de un esfuerzo de interpretación o de valoración mayor, entonces, podemos afirmar que nos encontramos ante un elemento normativo del tipo. Por ejemplo, mediante el delito descrito en el art. 189, último párrafo del CP, se sanciona con cadena perpetua a quien comete un delito de robo como integrante de una organización criminal. Ahora, ¿qué se entiende por “organización criminal”? De acuerdo al art. 317 del CP (en concordancia con lo expuesto en el art. 2 de la Ley 30077), se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas destinada a cometer, de manera concertada o coordinada, delitos. Dicha organización debe tener carácter estable, permanente o por tiempo indefinido. Sus integrantes, al interior de ella, se reparten tareas o funciones¹⁸.

Las fuentes de los elementos normativos pueden ser jurídicas o sociales. Por ejemplo, una fuente jurídica es la ley. Así, en el caso del delito de peculado, el autor es siempre un

16 Según lo dispuesto en el art. 1243 del Código Civil, la tasa máxima de interés convencional compensatorio y moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva. Por lo tanto, será el BCR el que establecerá los intereses que deberán sujetarse a los agentes de mercado. En un primer momento en BCR establecía las tasas, pero a partir de 1991, en uso de su facultad, dispuso que la tasa máxima del interés convencional se estableciera teniendo como referencia las tasas activas de interés en moneda nacional o en moneda extranjera, que publica diariamente la SBS.

17 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, p. 519. Quien explica que los elementos descriptivos del tipo pueden adquirirse “por vía sensorial y en los normativos por una referencia a normas o valoraciones que permitan una atribución de sentido”.

18 Por señalar otro ejemplo, la Corte Suprema indicó que la actividad criminal previa es un elemento normativo del tipo de lavado de activos, en todas sus modalidades (Sentencia Plenaria Casatoria n° 01-2017).

funcionario o servidor público (art. 387 del CP). Para poder determinar qué se entiende por “funcionario o servidor público” (elementos normativos) es necesario remitirnos al art. 425 del mismo cuerpo legal¹⁹. Ahora bien, un ejemplo de fuente social del elemento normativo lo tenemos en lo regulado en el tipo de exhibiciones obscenas (art. 183 del CP). Lo “obsceno” se determina según la valoración social que se tenga de la conducta (no existe ley que nos diga qué es o no “obsceno”).

c. Cláusulas de autorización: Se presenta cuando el legislador exige, para completar el tipo, que exista un acto administrativo determinado (autorización) dado por el funcionario público. Por ejemplo, el delito de “constitución de una institución financiera ilegal” (art. 246 del CP), en el que se sanciona a quien se dedica a captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier otra modalidad “sin contar con el permiso de la autoridad competente”.

II. 2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

A. Fundamento

9. El principio de culpabilidad²⁰, como garantía individual, se halla dentro del conjunto de postulados esenciales a

19 Sobre este tema, la Corte Suprema ha señalado que el concepto de funcionario público comprende “a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad” (Casación n° 634-2015-Lima).

20 Sobre el uso de la expresión “culpabilidad”, MIR PUIG dice lo siguiente: “El término ‘culpabilidad’ tiene ciertas resonancias moralizantes, por lo que un sector doctrinal postula su supresión. Sería preferible un término más neutro como ‘responsabilidad’ (...). Sin embargo, seguimos utilizando aquí la expresión ‘culpabilidad’ porque es tradicional y existe, por lo demás, amplio acuerdo en que debe entenderse como ‘culpabilidad jurídica’, que en absoluto exige la culpabilidad moral”. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 135.

todo Estado constitucional de derecho²¹, que operan como límites de la potestad punitiva y se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para la cuantificación de la pena²². Solamente mediante la vinculación de la pena con la existencia de un “reproche” y de la gravedad de la pena aplicable con la entidad del “reproche” es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrirla²³. En la medida que la pena no se utilice para perseguir solo fines preventivos, se deberá ajustar su gravedad a la culpabilidad.

B. Alcances

10. El principio de culpabilidad supone la determinación de la imputación sobre la base de que el hecho es atribuible al agente, que no hay imputación a una persona “por lo que

21 Por otra parte, el TC español ha declarado expresamente que “en efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinará las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos” (SSTC n° 65/1986, n° 14/1988 y otras). Añade que “las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1° CE, así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1° CE, si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la CE; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente”.

22 MIR PUIG considera que bajo la expresión principio de culpabilidad, se pueden incluir diferentes límites del *ius puniendi* que tienen en común exigir como presupuesto de la pena que pueda culparse a quien la sufre del hecho que la motiva. De manera que este principio debe ser asumido como el “medio más liberal y psicosocialmente más efectivo que hasta ahora se ha encontrado para limitar el poder punitivo del Estado”. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 134-135.

23 HÖRNLE, “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, p. 49: “la pena adecuada a la culpabilidad tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor”.

es”²⁴, tampoco por meros resultados (art. VII del TP del CP). Se sanciona al sujeto por la realización de comportamientos antijurídicos. Es decir, aquellos que vulneran las normas que determinan la práctica de conductas (normas de prohibición o de mandato) y que no cumplen con los requisitos establecidos por las normas de permisión (causas de justificación). En otras palabras, se sanciona la realización de un injusto penal culpable. La culpabilidad por el hecho se distingue de la llamada culpabilidad de azar o por caso fortuito.

De esta forma, el principio de culpabilidad se orienta a la protección de bienes jurídicos. Y los bienes jurídicos se protegen a través de las normas. El sujeto es culpable cuando, precisamente, realiza una conducta antinormativa y exigible penalmente. Asimismo, se indica que el principio de responsabilidad penal por el hecho no impide que las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta (por evidentes y obligadas razones de prevención especial) en el momento judicial de la individualización judicial de la pena²⁵.

11. En esa línea, consideramos que el Derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho es –o debe ser– no solo de “hecho” sino también de “autor”. La actual regulación y la doctrina así lo sigue (diría de forma tácita), en especial, cuando se analiza, la culpabilidad en sentido estricto (como categoría jurídica) pues en ella se evalúa –entre otros elementos– la capacidad del sujeto individualmente

24 BOCKELMANN indica: “Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino el que solo sea ‘tal’ se convierte en objeto de la censura legal (...) allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y de cómo de una acción individual, y donde ese más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”. Cit. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 177.

25 Cfr. ZUGALDÍA, *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 279.

considerado de acceder a la norma y de comportarse conforme a ese conocimiento. Otro ejemplo que demuestra que el Derecho penal que defendemos es también de “autor” es que para determinar judicial y cuantitativamente la pena no solo se evalúa la afección al bien jurídico, sino también se toman en cuenta las características de la persona (por ejemplo, su cultura o costumbres, en el caso peruano: art. 45 del CP).

Lo reprobable es que se sancione a un sujeto en virtud de su sola condición, renunciando al análisis del comportamiento. Dicho con otras palabras, lo que resulta criticable es la llamada culpabilidad por el “ánimo”. Y es que de esta manera se sanciona al agente sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente, sino por considerarlo peligroso en base a un juicio anticipado y “emocional” de peligrosidad, o por pertenencia a una determinada raza, género o ideología política²⁶.

Con todo, el principio de culpabilidad constituye un límite de la potestad punitiva del Estado²⁷. Es un principio fundamental del Derecho penal tan importante como amplio. Se afirma que de este principio se deriva: a) la culpabilidad por el hecho y no por la forma de ser del autor; b) la exigencia de dolo o imprudencia, en virtud de la proscripción de la responsabilidad solamente objetiva; c) la exigencia de capacidad de culpabilidad y de comportarse de acuerdo a dicha comprensión; y d) la proporcionalidad²⁸.

26 Cfr. POLAINO-ORTS, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, p. 214.

27 El principio de culpabilidad “no hay pena sin culpa” se enuncia dentro del marco general del pensamiento liberal ilustrado, que lo deriva del de legalidad con la finalidad de excluir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hechos de “otros”. Es decir, que garantiza la subjetivización y la individualización de la responsabilidad penal.

28 Cada uno de estos temas serán abordados a lo largo del presente trabajo.

II. 3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A. Fundamento

13. El principio de proporcionalidad es un límite al poder coercitivo del Estado²⁹, pues obliga al legislador y al juzgador a determinar una pena que se corresponda con la gravedad globalmente considerada del hecho³⁰. En efecto, con dicho principio se pretende garantizar que el legislador realice un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos al momento de individualizar positivamente la pena³¹ (proporcionalidad abstracta³²). También –en virtud del re-

-
- 29 Anota MIR PUIG: “Se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar estas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionalmente grave en comparación con su utilidad preventiva –así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida–. La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal”. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 138.
- 30 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Parte General*. p. 528. indica que el principio de proporcionalidad “rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global”. En coherencia con lo argumentado, podemos señalar que ambas vertientes (abstracta y concreta) tienen un doble destinatario: el Poder Legislativo, ya que en el desarrollo propio de su actividad tiene el deber de establecer penas proporcionadas a la gravedad del delito; al Poder Judicial, pues al imponer la pena los jueces deben ser cautelosos de que esta sea proporcional a la concreta gravedad del comportamiento desvalorado.
- 31 ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, p. 130: “el Derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado”. El profesor argentino concluye afirmando que la tesis expuesta lleva a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, de manera que no se puede tolerar que, a manera de ejemplo, lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida.
- 32 GARCÍA CAVERO, “[Comentarios] al Art. VIII”, pp. 218-219. Señala que el cálculo de

conocimiento de dicho principio– se espera que el juez al declarar culpable a una persona determine una sanción que resulte cuantitativamente proporcional al injusto culpable cometido (proporcionalidad concreta³³)³⁴.

De otro lado, un sector de la doctrina ha planteado que el principio de proporcionalidad no debe entenderse de modo tradicional como la equiparación entre pena y gravedad total del hecho, sino de modo “amplio” a partir de un balance entre los costes y los beneficios de una norma penal o de una decisión judicial. Desde este punto de vista, la determinación cuantitativa de la sanción, orientada a su proporcionalidad, requerirá de un específico proceso de

la proporcionalidad abstracta de la pena tiene lugar al momento de la creación de la ley penal, tenemos que si se admite la necesidad de castigar alguna conducta, tendrá que precisarse el tipo de pena y la cantidad de la misma que sean proporcionales al hecho. En esa medida “la lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de uno solo de ellos, la comisión dolosa más que la culposa”. Además indica que el establecimiento del límite mínimo de la pena por parte del legislador, es [debería ser] el resultado de un proceso de valoración en el que el mismo se pregunte por la pena que se impondría a la lesión mínima del bien jurídico protegido. Para el límite máximo de la pena, se debe tener presente que el tope será la pena más grave permitida en un Estado de Derecho ante la lesión de un determinado bien jurídico, y que tal respuesta no entre en el plano de regulación de una figura agravada.

33 Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / GARCÍA RIVAS / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 61. Indica que en lo pertinente a la proporcionalidad concreta, el juez podrá aplicar la pena que estime conveniente dentro del marco dado por la ley penal. GARCÍA CAVERO, “[Comentarios] al Art. VIII”, p. 220. Afirma que los criterios de determinación de la pena podrán elevar la sanción al máximo establecido o dirigirla hacia el límite mínimo. Debe tenerse en cuenta que dicha operación aritmética [penal] debe realizarse de acuerdo a los parámetros de un Estado social y democrático de derecho, esto es, de acuerdo a un sistema garantista en donde la pena sea la derivada de un juicio sobre la globalidad del hecho.

34 Se trata de un principio transversal al Derecho penal, visto de modo sistémico. Por ejemplo, a nivel procesal el principio de proporcionalidad obliga al juez a restringir la libertad personal durante la investigación solo en los casos en que fuera absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo necesario para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

ponderación: “el logro de los objetivos político-criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición”³⁵. Se trata de una visión económica del mencionado principio, en el que se refleja –finalmente– la “clásica” lucha entre los postulados utilitaristas y los argumentos garantistas.

Con todo, a partir del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, el criterio costo-beneficio utilizado para el cálculo de la proporcionalidad de la medida estatal ha sido tomado en cuenta en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, considerados sub-principios que ayudan a determinar la legítima proporción de la sanción.

B. Alcances

14. En el plano constitucional, el principio de proporcionalidad no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política peruana, siendo deducido, en un primer momento, de la idea del debido proceso material establecido en el art. 139 de la Constitución (STC n° 061-2002-AA/TC). Posteriormente, el TC ha señalado que: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos

35 HÖRNLE, “La concepción anticuada de la culpabilidad en la Jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, p. 47.

que limitan y restringen esos derechos de la persona” (STC n° 0010-2002-AI/TC, FJ 197). La necesidad que en el ejercicio del poder penal se realice una adecuada ponderación, ha sido reconocida por el TC peruano en diversas resoluciones (SSTC n° 2192-2004-PHC/TC, 2235-2004-AA/TC, 0045-2004-AI/TC, entre otras sentencias).

Lo desarrollado jurisprudencialmente guarda coherencia con lo previsto en el contexto internacional. Por ejemplo, el art. 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano refiere que: “la ley no puede señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”, prescripción que se configura, según una autorizada corriente de opinión³⁶, como un precedente normativo del principio de proporcionalidad³⁷.

15. En el art. VIII del TP del CP se indica: “La pena no podrá sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”. En esa línea, la doctrina de manera general afirma que, de conformidad con este principio, los delitos en un Estado democrático de derecho no pueden ser sancionados con penas exageradas (desorbitadas) que no guarden una efectiva relación de proporcionalidad entre la gravedad total del comportamiento delictivo y la pena prevista en el

36 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / GARCÍA RIVAS / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 55: “Ya desde la Ilustración y la Revolución Francesa se ha reclamado que ‘la ley no debe establecer otras penas que la estricta y manifiestamente necesaria’ (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789). Estas ideas tempranas del pensamiento moderno se han elaborado técnicamente, de modo especial, tras la II Guerra Mundial, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –artículos 10.2 y 18, Convenio Europeo de Derechos Humanos– y el Tribunal Supremo de EE.UU.”

37 Así también, CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, p. 293: “Los antecedentes del principio [de proporcionalidad] se remontan a la antigüedad, apareciendo en las Leyes de Platón. Sin embargo, no fue hasta la Ilustración que el principio adquirió carta de ciudadanía junto al principio de legalidad, certeza e igualdad”.

tipo penal (algunos lo consideran un principio equivalente al de “prohibición de exceso”³⁸). Así, por ejemplo, resulta actualmente desproporcionado imponer una pena de prisión de 30 años a quien comete un hurto³⁹ o, peor aún, conminar a pena de muerte a todo aquél que lo realiza por tercera vez⁴⁰. En palabras de BECCARIA, podríamos decir que: “Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”⁴¹. En otras palabras, la discrecionalidad del legislador no es absoluta⁴².

Para MIR PUIG, la vigencia del citado principio se debe a que “un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”⁴³. En este sentido, siguiendo con el anterior ejemplo, el conminar con pena de muerte el tercer hurto resultaría abiertamente opuesto a la actual significación que dicho delito tiene para la sociedad, de manera que tal pena no concitaría el consenso social

38 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, p. 84. También VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 115; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 132 y CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal*, pp. 294-296.

39 Cfr. POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, p. 338.

40 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 139.

41 BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 87.

42 El TC, en la STC n° 0012-2006-AI/TC, señala que la discrecionalidad del legislador en un Estado democrático y social de derecho no es absoluta, sino relativa ya que “para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, (...) debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que debe destacar el *principio de proporcionalidad*, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del estado” (FJ.14).

43 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 139.

que exige una prevención general positiva, siendo, en consecuencia, inadmisible en un Derecho democrático⁴⁴.

Por su parte, un sector de la doctrina peruana ha señalado que la proporcionalidad implica “un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre ilícito y sanción, la cual se asienta (...) en una ponderación o medida fijada por el legislador en una ley [proporcionalidad abstracta] y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto [proporcionalidad concreta]”⁴⁵. De este modo, para el Derecho penal la proporcionalidad supondría una correspondencia valorativa entre el injusto culpable y la sanción correspondiente.

Dicho de otra manera, el principio de proporcionalidad exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de las penas tengan una relación valorativa⁴⁶ con el hecho delictivo contemplado en la globalidad de todos sus aspectos⁴⁷.

16. ¿Cómo determinar el grado de desproporción? ¿el objeto de referencia de la medida “adecuada” es solamente el injusto? ¿el principio de proporcionalidad también atiende las necesidades de prevención delictiva?

Son preguntas cuyas respuestas en este trabajo serán presentadas a modo de aproximación. En relación a la primera pregunta, la tendencia actual, a nivel jurisprudencial, es hallar la “proporción” de la pena en base al método de la ponderación (que pasa por el análisis de la medida penal según su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

De otro lado, es innegable que para determinar la proporción “justa” de la medida penal es importante tener claro si la

44 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 139.

45 CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal*, p. 280.

46 Como todo juicio valorativo, existe un margen de imprecisión en las conclusiones.

47 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 130.

reacción penal debe ser comparada solamente al grado de injusto o también respecto a la culpabilidad del agente. Un sector de la doctrina considera que la sanción penal debe corresponder a la gravedad del injusto y no a la culpabilidad, pues esta se refiere a la atribución del hecho a su autor⁴⁸. Por ello, según esta postura, la gravedad de la pena solo depende del análisis de la antijuridicidad de la conducta.

No obstante consideramos que el principio de proporcionalidad abarca todos los aspectos del hecho delictivo, de modo que se debe atender tanto a la proporcionalidad en relación con la gravedad del injusto, como también a la proporcionalidad en sede de culpabilidad, sobre la base del juicio de exigibilidad realizado al agente. Como señala ROXIN “no debe penarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad”⁴⁹.

En esa línea, SILVA SÁNCHEZ señala que el principio de proporcionalidad no se limita a ejercer influencia en el injusto, sino también en la idea “compleja” de la culpabilidad⁵⁰. En la doctrina peruana, GARCÍA CAVERO⁵¹ afirma que el sentido de lo expuesto en el art. VIII del TP del CP peruano (que regula el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”⁵²), es que tal principio tendría

48 Cfr. MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, pp. 349 y ss. También, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en materia penal*, p. 493.

49 ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, p. 172.

50 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 260.

51 GARCÍA CAVERO, “[Comentarios] al Art. VIII”, pp. 211-215.

52 Como se apuntó antes, en el art. VIII del TP del CP peruano se indica que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”. De esta forma, como anota GARCÍA CAVERO, se ha consagrado en el CP peruano el principio de prohibición de exceso. Ello pues, como puede advertirse, el legislador penal solo ha indicado un límite hacia el extremo superior de la pena, el mismo que no puede superar la responsabilidad por el hecho, olvidando establecer un límite inferior (prohibición por defecto). Las precisión anotada es indudablemente importante, pues “si se establecen penas mínimas a delitos graves sin ninguna razón jurídico-penal atendible, se estará igualmente vulnerando el principio de responsabilidad de las penas, aun cuando la pena

que ser abordado desde una perspectiva que comprenda la culpabilidad y el injusto como una unidad funcional, cuya exposición diferenciada en la teoría del delito tenga únicamente fines didácticos. Así, se comprenderá al límite de la responsabilidad por el hecho como un límite derivado de un juicio sobre la globalidad del hecho, pues, coincidiendo con el citado autor, un injusto solamente puede ser tal si se trata de un injusto culpable⁵³. Por el contrario, de seguirse una tradicional posición bipartita del delito que diferencia entre injusto y culpabilidad, la responsabilidad por el hecho solo se aplicaría respecto de la culpabilidad.

Una medida es proporcional cuando es merecida. Por ello, una pena será legítima, entre otras razones, cuando su cantidad se ajusta al grado de injusto culpable⁵⁴. Más aun cuando en la práctica, no siempre la realización del injusto coincide con la culpabilidad de su autor (por ejemplo, cuando una persona inimputable lesiona a otra). Una pena proporcional es también una pena razonable⁵⁵.

no haya sobrepasado el límite de la responsabilidad por el hecho”. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal* p.132. Ante esto, el principio de proporcionalidad debe ser expuesto como una regla que conlleve la aplicación de la justa sanción en orden a la “nocividad social de la conducta”. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 139.

53 Cfr. GARCIA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 131.

54 No estamos de acuerdo con lo expuesto en la parte final del art. VIII del TP del CP, en el que se afirma que el principio de responsabilidad penal por el hecho “no rige” en caso de reincidencia y de habitualidad. Apreciamos que en estos casos existe un mayor grado de injusto culpable, pues el agente se enfrentó nuevamente, de modo consciente y libre, al ordenamiento jurídico. Quien vuelve a delinquir realiza un comportamiento que normativamente es más grave en comparación al hecho cometido por un delincuente primario. Dicha persona no solo vulnera la norma que emerge del tipo penal que acaba de cometer, sino también otra de carácter institucional: “no vuelvas de delinquir”. Por ello, consideramos que el hecho cometido por el reincidente se desvalora más gravemente. Con mayor detalle, vid. ALCOCER POVIS, *La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal*, pp. 19 y ss.

55 En la STC n° 0045-2004-AI/TC, el TC peruano interpreta el principio de razonabilidad en el análisis del principio de proporcionalidad: “uno de los presupuestos de este es

Asimismo, el cálculo de la proporcionalidad de la medida penal no puede ir desligada de los fines que persigue el Derecho penal. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ sostiene que “por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido con el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relevancia valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos”⁵⁶. Y es que la determinación de la pena (en cualquiera de sus etapas) no debe dejar de lado que con ella también se persiguen fines utilitarios (cálculo basado en el equilibrio de los fines e intereses que se persiguen con la sanción⁵⁷), limitado por las garantías que protegen al individuo. Anota SILVA SÁNCHEZ que “la determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden solo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de la imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la

la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad”.

56 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 413-414.

57 Como un argumento contrario a lo expresado, NAVARRO anota el siguiente párrafo de modo descriptivo: “Debe hacerse notar que incluso el propio HIRSCHBERG, uno de los padres del principio de proporcionalidad del Derecho administrativo alemán, reconoció la peculiaridad del ámbito penal. Para este autor, de forma general, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaba que los medios deben estar en una relación adecuada con los fines que se persiguen; pero seguidamente matizaba para ámbitos como el Derecho penal, que no se conectan solo a un fin empírico, que tal principio significaba que los medios no pueden resultar desproporcionados o que deben permanecer en una relación adecuada a la gravedad del hecho. Para HIRSCHBERG, se hacía difícil intentar identificar el principio de proporcionalidad en sentido estricto con la idea de la ponderación entre bienes e intereses cuando los elementos en conflicto no son bienes o intereses; por ejemplo, cuando se quiere determinar la pena adecuada a la culpabilidad en el caso concreto”. NAVARRO FRÍAS, “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, p. 11.

teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)”⁵⁸.

II.4. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

A. Fundamento

17. El principio de lesividad sirve de límite al poder punitivo estatal, en atención a que el Estado, en uso del *ius puniendi*, no puede establecer hechos punibles (delitos y faltas), así como las penas y medidas de seguridad de modo circunstancial, sino en virtud de leyes penales preventivas y previas que presupongan la existencia de un bien jurídico protegido lesionado o puesto en peligro⁵⁹.

B. Alcances

18. A través del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal se regula el principio de lesividad de la siguiente manera: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.
19. En los delitos de peligro concreto se necesita que la conducta haya puesto en real riesgo al objeto material que representa el bien jurídico. En cambio, en los “delitos” de peligro abstracto, solo basta el mero comportamiento, sin la verificación posterior de la situación de peligro al objeto que representa al bien jurídico.
20. En buena cuenta, un sector de la doctrina menciona que los llamados “delitos” de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos en general,

58 SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, pp. 1-15.

59 Así, el injusto manifiesta un doble desvalor, primero, el referente a la realización de comportamientos *ex ante* peligrosos (desvalor de acción). Segundo, basado en la evaluación *ex post* de una puesta en riesgo o lesión de algún interés penalmente tutelado (desvalor de resultado). Vid. CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 469.

sin requerir que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente⁶⁰. En esta línea, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿se vulnera el principio de lesividad con los llamados “delitos” de peligro abstracto? Consideramos que sí, pues en esos casos la represión prevista en la norma no está dirigida a la protección real de un bien jurídico, sino se sanciona la mera desobediencia a la disposición legal. Con ello se debilita el efecto limitador del principio de lesividad⁶¹.

De ese modo, la estructura de los “delitos” de peligro abstracto no sintoniza con las funciones que debe cumplir el principio de lesividad, toda vez que la probanza del peligro real al bien jurídico es innecesaria. Así, estos “delitos” son castigados sin tomar en cuenta si en el caso concreto se ha generado o no un riesgo⁶². Lo único que interesaría es la infracción de la norma penal por la conducta realizada (sin ulteriores valoraciones). Se trata de presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad, que permiten la represión de comportamientos que no necesariamente perjudican bienes jurídicos⁶³.

Consideramos que ello significa una afrenta al principio de lesividad que, precisamente, sirve de límite al poder punitivo estatal, en atención que el Estado en uso del *ius puniendi* no puede establecer hechos punibles (delitos y faltas), así como las penas y medidas de seguridad de modo circunstancial, sino en virtud de leyes penales preventivas o previas que fundamenten la existencia de un bien jurídico protegido lesionado o puesto en peligro (concreto), como se apuntó antes. Dicho principio refuerza el de mínima

60 Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, p. 310.

61 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 788-789.

62 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 313.

63 Cfr. ZAFFARONI / ALIAGA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, p. 469.

intervención del Derecho penal, pues la respuesta estatal necesariamente requiere que antes se haya presentado la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos tutelados por la ley, reconociéndose de esta manera no solo los delitos de lesión, sino también la existencia de los delitos de peligro concreto⁶⁴.

En definitiva, el injusto requiere de un doble disvalor: primero, el referente a la realización de comportamientos *ex ante* peligrosos (disvalor de acción) y segundo, basado en la evaluación *ex post* de una puesta en riesgo o lesión de algún interés penalmente tutelado (disvalor de resultado).

21. ¿Cómo limitar el uso de normas que sancionen penalmente el peligro abstracto? A partir de una adecuada interpretación de los casos. Así, el intérprete puede superar los defectos de una mala técnica legislativa exigiendo que realmente el comportamiento haya puesto en riesgo efectivo un objeto material que represente al bien jurídico, de lo contrario, la conducta será –de ser el caso– una mera infracción administrativa.
22. Por todo ello, el principio de lesividad no debe ser entendido en sentido estrictamente naturalístico⁶⁵, pues lo

64 La Corte Suprema de la República, en el R.N. n° 5269-97, mencionó que: “el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido *la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal*, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva”. Así también, en el R.N. n° 820-2000, se señaló que: “El Derecho Penal constituye un medio de control social que sanciona aquellos comportamientos que *lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos* por la ley en aras de lograr la paz social, propósito que se persigue a través del proceso penal, correspondiendo al juzgador determinar la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, bajo el principio constitucional que la inocencia se presume, la responsabilidad se prueba”.

65 En una perspectiva político criminal, SILVA SÁNCHEZ anota: “el bien jurídico penalmente protegible ha de ser, en primer lugar, un bien jurídico ‘merecedor’ de protección penal.

que interesa es el “daño social” provocado por el delito, sea que este se produzca a través de un “perjuicio” verificable “individualmente” o no⁶⁶. Y lo socialmente desvalorado es la insatisfacción de un interés reconocido en las normas (en tanto instrumento de protección de los bienes jurídicos)⁶⁷.

De esta forma, consideramos acertado lo que señala AMELUNG pues resalta la importancia de la norma, en tanto protectora del bien jurídico. La definición de su utilidad es tarea del legislador: “el postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto ‘detrás de ellas’, postulado que se apoya en la idea de protección de bienes jurídicos, exige que tales normas tengan una utilidad que vaya más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. Junto a esta teoría

El merecimiento de protección penal hace alusión a consideraciones de justicia: se trata de determinar a favor de qué realidades (de qué bienes jurídicos) es justo hacer uso de la protección penal. Tales realidades han de ser realidades especialmente valoradas, fundamentales, que determinen que los hechos dirigidos contra ellas experimenten una mayor desvalorización, la desvalorización que haga de ellos no meros hechos injustos, sino ‘injustos punibles’ merecedores de pena”. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 288.

- 66 Vid. ABANTO VÁSQUEZ, “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”. Disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>
- 67 La Corte Suprema, en el R.N. n° 763-2011-Huancavelica, indicó lo siguiente: conforme al principio de lesividad, “no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario”.

cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana”⁶⁸.

23. Con todo, consideramos que en virtud de que el Derecho penal busca la protección de bienes jurídicos desvalorando la conducta antinormativa, el injusto tiene “una dimensión comunicativa e intersubjetiva o social”⁶⁹ y también empírica⁷⁰. Por ello, la lesividad del hecho es sobre todo lesividad comunicativa con efectos materiales. Por tanto, la lesividad es normativa, que supone la realización de un daño a un interés social y reconocido por el Derecho⁷¹.

68 Cit. FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. Recensión a Roland Hefendehl”, p. 9.

69 FEIJÓO SÁNCHEZ, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, p. 22.

70 Coincidimos con SILVA SÁNCHEZ quien acoge “un *concepto real de injusto* que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma)”. SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, p. 11.

71 La Corte Suprema, en la Casación n° 134-2015-Ucayali, indicó lo siguiente: “la responsabilidad penal del agente solo depende de su acción lesiva”.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en materia penal*, Madrid, 1999.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, Barcelona, 2003.

ALCOCER POVIS, Eduardo, *La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal*, Tesis doctoral UPF, 2017.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. DE LAS CASAS, con correcciones de FRANCONI), Madrid, 2015.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Barcelona, 1999.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1999.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. Recensión a Roland Hefendehl (ed.): ‘La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático’”, en *InDret* (2), 2008.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, “[Comentarios] al Art. VIII”, en *Código Penal Comentado*, tomo I, Lima, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Lima, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, Lima, 2009.

HÖRNLE, Tatjana, “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena” (trad. MARTÍN LORENZO), en *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2003.

HÖRNLE, Tatjana, “Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena” (trad. FRANCHINI), en *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2003.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 3^{ra} edición, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª edición, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998.

MIR PUIG, Santiago, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en ECHANO BASALDÚA, (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016.

NAVARRO FRÍAS, Irene, “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, en *InDret* (2), 2010.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, 3ª edición, Lima, 1997.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, Lima, 2004.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Lima, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret* (2), 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALIAGA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002.

ZUGALDÍA, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, 4ª edición, Valencia, 1993.

EL COMPORTAMIENTO HUMANO

I. APUNTE PREVIO

1. En el art. 2.24.d., de la Constitución Política del Perú se indica que: “Nadie será procesado o condenado por *acto u omisión* que al tiempo de cometerse no esté calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. De esta forma, se resalta que el delito es una especie del género comportamiento humano¹, así como que constituye la referencia inicial de la reacción punitiva². En esa línea, en el art. 11 del CP se menciona que son delitos o faltas las *acciones u omisiones* dolosas o culposas penadas por la ley.
2. El concepto de acción³, además de cumplir una función de

1 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 187.

2 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 383.

3 Consideramos que dicha denominación “acción” no parece ser la más adecuada, pues podría interpretarse en el sentido de que solo alcanza a las conductas típicas comisivas, marginándose, de ese modo, a los comportamientos típicos omisivos. El comportamiento o conducta efectiva real no tiene un contenido determinado. Es decir, este no es “comisivo” ni “omisivo”. La atribución de un determinado sentido responde a una pretensión de protección de un bien jurídico en una determinada situación, lo que, precisamente, se recoge en el tipo penal, toda vez es que allí en donde se pone en relación la conducta con las expectativas que parten del bien jurídico. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, p. 169. En esa línea, sostiene PÉREZ DEL VALLE que “una diferenciación entre acciones y omisiones solo tiene importancia desde un punto de vista material (hay o no hay comportamiento positivo exterior), pero no en una perspectiva formal (cómo constituye una infracción de las normas), que es precisamente la que afecta a la imputación”. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de*

límite frente al poder penal (se sanciona el comportamiento delictivo cometido⁴), también cumple una función de base sustancial de donde se ha de partir para el análisis de las distintas categorías normativas que permitirán sostener legítimamente que se ha producido una conducta que puede ser calificada como delito⁵.

Esto, como señala MIR PUIG, se debe a que cuando está ausente un comportamiento humano no solo falta la tipicidad penal y, por tanto, la antijuridicidad penal, sino también “la imputación personal del hecho, esto es: todo el delito”⁶. Por ello, ante su ausencia, no podría apelarse a razón o motivo alguno que sea válido para sancionar penalmente a un sujeto y, desde una perspectiva procesal, ante la falta de un acto de relevancia penal, tampoco se darían las condiciones para iniciar una investigación.

Derecho Penal. Parte General, p. 96. No obstante, en tanto el uso de la denominación “acción” es tradicional, en este trabajo se la seguirá utilizando indistintamente con el de “comportamiento humano”.

- 4 Lo que permite afirmar que nunca serán constitutivas de un delito ni las ideas, pensamientos, deseos o afectos de las personas, que más bien son propio de una concepción totalitaria del Estado. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 265.
- 5 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 383-384. Señala que la noción de acción debe cumplir tres funciones esenciales: “Primero, constituir el fundamento de todas las formas en que se puede presentar el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). Segundo, servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito. Debe ser autónomo en relación con cada uno de estos y, al mismo tiempo, punto de referencia constante. Así, la acción será calificada sucesivamente de acción típica, acción ilícita y acción culpable. Tercero, permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los simples sentimientos o ideas, los sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc.” LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 408. Indica que el concepto de acción cumple funciones de *clasificación* (en el concepto de acción deben tener cabida todas las formas del comportamiento humano: la acción, omisión, el dolo o la imprudencia), de *enlace* (el concepto de acción debe servir de enlace o unión entre todas las categorías del delito) y de *delimitación* (el concepto de acción debe servir para de antemano excluir todos aquellos sucesos que, en ningún caso, desde el punto de vista jurídico-penal pueden ser tomados en consideración).
- 6 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 188.

3. La legislación penal peruana mantiene el criterio de la exclusiva responsabilidad de las personas individuales, lo cual nos lleva a afirmar que únicamente los comportamientos humanos pueden constituir delitos, pese al hecho de que desde hace unas décadas en algunos países se ha comenzado a admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En nuestro sistema todavía rige la no responsabilidad penal autónoma de tales entes colectivos, pudiéndose tan solo imponérseles otro tipo de consecuencias (de carácter estrictamente asegurativo). Estas respuestas, según se afirma a nivel doctrinal, no podrán asimilarse a las penas, pues estas últimas se imponen a las personas naturales que actúan detrás de la sociedad⁷.
4. En definitiva, el concepto de acción tiene la función de establecer el primer paso de cara a determinar si un comportamiento humano es o no relevante para el Derecho penal⁸. Dicho de otra forma, dicho concepto se encuentra vinculado a las determinaciones sobre la tipicidad del hecho, es una condición indispensable para que los procesos que atentan

7 En la Casación n° 134-2015-Ucayali se indica lo siguiente: “el Código Penal no ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, como señala ROXIN, la aplicación de consecuencias accesorias, cuya imposición depende de factores ajenos a los elementos de la atribución de responsabilidad penal”. De otro lado, en el Acuerdo Plenario n° 7-2009-CJ/116, se menciona que a las personas jurídicas se les puede imponer las consecuencias accesorias desarrolladas en el art. 105 del CP, las cuales son consideradas “sanciones penales especiales”. Sobre este tema, debe tenerse en consideración lo expuesto en la Ley 30424 y en el D. Leg. 1352. En ellas se regula la llamada responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas para supuestos en específico: en casos de delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, lavado de activos y terrorismo. En el D. Leg. 1352 se señala que “la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas” (art. 4 de la Ley 30424). Lo curioso es que las llamadas “medidas administrativas” aplicables a las personas jurídicas (art. 5 de la Ley 30424) son similares a las que se regulan en el art. 105 del CP (las que, como se ha visto, son consideradas por la Corte Suprema como “sanciones penales especiales”).

8 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 408.

contra bienes jurídicos devengan en penalmente relevantes, es decir, típicos. Y, solo una vez advertido el contenido de sentido necesario para poder imputar una realización típica en concreto, podrá señalarse que el comportamiento humano dio lugar a conductas típicas comisivas u omisivas.

5. Ahora bien, en vista de que son distintas y variadas las teorías que sobre el concepto de acción se han elaborado, consideramos necesario, aunque de manera breve, exponer tales tesis con la finalidad de que, a modo de aproximación, se conozca lo que se ha entendido como la “esencia” de la conducta humana en distintos momentos: a) la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior; b) el ejercicio de una actividad final; c) el carácter socialmente relevante del comportamiento humano; d) la acción como manifestación de la personalidad; e) la causación del resultado individualmente evitable, entre otras posturas.

II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

II.1. ANTECEDENTES

6. HEGEL indicó que “la acción no solo estaba determinada por sus aspectos externos, sino por su relación con la moral. Se estructuraba una concepción compleja de la acción comprendida tanto por la realización del acto como por su motivación, aunque dando más importancia a esta última”⁹. Para HEGEL lo grave en una acción delictiva no viene a ser el hecho externo, sino la actitud del agente al ejecutar la acción frente a la norma¹⁰. De esta forma, la acción es siempre voluntaria y libre, de manera tal que sin voluntad no hay conducta jurídicamente relevante¹¹.

9 Cit. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 278.

10 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 408. Menciona que serán los discípulos hegelianos (ABEGG, BERMERR y KOSTLIN) quienes materializarán el concepto de acción, particularmente BERNER afirmó que el delito es acción y lo demás son predicados.

11 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 278.

Más adelante, entre VON LISZT, RADBRUCH y BELING se elaboró un concepto de acción (el concepto causal de acción) respecto del que se podrán añadir el resto de elementos. Esta primera noción da pie a que la acción sea entendida como la base material sobre la cual se van precisando los predicados que configuran el hecho punible, de manera tal que un delito solo pueda afirmarse si parte de una determinada base real: la acción o conducta humana¹².

7. A continuación, realizaremos una breve exposición sobre las particularidades de dichas perspectivas y la evolución que el concepto de acción ha presentado a lo largo de las distintas escuelas que han influido en el pensamiento penal en un determinado momento.

II.2. EL CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN

8. Inicialmente, VON LISZT definió a la acción como “la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior”¹³. Así, desde dicha perspectiva, cualquier efecto en el mundo exterior bastaba para afirmar que se había producido una “modificación causal”, llegándose, incluso, a indicar que el provocar “vibraciones del aire” podría considerarse como una “acción” de cara al delito de injuria¹⁴.

Pese a ello, tal concepto natural, de acuerdo a un sector de la doctrina, cumplía muy bien la función de delimitación del poder penal, pues excluía las actividades de animales y de personas jurídicas, así como también los pensamientos y las consecuencias de meras “excitaciones sensoriales”¹⁵.

9. No obstante, a esta concepción se le cuestionó su falta de idoneidad para constituirse como un elemento básico que

12 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 349.

13 Cit. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 236.

14 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 236.

15 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 236.

sirva de base sustancial para el análisis de las distintas categorías normativas. En efecto, dado que dicho concepto se caracterizó por ser de carácter fáctico, se le acusó de no lograr explicar de manera conveniente los comportamientos omisivos que no provocan un cambio en el mundo exterior¹⁶ ni tampoco los casos en los que no existe un impulso de voluntad (las omisiones inconscientes o los olvidos). Esto último podría ejemplificarse a partir del caso no poco frecuente de los choferes que se duermen conduciendo un vehículo y, como consecuencia de ello, provocan un accidente, produciendo así la muerte de su acompañante¹⁷ o de terceros.

Un sector de la doctrina señala que la noción causal no cumple la función de servir de base a todos los tipos de delitos. Asimismo, se afirma que la simple voluntariedad, considerada como factor decisivo para delimitar el comportamiento, no permite identificar con suficiente nitidez la acción respecto a los casos de actos reflejos o de reacciones automáticas¹⁸.

Otro punto controvertido en dicha teoría es su pretensión consistente en presentarse como un concepto neutral al que luego se le irían precisando las características de

16 De acuerdo a MIR PUIG, dicho planteamiento naturalístico conducía a una concepción insatisfactoria de la omisión, que no es un movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior. Desde esa perspectiva, el mencionado autor señala que la omisión “(...) se explicaba, entonces, como ‘omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo’, como ‘causa no impediende de un cambio en el mundo externo’, pero es evidente que la ausencia de movimiento y el no impedir un cambio son conceptos meramente negativos que no permiten construir ningún concepto (positivo) de omisión”. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 190. Asimismo, para JESCHECK, dicha teoría es inadecuada pues “la cualidad de la omisión consiste precisamente en que falta el impulso esperado de la voluntad y por ello *no* es puesto en marcha un proceso causal determinado”. Vid. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 235. No obstante lo anterior, la Corte Suprema, en la Casación n° 581-2015-Piura, señaló que “en todo delito” la acción provoca “una modificación en el mundo exterior”.

17 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 385.

18 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 385.

índole penal, lo cual, de acuerdo a GARCÍA CAVERO, resulta poco plausible, ya que, por ejemplo, la acción en el delito de injurias se encontraría constituida simplemente por la emisión de ondas sonoras que, como vibraciones en el aire, llegarían al oído del afectado produciéndole un aumento del ritmo cardíaco y la presión sanguínea, dejándose de lado lo propiamente humano al reducirse todo a procesos causales¹⁹.

10. Ahora bien, con la irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal –bajo el influjo del neokantismo– la versión naturalística del concepto de acción no se mantuvo intacta, toda vez que la metodología neokantiana reclamó la autonomía de lo que llamaron “las ciencias del espíritu” que, a diferencia de las ciencias de la naturaleza, no se satisfacían con observar y describir hechos, sino que exigían el comprender y el valorar el sentido de los acontecimientos. Es en atención a ello que el concepto de acción ya no podía ser entendido como un hecho naturalístico ajeno a toda actividad valorativa, sino que debería ser susceptible de ser interpretados. Así, como indica MIR PUIG, “lo que se llamó concepto *neoclásico* de delito, determinó un concepto valorativo de acción como ‘comportamiento’, como realización, ‘realización de la voluntad humana’ (Max ERNST MAYER), como ‘comportamiento voluntario’ (v. HIPPEL) o, simplemente, ‘conducta humana’ (MEZGER)”²⁰.

Sobre la base de dicho concepto, se consideró que podría cobijarse la omisión. Sin embargo, aunque el concepto de acción dejó de ser naturalístico, no por ello dejó de ser causal, manteniéndose la idea de que su esencia era el ser causación, provocada a su vez por la voluntad, pero no dirigida por ella²¹. Dicho de otra manera, lo esencial del concepto de

19 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 351.

20 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 190.

21 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 190.

acción no era el contenido de dirección de la voluntad, sino el que obedeciese a una voluntad, dejándose el contenido de la misma para la culpabilidad, en donde se situaba el dolo²².

La noción causal es demasiado amplia, toda vez que se trata de un concepto fundamentalmente objetivo, que se centra en el mero aspecto externo provocador de un resultado, lo que conduce a un regreso “*ad infinitum*” porque, al menos teóricamente, también son acciones los acontecimientos lejanos que en modo alguno se encuentran razonablemente relacionados con el hecho (por ejemplo, el nacimiento del asesino como presupuesto necesario del asesinato)²³.

Además, a decir de un sector de la doctrina, el que en la culpabilidad se analicen el dolo y la culpa es desacertado e, incluso, califican de absurda la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad en función de la separación entre lo causal-objetivo y lo anímico-subjetivo. Asimismo, se afirma que el gran error de la teoría causal de la acción consistió en despreciar el valor de la dirección de la voluntad y otorgar significación solo al resultado²⁴.

22 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 190.

23 Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, p. 235. Otro punto a tomar en cuenta es que “aunque se menciona su origen en la voluntad, no se le presta mayor atención a la voluntad, y desde luego no se entiende que el contenido y dirección de la voluntad (su finalidad, los objetivos perseguidos) sean esenciales para la acción, sino que se destaca el aspecto objetivo de la causación de resultados externos, aunque consistan en la propia realización de una actividad o inactividad (entendida en sí misma como resultado exterior de la orden o impulso cerebral). Además, tanto en el concepto clásico como en el neoclásico de delito la categoría de la causalidad o relación causal con el resultado se estudia dentro de la acción. Esa concepción fundamentalmente objetivista de la acción daba lugar por otra parte a lo que se denomina el concepto causalista delito, que (...) entiende que la tipicidad y la antijuridicidad se refieren fundamentalmente a la parte objetiva –externa– de la acción, mientras que los elementos subjetivos o anímicos se caminan únicamente–con alguna excepción marginal–en la culpabilidad”. Sobre esto último, vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 251.

24 Cfr. MACHADO RUIZ / MAQUEDA ABREU / MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS / MORENO-TORRES HERRERA / PÉREZ ALONSO / POMARES CINTAS / PORTILLA CONTRERAS / RAMOS TAPIA / ZUGALDIA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 378-379.

II.3. EL CONCEPTO FINAL DE ACCIÓN

11. La acción humana es ejercicio de la actividad final. Es decir, la acción es un acontecimiento orientado a alcanzar un resultado, en donde el hombre, gracias a su “saber causal”, puede prever las consecuencias de su conducta y asignarse, por tanto, metas diversas, así como dirigir su actividad -conforme a un plan- a la consecución de dichos fines²⁵. Por ejemplo, el que una persona, para matar a otra (fin), se dirija a una panadería y compre distintos alimentos a los cuales, luego, les rociará veneno para así cumplir con su objetivo.

De ese modo, se afirma que si bien el finalismo no renunció a una comprensión de la acción previa sobre la cual habrían de precisarse posteriormente las otras categorías dogmáticas del delito, su concepto de acción recuperó una visión supraempírica, ya que, desde dicho planteamiento, la acción constituía -a diferencia de los procesos causales -una expresión de sentido del ser humano orientada a la consecución de determinados objetivos propuestos²⁶.

12. Se indica que la dirección final de la acción se lleva a cabo en dos momentos: a) en la esfera del pensamiento y b) en el mundo real. El primero hace referencia a que el agente anticipa el fin que quiere obtener, selecciona los medios que se precisan para conseguir dicho fin y toma en consideración los efectos concomitantes. De otro lado, el segundo se refiere a la realización del plan del autor, de manera que, en el mundo real, se adaptan los procesos causales a los medios

25 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 280.

26 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 352. En ese sentido, el finalismo considera que “la acción humana no puede ser considerada de forma escéptica separada de la voluntad (como hacía la concepción causal de la acción), sino que el que quiere algo y, en consecuencia, la acción lleva implícita la voluntad, el contenido de la voluntad. La acción siempre va dirigida a un fin por lo que la acción implica una actividad final. Esto significa que el obrar humano primero analiza la meta a la que quiere llegar y dispone los factores causales conforme a un plan para alcanzar el fin perseguido”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 410.

con que el autor cuenta²⁷. De esta forma, para esta escuela, la acción es una actividad finalmente dirigida.

13. Esta concepción, pese a que tuvo bastantes partidarios, también fue objeto de crítica. En efecto, en tanto la conducta era final, este concepto resultó insuficiente para considerar las distintas manifestaciones del delito, como en los delitos culposos (en los que precisamente el agente no actúa en virtud de una finalidad delictiva) y en los delitos omisivos (en los que el agente materialmente no ejecuta un fin concreto, sino evita realizar lo esperado).

Las críticas en contra del concepto final de acción llevaron a WELZEL a querer sustituir la denominación “final” por la de “cibernética”, en la medida que lo realmente importante era el control y dirección de la acción. No obstante, dicha comprensión de la acción también fue considerada incompleta en cuanto al enfoque utilizado, presentando con mayor déficit el centrar el concepto de acción en las capacidades individuales de control en desmedro de la vertiente social que innegablemente dicho concepto posee²⁸.

14. A pesar de las críticas, esta concepción tiene seguidores. Muestra de ello es el análisis del dolo a nivel del tipo, lo que se halla en oposición con las teorías causales que lo consideraban como una forma de culpabilidad. Otro efecto de la concepción final de acción es la afirmación de que lo ilícito está también determinado por la valoración negativa de la acción y no solo por la del resultado, que es más bien propio de una tesis causal²⁹.

II.4. EL CONCEPTO SOCIAL DE ACCIÓN

15. Para los partidarios de la concepción social de acción, el criterio común que permite elaborar un concepto único

27 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 410.

28 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 352.

29 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 389.

–que comprenda el hacer y el omitir– es el “carácter socialmente relevante del comportamiento humano”, lo cual constituiría una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Desde dicha perspectiva, el comportamiento es “una respuesta del ser humano a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo con su libertad, tiene a su disposición”³⁰.

16. Se advierte así que la tesis social, sostenida por EBERHARD y SCHMIDT en 1936, surgió para construir un puente entre las teorías causalistas y finalistas, pretendiendo elaborar un concepto único de acción, de manera que resulten aglutinados, en un denominador común, la finalidad (como esencia de los delitos dolosos), la causalidad (como base de los delitos culposos) y la pasividad contra lo esperado (en la omisión)³¹. La buena aceptación que tuvo dicha teoría se debió al hecho de que respondió de mejor manera a la búsqueda de un concepto que comprendiera las diversas formas de conductas (comportamientos activos o de omisión, dolosos o culposos). Dicha teoría constituyó una respuesta ante las diversas posibilidades de actuar que tiene toda persona³².
17. Sin embargo, esta teoría fue objeto de diversas críticas consistentes en que la “relevancia social” no explicaría la función de delimitación del concepto, pues no podía prescindir de notas como la voluntariedad o la dominabilidad. Asimismo, tampoco cumplía la función de enlace, toda vez que se trataba de una mera idea de acción sin repercusiones en los demás estratos del hecho punible. Se afirmó, incluso, que esta concepción hacía de la teoría de la acción una teoría del injusto y que la relevancia social era

30 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 390.

31 Cfr. BRAMONT-ARIAS, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte General*, p. 294.

32 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 390.

una cualidad accidental que de faltar no excluía la acción sino su significación social³³.

En esa línea, se afirmó que tal teoría apenas lograba diferenciar entre la relevancia social del hecho y la relevancia jurídica. Así, se cuestionaba que las fronteras entre lo social y lo jurídico desapareciesen ante supuestos en los que la propia regulación penal sea la que otorga la relevancia social a los hechos. En estos casos, a decir de GARCÍA CAVERO, el concepto de acción no era previo al Derecho penal, sino, más bien, un concepto definido por el propio Derecho penal³⁴. Por ejemplo, es el Derecho (concretamente, la normatividad penal y administrativa) lo que hace social y jurídicamente reprochable manejar en estado de ebriedad.

II.5. EL CONCEPTO PERSONAL DE ACCIÓN

18. Según esta concepción, la acción es “manifestación de la personalidad”, de modo tal que únicamente puede hablarse de ella cuando el hecho realizado puede ser reconducido a la actuación de un ser humano como una unidad psico-física³⁵. Al ser esto así, no podría afirmarse una acción si es que el individuo se presenta como un simple instrumento u objeto o si se trata de situaciones de inconsciencia, sin poder someter sus impulsos a una ponderación racional³⁶.

Para ROXIN el “concepto personal de acción”³⁷ se basa en la afirmación de que “el elemento específico de toda acción humana es el hecho de que esta siempre constituye una expresión de la personalidad, de manera que es acción todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de

33 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, p. 521. Afirma que no es cierto que todas las acciones humanas fueran sociales, pues también “Robinson Crusoe actuó en una isla”.

34 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 354.

35 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 357.

36 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 357.

37 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 264 y ss.

centro psíquico y espiritual de actividad; negándosele, por el contrario, tal calidad a aquello que escape al control de la instancia psíquica-espiritual y que corresponda a la esfera solo somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, estados de *delirium* o inconciencia, entre otros)³⁸.

Un sector de la doctrina sostiene que tal concepto de acción cumple a cabalidad la función de elemento básico de la noción de delito (pues no solo permite identificar todos los tipos de acción penalmente relevantes, sino también los que se encuentran fuera del ámbito del Derecho penal), así también satisface la función de límite respecto a otros sucesos (las ideas, los deseos y las actividades de las personas jurídicas no podrían ser consideradas como acciones) y cumple la función de vínculo de los demás elementos de la infracción (el criterio personal lo cumple debidamente porque es conforme a la comprensión de la acción en un nivel previo al del Derecho penal)³⁹.

19. Todo esto explicaría que la noción propuesta no se oriente hacia el naturalismo o el normativismo. No obstante, conforme a esta postura, se indica que “si bien es cierto que en general el hecho de averiguar si se trata o no de una acción es independiente de la conformidad del acto a un tipo legal, hay que admitir que se dan casos en los que la determinación de si existe o no una omisión depende de lo que disponga una disposición legal”⁴⁰.

ROXIN destaca que dicho concepto de acción es prejurídico e intenta coincidir plenamente con la realidad de la vida⁴¹. Sin embargo, como también advierte LUZÓN PEÑA, el men-

38 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 391-392. En esa línea, vid. Casación nº 134-2015-Ucayali.

39 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 392.

40 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 392.

41 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 265.

cionado concepto de acción no es puramente naturalístico como el concepto causal, ni reduccionista como el concepto final, tampoco normativista como el concepto negativo u otros; lo cual, no impide [desde otra perspectiva] que sea un concepto normativo, toda vez que la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo para el examen jurídico de la acción y, por otro lado, porque hay supuestos como el de la omisión en donde se tiene que atender a la valoración jurídica⁴².

El propio ROXIN señala lo siguiente: “el concepto personal de acción aquí desarrollado –a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo– es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo, en la medida en que en los terrenos fronterizos atienden a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es [puramente] normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica”⁴³.

Quizá en atención a dichos detalles, es que se considera que el concepto de acción no puede ser entendido sin atender su relevancia típica. En efecto, se advierte que dicho concepto no es suficiente para configurar una categoría autónoma del delito, de manera que solo podría adquirir contornos definidos si se recurre al tipo penal correspondiente⁴⁴. Dicho de otra manera, se exige, para la definición del concepto de acción, una referencia a criterios jurídico-penales.

42 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 264.

43 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 265.

44 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 358.

II.6. EL CONCEPTO NEGATIVO DE ACCIÓN

20. El concepto negativo de acción fue formulado por HERZBERG bajo la siguiente expresión: la acción es entendida como el “no evitar evitable en posición de garante”. Con ese concepto, comenta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, se pretendió abarcar tanto a la acción como a la omisión, pues en ambos casos al autor se le imputa el no evitar un resultado que era evitable, añadiéndosele el requisito de la posición de garante, centrándose así el comportamiento (acción u omisión) en los supuestos en los que la persona es responsable de la evitación del resultado⁴⁵.
21. En contra de dicha postura se ha señalado que se deja de lado los delitos de omisión propia en los que no hay deber alguno de garantía por parte del omitente. Asimismo, tampoco este concepto de acción logra cobijar todas las formas delictivas⁴⁶.

Por su lado, GARCÍA CAVERO indica, al igual que con el concepto personal de acción, que nos hallamos ante un concepto que no puede pretender ser un concepto de acción previo al Derecho penal: “Si se analiza con detenimiento esta propuesta de definición de la acción, podrá concluirse que, en el fondo, se recurre al tipo penal para definir la acción, pues lo que debe evitarse solamente puede ser determinado en función de la contextualización típica (la posición de garantía o la situación típica). Con base en estas ideas, resulta patente que el concepto negativo de acción no se construye a partir de la omisión en sí misma, sino a partir de la configuración típica del delito omisivo. El concepto común de acción estaría definido, por tanto, por la relevancia penal que da la tipicidad a la acción y a la omisión”⁴⁷.

45 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 412.

46 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, p. 522.

47 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 357.

II.7. LA NOCIÓN FUNCIONAL DE ACCIÓN

22. Desde una posición normativo-sistémica, como la expuesta por JAKOBS, se advierte que la acción se entiende como la “causación del resultado individualmente evitable”, configurándose como un concepto puramente normativo que parte de que la norma no va dirigida a comportamientos inevitables. Cualquier comportamiento contrario a la norma solo puede ser un comportamiento evitable.

La acción será el hecho que es culpable, de manera que para nada importará al concepto el aspecto externo, esto es, el movimiento corporal, pues, lo que interesa es la relación que tiene el sujeto con la norma⁴⁸. El concepto de acción, entonces, se establecerá determinando tanto a aquel que realiza la conducta como al mundo exterior: la acción es la “causación del resultado individualmente evitable o la causación evitable del resultado, lo cual elimina toda división entre acción y omisión”⁴⁹.

23. Para evaluar un comportamiento, lo importante no será la naturaleza (ni lo físico ni lo psíquico), sino el sentido. La elaboración del concepto de acción se basará en la comunicación, implicándose así que es relevante el esquema social de interpretación del suceso, porque si las normas son estructuras reflexivas de expectativas, la relación de comunicación siempre se define por el contexto. La acción jurídico-penal se definirá como un comportamiento objetivamente imputable, individualmente evitable y culpable, lo que significa atender al sentido global del hecho⁵⁰.

En otras palabras, “las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del

48 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 329.

49 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 329.

50 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 358.

sujeto, que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad da a la misma, esto no es objeto de imputación objetiva. (...) Pero la pregunta que surge en forma inmediata, es la siguiente: ¿Cómo se determina ese esquema social de interpretación? Esta tarea corresponde a la teoría de la imputación objetiva. Con base en un sistema coherente, la imputación objetiva nos suministra el esquema de interpretación del suceso, a través del riesgo permitido, el principio de confianza, de las acciones a propio riesgo y de la prohibición de regreso”⁵¹.

24. Desde esa perspectiva, la acción y la imputación objetiva no serán dos elementos del tipo totalmente separados e independientes; por el contrario, la imputación objetiva complementa y realiza la acción. Se funde así, en una sola entidad, el concepto de acción, como acto comunicativamente relevante, con el sistema de la imputación objetiva⁵². Por ejemplo, desde el plano valorativo, dará igual que un médico deje de suministrar la medicina necesaria para que su paciente no muera a que –ante la agonía del paciente– decida ahorcarlo con sus propias manos. Ambas conductas (la comisiva y la omisiva) son penalmente relevantes.

Como indica VELÁSQUEZ, la idea de acción esbozada por semejante construcción “pretendió ir más allá de las elaboraciones causalistas y finalistas, de tal manera que, con un punto de partida puramente normativo, se llegó a concluir que “el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad”, pues en su seno “lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal”, la acción es, pues, “siempre y en todo caso solo algo socialmente inadecuado”⁵³.

51 MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, p. 28.

52 Cfr. MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, p. 28.

53 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, p. 524.

25. En efecto, JAKOBS⁵⁴ ha elaborado un sistema sumamente coherente al interior de la moderna dogmática penal, la cual ha venido siendo aplicada por nuestra Corte Suprema, así como por otras instancias del Poder Judicial, en numerosos casos⁵⁵. La citada teoría, comprende que a través del quebrantamiento del “rol” de persona integrante de la sociedad y, como consecuencia de ello, la producción de un riesgo penalmente no permitido, se realiza la imputación al tipo objetivo.

En este sentido, de acuerdo a CARO JOHN, se puede señalar que: “(...) para un esquema de interpretación funcional normativista se imputa a la persona y no al individuo; es decir, solo la persona puede ser imputable jurídico-penalmente. Y la persona imputable es aquella ‘portadora de un rol’, en virtud del cual es titular de un ámbito de organización con derechos y deberes determinados”⁵⁶. La postura funcional-normativa se aleja, entonces, de la plena subjetividad del actuante y del resultado en el mundo exterior que, de cualquier forma, un sujeto pueda causar para, en vez de ello, valorarlo como una estructura normativa que tiene lugar en el sistema jurídico.

III. LA AUSENCIA DE ACCIÓN

26. El CP se refiere implícitamente a la acción cuando se ocupa de los supuestos que tradicionalmente se han calificado como “causas de falta de acción”⁵⁷. De ese modo, si bien,

54 Lo señalado, puede observarse claramente en el estudio de la obra del citado profesor por parte de MONTEALEGRE LYNETT / PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y normativismo penal”, pp. 25-92.

55 Vid. R.N. n° 4288-97 Ancash, del 13 de abril de 1999 / R.N. n° 4166-99 Lima, del 7 de marzo de 2000/ R.N. n° 6239-97 Ancash, del 3 de julio de 1998/ 22° Juzgado Penal de Lima. Exp. n° 5931-96 Lima, del once de junio de 1997, entre muchas otras resoluciones. Para un análisis detallado de algunas de las sentencias aquí señaladas, vid. DU PUIT, “Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia”, pp. 509-562.

56 CARO JOHN, “La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudencia penal: el caso del taxista”, p. 30.

57 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 375.

para un sector de la doctrina, el concepto de acción habría perdido la función de elemento básico de enlace de las otras categorías del delito, aún mantendría una determinada función negativa o de exclusión, ya que permitiría, precisamente, dejar de lado desde el inicio el análisis de ciertos sucesos como penalmente relevantes.

Esto tiene su fundamento en que la función delimitadora o negativa que cumple la teoría de la acción supondrá que no existe acción relevante para el Derecho penal cuando falta la voluntad, esto es, que “se requiere de un impulso socio-individual orientado a un objeto de referencia, de manera que la ejecución causal esté dirigida a lo que se propuso el sujeto, como consecuencia material. Estamos ante un caso de ausencia de acción cuando el sujeto no puede orientar su conducta conforme a algún objeto de referencia (no es una actividad consciente)”⁵⁸.

Así pues, a través del art. 20, inc. 6 del CP se apunta que se halla exento de responsabilidad: “el que obra por fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”. Sin embargo, dicha regulación, a criterio de HURTADO POZO, es incompleta pues la fuerza física irresistible no es la única causal que excluye la acción. En otras palabras, “si se asume que es imprescindible que se prevean de modo expreso las causales que la eliminan, de igual manera como se reguló la fuerza física irresistible, se debió proceder con los estados de inconsciencia y los movimientos reflejos. Por el contrario, si se entiende que resulta prescindible establecer en el texto legal las causales que excluyen la acción, ni siquiera la previsión legislativa de la fuerza física irresistible tendría sentido”⁵⁹.

58 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 272-273.

59 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 398.

27. No obstante ello, es posible admitir que la conducta de aquella persona que interviene en un suceso bajo la influencia de una fuerza física irresistible, no puede ser considerada de modo alguno como una acción, toda vez que el violentado carece de voluntad, pudiéndose señalar incluso que es un “instrumento ciego” de quien ejerce la violencia, por lo que –en realidad– la acción no le pertenece.

En efecto, por fuerza física irresistible se entiende a aquel estímulo externo, que es extraño al agente, pero que le genera un movimiento involuntario. Su origen debe provenir del exterior, sea de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza. Por ejemplo, la corriente de agua que hace resbalar a una persona que, como consecuencia de ello, termina empujando a otra que finalmente se ahoga.

De otro lado, la fuerza psíquica o coacción (*vis compulsiva*) no descarta la acción, pues no anula la voluntad, sino que se incide en el proceso motivador de la toma de decisión del agente, por lo que no afecta la acción, sino, en todo caso, la antijuridicidad (estado de necesidad) o a la culpabilidad (miedo insuperable)⁶⁰, según sea el supuesto. Así, por ejemplo, el empleado de un banco que es amenazado de muerte si no entrega una cierta cantidad de dinero al delincuente, realiza una acción voluntaria, pero no es culpable.

28. En esa misma línea, tampoco puede considerarse como acciones los movimientos reflejos que se presentan como una reacción inmediata e involuntaria ante un estímulo interno o externo. Por ejemplo, las convulsiones, los vómitos y, en ciertas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa. En dichos casos, según apunta HURTADO POZO, es necesario, por supuesto, que “el movimiento sea de índole puramente somática y se produzca fuera de toda influencia de la voluntad”⁶¹.

60 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 274.

61 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 399.

29. También se tienen los casos en los que no hay un acto exterior reconducible a un ser humano. Dichos casos se presentan cuando los hechos son provocados por animales (siempre que no hayan sido utilizados por las personas para cometer un delito), también se tiene el caso fortuito, que enmarca hechos absolutamente imprevisibles (por ejemplo, un terremoto) y los meros pensamientos.
30. Por otro lado, también debe ponerse atención en que los profundos estados de inconciencia como la situación de narcosis, hipnosis o embriaguez, así como los ataques convulsivos, tampoco constituirán acciones. Sin embargo, es posible admitir que “si el estado de inconciencia es relativo, de forma tal que el agente mantiene cierto grado mínimo de voluntariedad, entonces no cabrá una exclusión liminar del análisis jurídico-penal, sino que se tendrá que encontrar a nivel del injusto y la culpabilidad el sustento de su irrelevancia penal”⁶².

De esta forma, la inconciencia solo excluirá la acción cuando se advierta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre⁶³. Un caso especialmente complicado será el de la embriaguez, ya que esta admite diversos niveles, de modo que –más allá de la legislación extra penal, es decir, de las reglas administrativas que presentan una tabla de alcoholemia– lo cierto es que tal estado deberá evaluarse en sintonía con los principios que rigen de cara a una imputación personalizada.

Se discute la posibilidad de sugestión en un caso de hipnosis. La “escuela de Nancy” la afirma, mientras que la “escuela de París” la niega. Existe, no obstante ello, un criterio intermedio que hace depender la respuesta de la personalidad del sujeto. Para VILLAVICENCIO, en el

62 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 376.

63 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 275.

Derecho penal peruano, en el caso de la hipnosis se admite la ausencia de acción, pero se debate la responsabilidad del hipnotizador como autor mediato o autor directo. De otro lado, en el plano comparado, dicho autor señala que se discute la situación de inculpabilidad del hipnotizado⁶⁴.

64 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 275.

BIBLIOGRAFÍA

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte General*, Lima, 2004.

CARO JOHN, José Antonio, “La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudencia penal: el caso del taxista”, en *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Lima, 2010.

DU PUIT, Joseph, “Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia”, en HURTADO POZO (ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, Lima, 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Lima, 2012.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3° edición, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, (trad. PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZALES / CANCIO MELIÁ), Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5° edición, (trad. OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Navarra, 2010.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 2004.

MACHADO RUIZ, M^a Dolores / MAQUEDA ABREU, M^a Luisa / MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena / MORENO-TORRES HERRERA, M^a Rosa / PÉREZ ALONSO, Esteban Juan / POMARES CINTAS, Esther / PORTILLA CONTRERAS, Guillermo / RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, 2^{da} edición, Valencia, 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10^o edición, Barcelona, 2016.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en MONTEALEGRE (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, tomo I, Bogotá, 2003.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge, “Funcionalismo y normativismo penal”, en YACOBUCCI (coord.), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Lima, 2005.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, (trad., de la 2^o edición, alemana de 1991 y notas por LUZÓN PEÑA / GARCÍA CONLLEDO / DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2° edición, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 4° edición, Medellín, 2009.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. APUNTE PREVIO

1. La imputación objetiva es una herramienta jurídica necesaria para un adecuado juicio de atribución normativa de responsabilidad penal¹ y tiene, hoy en día, un mayor arraigo en la jurisprudencia nacional². En líneas generales, según esta teoría, un acontecimiento determinado (el resultado) será penalmente relevante solo si se considera vinculado con la conducta que haya creado un riesgo prohibido³.

-
- 1 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 434. Señala que “la teoría de la imputación objetiva no es sino producto de un proceso evolutivo, cuyos orígenes -de acuerdo a cierto sector de la doctrina- se remonta a comienzos del siglo XIX en la persona de Georg Wilhem FRIEDRICH HEGEL y más modernamente [sic] en las de Karl LARENZ y Richard HONIG, posición que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pasando por ser considerada un medio para limitar la causalidad, hasta un sistema coherente de imputación de un suceso”.
 - 2 Vid. GARCÍA CAVERO, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Perú”, pp. 294-315. También, CARO CORIA / REYNA ALFARO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, pp. 585-612.
 - 3 Sobre este tema, la Corte Suprema mencionó, en la Casación n° 23-2016-Ica, lo siguiente: “la atribución penal de una conducta a una persona ha partido, tradicionalmente, desde un mismo punto: la demostración de un nexo de causalidad entre su acción y la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, no toda causación de un resultado hace que una persona responda penalmente por dicha acción. A través de la denominada teoría de la imputación objetiva, se determina cuándo una acción imputada es normativamente atribuible a una persona y,

2. El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la demostración natural de una relación de causalidad y, luego, la existencia previa de una imputación del comportamiento voluntario. En otras palabras, el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado causal y normativamente como la consumación del comportamiento prohibido⁴. Como señala FRISCH, “Tres son las condiciones para la imputación objetiva del resultado, según la teoría de la imputación más reciente: primero se exige que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación. Además, es necesario que haya creado con su conducta un peligro desaprobado. Finalmente, debe haberse realizado en el resultado ese mismo peligro desaprobado”⁵. Pasaremos a exponer *grosso modo* estos elementos.

II. RELACIÓN DE CAUSALIDAD NATURAL

3. Para la existencia del delito se requiere de una conducta o hecho humano. Es este el primer eslabón de la cadena de categorías que dan contenido al concepto de delito. Y es que,

por tanto, la hace responsable de dicha acción”. En la actualidad, se puede afirmar que la importancia de esta teoría se expande a zonas ajenas al de la sola determinación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, para aplicar la prisión preventiva resultará necesario realizar, entre otras cosas, un juicio de responsabilidad penal a partir de criterios normativos. En esa línea, lo expuesto por la Corte Suprema en la Casación n° 724-2015-Piura: “es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasará este primer presupuesto material de la prisión preventiva [la apariencia de delito]”.

- 4 Actualmente se acepta que solo partiendo de una determinada concepción del injusto, y en concreto del disvalor de acción, resultan operativos los criterios propuestos. Es decir si se parte de un disvalor de acción concebido de modo objetivo-normativo, y se señala que solo pueden ser imputados aquellos resultados que son fruto de un comportamiento *ex ante* como objetivamente peligroso para un bien jurídico. Así los criterios de ROXIN (creación del riesgo, la realización del riesgo y el ámbito de protección de la norma –o alcance del tipo) constituyen los parámetros sobre los que se configura en el delito, el juicio de imputación al tipo objetivo.
- 5 FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 29.

por lógica, si el hecho no sucedió o no hubo comportamiento, no podrá realizarse una imputación válida⁶.

Por ejemplo, el Fiscal imputa a una persona que el día 18 de noviembre de 2015, en su oficina ubicada en Lima, emitió y entregó un cheque, a favor de X, sabiendo que no tenía fondos (art. 215.1 del CP). El abogado defensor podría decir: “no existió comportamiento pues mi patrocinado vive desde hace 20 años en el extranjero, no pudo girar en Lima cheque alguno”, presentando como prueba la boleta migratoria en la que se demuestra que el imputado nunca regresó al Perú. O también puede decir: “mi patrocinado no giró ese cheque, esa no es su firma”, presentando una pericia grafotécnica como prueba.

Hasta aquí, el abogado defensor restringe su estrategia a negar la existencia de comportamiento alguno de su patrocinado por su lejanía al lugar o por la no suscripción del título valor. Es decir, no niega el hecho (que se haya girado un cheque sin fondos), niega la existencia de comportamiento atribuible al autor (su patrocinado no giró el cheque).

Sin embargo, como se da en algunos casos, negar la presencia física del agente no es suficiente, el Fiscal podría decir: “el imputado ordenó a un tercero a que en su nombre -mandato- gire un cheque y lo entregue a X”. Con ello, el Fiscal afirmarí­a no solo la existencia del hecho (que se haya girado un cheque sin fondos) sino también del comportamiento (la orden). El abogado, siempre en el marco de la acción natural, podría decir: “mi patrocinado no ordenó que se gire cheque alguno” (negando el comportamiento) o

6 La Corte Suprema, mediante la Ejecutoria Vinculante n° 956-2011-Ucayali, reconoció el principio de imputación necesaria. En especial, se estableció como indispensable que en toda imputación se describa de forma concreta e individualizada el *hecho* que se le atribuye a una persona. La Corte Suprema señaló lo siguiente: “[para que una resolución judicial sea válida] no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados”.

“nunca hubo giro ni cheque alguno” (negando totalmente el hecho). Ello dependerá de la calidad de prueba que tenga (por ejemplo, sería recomendable que niegue el hecho si es que posee prueba de que su patrocinado no tiene cuenta bancaria en ninguna institución financiera o, por lo menos, en la institución que se hace referencia en la imputación).

Como podrá verse, aun cuando la discusión es estrictamente fáctica, la explicación jurídica de la misma es inevitable. El hecho (como comportamiento o como resultado) es el primer objeto de valoración.

4. No obstante, es también importante establecer –en caso se haya demostrado tanto el comportamiento como el resultado en su sentido natural o fenomenológico– que existe una relación lógica entre ambos. Para ello, se apela, desde un inicio, a las leyes naturales.

Por ejemplo, si la empresa X arroja al río residuos líquidos, por su naturaleza se sabe teniéndose segura la contaminación de las aguas (art. 304 del CP). Si bien el Juez no fundamentará su sentencia ni el Fiscal su acusación, en la razón material de que la contaminación reside en el inexorable cumplimiento de la ley de la gravedad; sin embargo, el hecho histórico sí servirá a las autoridades como base para establecer la relación de causalidad natural y a partir de ello realizar el juicio respectivo de imputación objetiva⁷.

La relación de causalidad natural (su demostración) si bien es punto de partida, no es suficiente para determinar un

⁷ La Corte Suprema señala que la imputación objetiva se “construye” sobre la base de la “causalidad” (Acuerdo Plenario n° 1-2016/CJ-116). Al respecto, existe discusión en torno a la necesidad de establecer una relación de causalidad en los delitos de omisión. Se afirma que en estos casos es posible atribuir el resultado a un comportamiento omisivo siempre que se haya podido considerar que la acción omitida pudo haber evitado el resultado, con una probabilidad rayana con la certeza. Sobre este tema, con mayor profundidad, GIMBERNAT ORDEIG, “La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’”, pp. 29 y ss.

injusto. Por ejemplo, X es dueño de una imprenta y recibe el pedido –por parte de Y– de producir cien facturas con el RUC de la empresa del cual Y es Gerente General. X cumple con el encargo y le entrega a Y las mencionadas facturas. Y utiliza dichos documentos e inventa operaciones comerciales con el propósito de obtener créditos fiscales, ¿el acto de X fue causa del perjuicio económico ocasionado al Estado? En término naturalístico sí. No hay que olvidar que sin la entrega de facturas a Y, este último no hubiese falsificado el contenido de dichos documentos y, por lo tanto, no hubiese defraudado al fisco. Sin embargo, en clave normativa, no es posible atribuir responsabilidad penal a X, pues él realizó una conducta que está permitida por nuestro ordenamiento jurídico (derecho a contratar). Sobre la valoración normativa del comportamiento nos referiremos a continuación.

III. EL RIESGO PROHIBIDO

5. Un juicio normativo de causalidad exige demostrar que con el comportamiento voluntario⁸ se haya creado un riesgo prohibido⁹. Se dice que nuestras sociedades actuales son sociedades de riesgo. El riesgo es su elemento constitutivo, lo hay en el tráfico rodado, en la producción industrial, en las intervenciones médicas, entre otros supuestos. De no aceptarse tales riesgos, el progreso de la sociedad se truncaría, su funcionamiento se paralizaría, los avances tecnológicos se estancarían, es por todo ello que no todo riesgo puede ser pasible de sanción penal. No obstante, está claro que con la realización de conductas riesgosas se

8 Se excluyen los casos de ausencia de voluntad: fuerza física irresistible, sonambulismo, hipnotismo, entre otros. Vid., capítulo anterior.

9 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 259-260: “Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que *ex ante* apareciese como creadora de un riesgo típicamente relevante”.

puede llegar a lesionar bienes jurídicos. En tal dirección, los reglamentos, las *leyes artis* de las profesiones y las máximas estandarizadas de la experiencia delimitan y fijan los alcances del riesgo permitido¹⁰. Por ejemplo, si una persona realiza un comportamiento riesgoso, pero adecuado socialmente y lo hace dentro de los parámetros, reglamentos, normas, establecidas para la realización de esa conducta riesgosa no se le puede imputar objetivamente la causación de un resultado lesivo a un bien jurídico. Tal sería el caso de la actividad médica, la actividad minera o en la actividad de construcción, entre otros supuestos. Tanto el Fiscal como el abogado defensor, al diseñar su estrategia y establecer el carácter riesgoso del comportamiento, deberán tener en cuenta estos criterios.

6. De ese modo, dichos riesgos solo adquieren relevancia jurídica cuando la conducta genera uno no permitido. ¿Cómo determinar el riesgo prohibido? En virtud de criterios cualitativos y cuantitativos.

- 6.1 En cuanto a los criterios cualitativos, se afirma que para la concreción del riesgo prohibido se debe tener en cuenta, en primer lugar, las conductas peligrosas que el propio ordenamiento jurídico las considera prohibidas¹¹. Así, en el campo del Derecho penal económico, el D. Leg. n° 1106 (lavado de activos) prohíbe que se oculte dinero cuando se sabe que proviene de un delito. En este caso, la mencionada “ley” delineó el marco del comportamiento permitido. No solo la ley puede realizar esa función, hoy en día es común que el carácter antijurídico del comportamiento

10 Con relación al riesgo permitido, la Corte Suprema, en la Casación n° 912-2016-San Martín, indicó que este “es un instituto dogmático liberador de responsabilidad penal que nos permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo”.

11 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 353.

esté impuesto, desde un inicio, por las reglamentaciones administrativas que regulan determinadas actividades de explotación económica y prohíben, bajo amenaza de multa, la realización de determinadas conductas. Estas normas también cumplen un papel limitador de la conducta permitida. Por ejemplo, el Decreto Supremo n° 01-2010-AG prohíbe el uso productivo del agua sin la autorización de la Autoridad Nacional. Si es que el agente no tiene dicha autorización, mediando dolo, se habrá cometido el delito tipificado en el art. 305 del CP, en el que se sanciona con gravedad a quien “actúa clandestinamente en ejercicio de su actividad”. De este modo, para determinar la responsabilidad penal *ex ante* se debe verificar la no existencia de alguna autorización administrativa y la realización del comportamiento.

A contrario, si una persona actúa de conformidad con las normas que regulan el sector en el que desarrolla su actividad, no crea un riesgo prohibido¹². Por ejemplo, X es gerente de una empresa minera y en cumplimiento de lo dispuesto por las autoridades fiscalizadoras, ordena que se coloquen diques de contención y así evitar el desborde de las aguas residuales. A pesar que X cumplió con la norma de cuidado, producto del desprendimiento de una roca de un cerro aledaño a la empresa (hecho no previsible), el dique se destruyó y se produjo un desborde. En el ejemplo existe una relación de causalidad natural (la destrucción del dique y la contaminación ambiental), pero no podemos imputar

12 No crea un riesgo prohibido para el Derecho penal quien con su conducta no vulnera una norma de prohibición ni infringe una norma de mandato o actúa bajo el influjo de una norma de permisón (realiza un comportamiento justificado). Sobre este tema, MEINI sostiene con razón que dado que la tipicidad y la antijuridicidad “se fundan en una sola categoría denominada ‘injusto’, no se distingue entre causas de atipicidad y causas de justificación: todas son por igual causas de exclusión del injusto”. MEINI, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, pp. 318 y ss.

objetivamente el resultado a X, ya que construir diques no constituye en sí un riesgo jurídicamente relevante, (es un acto legítimo de aseguramiento ante peligros). El resultado fue causado por un hecho externo, ajeno a su voluntad. Esto se fundamenta en que dentro del principio del riesgo se habla de los peligros adecuados socialmente (por ejemplo, la realización de actividades mineras). Como ya se dijo líneas arriba, al ser nuestra sociedad una sociedad de riesgos, esta acepta determinados peligros en razón de su utilidad social (por ejemplo, la creación de empleo y bienestar comunitario producto de la actividad económica).

Ahora bien, ¿qué sucede si es que un determinado sector carece de regulación jurídica o técnica? Se debe aplicar el criterio general del ciudadano prudente. Este es el caso, por ejemplo, de los administradores de patrimonio ajeno. Su administración defectuosa será considerada un riesgo relevante cuando supere el estándar de lo previsible y ponga en grave peligro los intereses económicos de los titulares del patrimonio.

De otro lado, el agente debe ser competente (garante) del riesgo creado a fin de poder considerar al comportamiento como típico¹³. De esta forma, incluso cuando una persona haya podido fácticamente evitar el resultado, lo relevante es determinar si ella tuvo o no el deber de evitarlo¹⁴. Por ejemplo, X es un empleado de un grifo que no avisó al conductor de un vehículo que

13 JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pp. 96 y ss. Quien menciona que “si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los daños posibles, se produciría una paralización inmediata de la vida social”. Y es que, como bien señala MEINI, “no todos somos garantes de evitar todos los riesgos”. MEINI, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 192.

14 Con mayor detalle, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, pp. 123 y ss.

las llantas del auto estaban bajas de aire. Luego de salir del establecimiento, el conductor del auto ocasionó un choque, produciendo lesiones a terceros. Durante el proceso penal se determinó que el incidente se produjo debido a las condiciones de los neumáticos. En este caso, ¿X fue competente por el riesgo? La respuesta es negativa. X, como empleado de un grifo, no tuvo el deber jurídico de vigilar y controlar las condiciones de los vehículos que ingresaron al mencionado establecimiento.

- 6.2. En cuanto a los criterios cuantitativos, como emerge de la propia denominación, la determinación del carácter prohibido o no del riesgo se basa en la “cantidad” legislativa y previamente determinada para calcular el desvalor total del comportamiento¹⁵. En nuestro sistema existen circunstancias cuantitativas que influyen en la determinación del injusto y lo configuran, y otras circunstancias que afectan su gravedad, pero no forman parte de él. A continuación, un ejemplo de una circunstancia cuantitativa que forma parte del injusto y permite determinar su gravedad. Así, en el delito de violación sexual en contra de persona menor de catorce años (art. 173 del CP), la edad de la víctima es un factor cuantitativo que permite delinear el sentido del tipo en casos de relaciones sexuales consentidas. En tanto se trata de un elemento objetivo del tipo, la edad de la víctima tiene que estar abarcada por el dolo.

De otro lado, existen circunstancias cuantitativas que influyen en el injusto penal, pero no forman parte de él (al ser ajenas al injusto penal, no tienen que estar abarcadas por el dolo). Estas circunstancias permitirán definir la *necesidad* de intervención del Estado ante la

15 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, p. 357.

creación o no de un riesgo prohibido para el Derecho penal¹⁶. Por ejemplo, conforme al D. Leg. n° 1111 (Ley de delitos aduaneros), el delito de contrabando exige que el valor del objeto trasladado supere el monto de 4 UITs. Otro ejemplo, mediante el art. 185 del CP se sanciona a quien sustrae un bien mueble ajeno. Dicho bien mueble debe tener un valor superior a una remuneración mínima vital (art. 444 del CP), de lo contrario, el hecho será calificado como una falta.

7. Alguien no crea un riesgo prohibido cuando actúa bajo el influjo del “principio de confianza”, “la prohibición de regreso” o la “autopuesta en peligro de la propia víctima”.

7.1. El principio de confianza: Mediante este principio se libera de responsabilidad penal a aquella persona que actuó diligentemente cumpliendo su rol y que espera que los demás hagan lo que les corresponda¹⁷. De esta forma, la responsabilidad penal se individualiza respecto de cada uno de los imputados, verificando si cumplieron o no su función, pues de lo contrario

16 La Corte Suprema consideró como un hecho irrelevante aquellos comportamientos que no son idóneos (por su falta de gravedad) para causar una lesión al bien jurídico. De esta manera, se evitó que el sistema penal se ocupe de casos de bagatela. Así, se tiene lo expuesto en el R.N. n° 1336-2012-Apurímac: “dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia, el comportamiento del imputado no constituye apropiación [como elemento objetivo del tipo de peculado]”.

17 ROMERO FLORES, *La imputación objetiva*, p. 36: “La organización de la sociedad actual se basa en el reparto de roles, cada individuo tiene asignado uno, y conforme a él se espera que se comporte de una determinada manera en cada concreta situación. Si cada sujeto espera que el otro actúe satisfaciendo la expectativa que de él se deriva, su actuación será una y no otra; es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entrañara riesgo, y no son pocas. En conclusión, si en una concreta situación se entiende que existe el principio de confianza, será lícito obrar como si los otros participantes (intervinientes) también obraran de modo correcto, aunque no lo hagan. Existe una expectativa, una esperanza de conducta del otro”.

podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero¹⁸. Por ejemplo, el representante de la empresa X, encargada de la extracción de mercurio, no será responsable de los daños a terceros que se ocasionen por el derrame de este mineral provocado por la impericia del chofer de la empresa Y, contratada para el traslado de estos objetos¹⁹.

Este principio tiene excepciones: La confianza solo es válida frente a personas responsables. Asimismo, no se

18 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 380.

19 Sobre el particular, vid., la sentencia recaída en el R.N. n° 3855-2007-Lima: “Que, para el presente caso es oportuno y aplicable el principio de confianza, que a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de autoresponsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos”. En esa línea, lo expuesto en el R.N. n° 768-2013-Ancash: “se presume *iuris tantum* que cada funcionario actúa en el marco de sus competencias y de acuerdo al principio de buena fe y legalidad de los actos administrativos, lo que determina a su vez el principio de confianza de que los demás funcionarios actúan dentro de los límites del riesgo permitido”. Asimismo, en la Casación n° 23-2016-Ica se indicó que “en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones. La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día [...]. Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba”. Por último, en la Casación n° 102-2016-Lima, se mencionó que “no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. Ejemplo: El cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención haya sido esterilizado por el personal de enfermería”.

puede argüir la confianza cuando el sujeto advierte que los terceros no han cumplido con sus funciones. En el ejemplo anterior, el representante de la empresa X no podrá argüir confianza si es que conocía, de antemano, que el chofer de la empresa Y no tenía breveté o era un menor de edad. Tampoco se podrá sostener que se está bajo el principio de confianza, por ejemplo, si es que previo a una operación, el médico advierte que la enfermera no esterilizó el material quirúrgico a utilizarse y, producto de esta circunstancia, se causa una infección al paciente.

- 7.2. La prohibición de regreso: Es un límite normativo a la participación delictiva²⁰. Quien realizó una conducta permitida por el Derecho por comportarse de acuerdo a su rol no realiza una acción penalmente relevante. GARCÍA CAVERO sostiene que “una imputación del comportamiento no resulta justificada solo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso”²¹. En buena cuenta, no se puede atribuir responsabilidad penal a una persona que ha realizado una prestación inocua²² o carente de valoración negativa, por enmarcarse dentro de lo permitido²³. Por ejemplo, quien vende los talonarios de

20 Vid. CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, p. 76.

21 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 376.

22 En el R.N. n° 34-2016-Lima Norte, la Corte Suprema indicó que “se aprecia que la conducta no es lesiva y que la imputación se produjo con motivo de la realización de una conducta neutral, surgiendo un supuesto de prohibición de regreso que constituye un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero”.

23 La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en la sentencia de 7 de

facturas a un tercero no será responsable de los actos de falsedad que pueda realizar esta persona. Al vendedor no le asiste el deber de controlar la conducta del tercero.

No podrá alegarse la prohibición de regreso cuando la conducta, que excede el marco de su competencia o de su rol, se realiza dentro de un contexto marcadamente delictivo. Por ejemplo, el taxista que traslada a un sujeto que al bajar del auto roba a un transeúnte no podrá alegar haber realizado una conducta neutral si es que, advirtiendo el plan del autor, lo conduce hacia una zona libre de control policial para que cometa su fechoría y espera al ladrón a fin de ayudarlo a huir.

7.3. La autopuesta en peligro de la propia víctima: Este criterio opera para excluir la responsabilidad del

marzo de 2001 que resuelve el R.N. n° 4166-99-Lima, relativo al conocido caso del “taxista”, adoptó la prohibición de regreso como fundamento de la atipicidad del comportamiento. Así: “tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro; que, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que Villalobos Chumpitaz, se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado (...)”. Dicho criterio lo ha empleado la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la decisión recaída en el R.N. n° 2242-2011-Huancayo: “(...) que el instituto dogmático de la prohibición de regreso, diferencia las conductas que son relevantes y punibles y cuales se mantienen al margen de ello; que la prohibición de regreso materializada con las denominadas conductas neutrales -inocuas o estereotipadas, adecuadas a determinada profesión u oficio, etc.-, entiende que algunas acciones creen ciertos riesgos permitidos o jurídicamente tolerados, y aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcance a constituir un acto de complicidad, pues estas se mantienen alejadas del hecho delictivo, por ser acciones con contenido social, con sentido inocuo, realizadas dentro del rol que compete a toda persona en la sociedad; que, por consiguiente, toda acción neutral, realizada dentro del rol correspondiente, común u ordinario a toda persona, no representa ningún aporte a un hecho punible, pues lo contrario obligaría a cuestionar todo acto cotidiano y someterlo a escrutinio para desentrañar las intenciones del tercero con el que se interactúa”.

autor cuando la víctima decide voluntaria y libremente hacer frente al peligro asumiendo sus consecuencias²⁴. HURTADO POZO considera que la autopuesta en peligro excluye la tipicidad de la conducta: “Si la misma persona se coloca en una situación de peligro, no se puede tratar de imputar el resultado que se produce al tercero que lo originó o lo hizo posible. Debido a que la puesta en peligro voluntaria de sí mismo no es penalmente relevante, la injerencia del tercero no concierne al Derecho penal”²⁵. De este modo, a la víctima le deben ser imputadas aquellas consecuencias lesivas producto de su propia negligencia (por ejemplo, el consumidor de un producto que no lee ni obedece las indicaciones claramente descritas en el envoltorio) o de su propia voluntad (por ejemplo, el caso del peatón suicida que se tira a las llantas del auto que iba a una velocidad normal)²⁶.

24 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC / MIRA BENAVENT, “Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva”, p. 723.

25 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 439.

26 La Jurisprudencia nacional no ha permanecido ajena a este tema. En la Ejecutoria de la Corte Suprema (R.N. n° 4288-1997-Ancash) se señala que: “[N]o puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídico relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal”. En esa línea, lo expuesto en el R.N. n° 2504-2015-Lima. En dicha resolución se indica que en el caso de un supuesto delito de estafa por venta de vehículos, a los compradores les incumbía la medida de “acudir al Registro de la Propiedad para acceder a la información sobre la titularidad de los vehículos”. Así, el perjuicio patrimonial que pueda haberse causado es “competencia de la víctima”. Además,

8. La no creación del riesgo prohibido excluye ya la imputación al tipo objetivo. En esa línea, está claro que las causas de justificación legitiman la creación del riesgo (no olvidemos que las causas de justificación se fundan en las llamadas normas de permisión). En otras palabras, quien actúa justificadamente realiza un acto permitido por el derecho, como se explicará en el capítulo correspondiente a la antijuridicidad.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL RESULTADO

9. La realización del riesgo prohibido debe haber provocado normativamente el resultado. Por ejemplo, en el caso de una persona que conducía un vehículo atropelle culposamente a otra causándole lesiones, solo será responsable por las consecuencias de su comportamiento antinormativo. Si la víctima del atropello finalmente fallece en el Hospital producto de la negligencia del médico de turno, dicho resultado (muerte) no podrá ser imputable al conductor del vehículo. No existe conexión normativa entre la conducta y el resultado²⁷.
10. Con mayor detalle, si bien al interior de la teoría de la imputación objetiva se han desarrollado un conjunto de criterios para afirmar o negar la creación de un riesgo

se tiene lo indicado por la Corte Suprema en la Casación n° 421-2015-Arequipa, en la que se indica que en el caso de la estafa con “fin ilícito”, el error es “atípico”, existe una “imputación a la víctima” de las consecuencias del hecho.

- 27 Con relación a este tema, la Corte Suprema ha establecido que mediante la teoría de la imputación objetiva, es posible determinar que el resultado es consecuencia directa del “quebrantamiento del deber de cuidado” del sujeto activo (Casación n° 912-2016-San Martín). Asimismo, se ha indicado que “para que una conducta sea reprochable penalmente se requiere que la lesión al bien jurídico sea objetivamente imputable al autor del comportamiento típico, esto es, no basta con causar, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo, sino es necesario que dicho resultado pueda atribuirse objetivamente” (Casación n° 581-2015-Piura).

prohibido, no puede dejarse de tomar en cuenta que la creación de dicho peligro jurídicamente desaprobado no podrá ser imputable a un sujeto si es que el mismo no se traduce en un resultado, que se entienda como la concreción de aquel peligro previamente generado²⁸.

En otras palabras, como indica CANCIO MELIÁ, de lo que se trata es de explicar el resultado lesivo producido, pues solo podrá considerarse el resultado como una consecuencia de la conducta típica cuando esta aparezca como el factor causal determinante del resultado, resaltándose de ese modo la importancia del mencionado instrumento de cara a casos en los que junto al comportamiento típico concurre otra explicación alternativa²⁹.

Así también, en el ámbito nacional, VILLAVICENCIO TERREROS señala que “de lo que se trata es de explicar el resultado que se ha producido y solo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando esta sea su factor causal determinante”³⁰.

En esa línea, para comprobar la realización del riesgo en el resultado es necesaria la realización de un juicio *ex post*, en el que se tengan presentes todas las circunstancias que se conozcan con posterioridad. Así también lo entiende HURTADO POZO, quien señala que “[s]i la existencia del riesgo debe ser determinada *ex ante*, es decir, considerando las circunstancias conocidas en el momento de la realización del comportamiento, la concreción del peligro en el resultado debe ser más bien comprobada teniendo en cuenta todos los elementos conocidos una vez que este se ha producido (*ex post*)”³¹.

28 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 325.

29 Cfr. CANCIO MELIÁ, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, p. 244.

30 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 331.

31 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 440-441.

11. Ahora bien, ¿qué sucede si se causa una lesión que no se habría evitado aunque se hubiera comportado de forma correcta? La resolución a tal tipo de casos ha sido arduamente discutida, siendo actualmente la *teoría del incremento del riesgo* la más seguida. Con esta teoría es posible imputar el resultado una vez que se ha comprobado que el agente generó un riesgo que aumentó las probabilidades de producción del resultado, advirtiéndose de ese modo que el verdadero problema es uno de naturaleza valorativa y no uno causal. Solo se excluiría la imputación del resultado cuando la conducta alternativa conforme a derecho hubiese producido con seguridad el mismo resultado.

Al respecto, ROXIN propone el siguiente ejemplo: “El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75cm del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (...) el accidente también se hubiera producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas del tráfico”³². Para ROXIN, es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente³³. En este caso, se indica que la estrecha aproximación del conductor del camión aumentó el riesgo para el ciclista y, por ello, se le debe imputar al conductor la muerte de aquél³⁴.

32 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 379.

33 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 379.

34 Al respecto, vid. GIMBERNAT ORDEIG, “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, p. 31.

Por otro lado, a través del *fin de protección de la norma de cuidado* –cuya mayor relevancia se da en los delitos imprudentes, pero opera también en los delitos dolosos– se logra ofrecer respuestas frente a determinados supuestos consistentes en la configuración de resultados perjudiciales para bienes jurídicos que, sin embargo, no se hallan cubiertos por la protección de una determinada disposición legal. Este sería el caso del sujeto que al matar a otro provoca también la muerte de la anciana madre de la víctima, quien ante tan desafortunada noticia fallece a consecuencia de un paro cardíaco.

Desde la óptica estudiada, se entiende que la muerte de la anciana se encuentra al margen de la esfera de protección de la norma, toda vez que la norma penal que tipifica el delito de homicidio pretende proteger la vida, pero solo en una esfera de inmediatez con las acciones típicas. De tal manera, el mencionado criterio es utilizable para supuestos en los que el riesgo permitido no se realiza en el resultado en virtud a que este se produjo por un riesgo general normal (como, siguiendo con el ejemplo, lo es el recibir malas noticias).

Se advierte entonces, que para la configuración de la imputación será necesario verificar que el resultado generado por el peligro se halle presente en el tipo penal, es decir, que se halle comprendido dentro del fin de protección de la norma donde se han previsto las conductas delictivas³⁵.

12. Un dato adicional a tomar en cuenta, es que los criterios señalados en torno a la imputación objetiva del resultado lesivo, también deben regir para los delitos de peligro concreto, toda vez que se tratan “de delitos materiales ya que su consumación supone una modificación del mundo exterior física y temporalmente diferente de la misma

35 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 331.

acción de la infracción. Dicha modificación, a diferencia de los delitos de lesión, no reside en un perjuicio material sufrido por el objeto del delito (...) sino en la creación de una situación de la cual puede derivar la realización de un tal perjuicio”³⁶. Dicho con otras palabras, el resultado provocado por el comportamiento prohibido también puede ser de peligro. De esta forma, como en todo delito, para afirmar o negar la tipicidad del injusto será necesario realizar un juicio de conexión normativa entre la conducta prohibida y el resultado que se causa. Por ejemplo, una persona dispara a otra con el propósito de matarla; sin embargo, la bala pasa cerca del cuerpo de la víctima. En este caso, el resultado (peligro concreto a la vida) sí es consecuencia normativa de la conducta prohibida realizada por el agente (ejecutar el disparo sin justificación).

13. Sin embargo, como sostiene CANCIO MELIÁ, conviene advertir que, a partir de un análisis de las constelaciones de casos, se puede iniciar una discusión sobre si ciertas cuestiones deben ubicarse realmente en el plano de la imputación objetiva del resultado o si, por el contrario, pertenecen al primer nivel de la imputación objetiva (imputación objetiva de la conducta)³⁷.

V. REFLEXIÓN FINAL

14. Recapitulando, el Derecho penal no ha de intervenir siempre que se produzca un resultado, pues lo determinante no es la constatación de un nexo de causalidad entre acción y resultado, sino el establecer criterios que permitan imputar determinados resultados a una persona, lo cual se alcanza a través de la fórmula de la creación o no de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico,

³⁶ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 444.

³⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, p. 197.

esto es, a través de la moderna teoría de la imputación objetiva.

15. La mencionada teoría podrá ser aplicable a cualquier ordenamiento en el que se considere necesaria la elaboración de criterios razonables, que se hallen en sintonía con la prevención limitada del delito propio del Estado social y democrático de derecho, lo cual solo se obtendrá a partir de un adecuado juicio de subsunción que no se agote en la sola literalidad del tipo ni se fundamente en criterios causales, sino que requiera de un juicio de valoración sobre la conducta realizada para afirmar o negar la creación de un riesgo prohibido.

BIBLIOGRAFÍA

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, tomo I, Bogotá, 2007.

CARO CORIA, Dino Carlos / REYNA ALFARO, Luis, *Derecho Penal Económico. Parte General*, tomo I, Lima, 2016.

CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003.

FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, (trad., de la 4ª edición, alemana por SANCINETTI), Buenos Aires, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Perú”, en *Los Desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Jakobs*, Lima, 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, 2ª edición, Lima, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’”, en *ADPCP (LIII)*, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, en *ADPCP* (LXVIII), 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MIRA BENAVENT, Javier, “Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, tomo I, Madrid, 2002.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3^{ra} edición, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, (trad. CANCIO MELIÁ), Madrid, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, tomo I, Navarra, 2010.

MEINI, Iván, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Lima, 2014.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10^o edición, Barcelona, 2016.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2016.

ROMERO FLORES, Beatriz, “La imputación objetiva”. Disponible en: <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales19/beatriz-romero.pdf>.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, (trad., de la 2^o edición, alemana de 1991 y notas por LUZÓN PEÑA / GARCÍA CONLLEDO / DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. APUNTE PREVIO

1. Hoy en día, no se admite responsabilidad alguna por el mero resultado, dada su incompatibilidad manifiesta con un Derecho penal de la culpabilidad, que es propio de un Estado constitucional y democrático de Derecho. En ese sentido, nuestro texto punitivo es claro en señalar, en su art. VII del Título Preliminar, que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”¹.
2. Un necesario paso previo para poder realizar la necesaria imputación subjetiva ha de ser comprobar la realización del tipo objetivo. De ese modo, luego de haber atribuido objetivamente un hecho a su autor o partícipe², el intérprete debe determinar, en esencia, si el actuar del sujeto fue doloso o culposo³. Sobre estas dos formas de imputación subjetiva de la responsabilidad penal nos referiremos en lo inmediato.

1 En esa línea, el TC peruano indicó, en la STC n° 0014-2006-PA/TC, que el principio de culpabilidad “requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa” (FJ. 26).

2 En nuestra legislación, la conducta del partícipe será siempre dolosa (arts. 24 y 25 del CP). Sobre este tema, vid. Casación n° 367-2011-Lambayeque.

3 SANCINETTI, “Estudios sobre la imputación objetiva”, p. 37. Sostiene que la idea de que la teoría de la imputación objetiva es incompatible con la concepción subjetiva del ilícito no es correcta. La misión de establecer los tipos complementarios para la interpretación del tipo (objetivo) que cabe a la imputación objetiva no dice nada si el ilícito está constituido por el dolo, la imprudencia, o por ellos más la realización

II. LA IMPUTACIÓN DEL DOLO

3. En estricto, son dos las corrientes que han estudiado la figura del dolo: la teoría del dolo volitivo y la teoría del dolo cognitivo.

II.1 EL DOLO VOLITIVO

4. Con la teoría de la voluntad se entiende que la esencia del dolo es, conforme a su denominación, el querer la realización de un hecho. Esta concepción de dolo se resume en un conocer y querer la realización del tipo. La doctrina moderna, aunque minoritaria, ha renunciado a la exigencia del elemento volitivo como característica del dolo, pues, indudablemente, tal elemento conduce a soluciones poco satisfactorias. Así, cuando un secuestrador que adhiere al pecho de su víctima un explosivo, que detonará al menor movimiento, según la tesis del dolo volitivo, habrá actuado “culposamente” si se produce la explosión producto de algún movimiento realizado por el secuestrado. En efecto, el terrorista podrá argüir que si bien conocía del peligro creado al colocar el explosivo; sin embargo, no “quería” la muerte del secuestrado, ya que de producirse esta, él nunca cobraría el rescate (STS español del 27 de diciembre de 1982 [caso Bultó]). Como se observa, exigir como criterio determinante del dolo un elemento volitivo, conduce a tener que afirmar una comisión imprudente en supuestos más que dudosos⁴.

No obstante la crítica, la teoría del dolo volitivo es dominante en la jurisprudencia penal peruana. Sirven como ejemplos de esta tendencia lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n° 3-2010/CJ-116, en el que se desarrolló, entre otros temas, el tipo subjetivo en el delito de lavado de activos acudiendo a un criterio volitivo del dolo: “el sujeto

del tipo objetivo en el mundo exterior.

4 Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Atribuciones normativistas en Derecho Penal*, p. 48.

activo debe (...) ejecutar los distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria”. Asimismo, en la Casación n° 436-2016-San Martín se afirmó, de modo general, que en los delitos dolosos se requiere que el agente haya actuado con “conocimiento y voluntad”. Además, se indica que estos delitos “son la mayoría en nuestro Código Penal”. En esa línea, lo expuesto en la Casación n° 581-2015-Piura. En ella se mencionó que para el tipo penal de feminicidio “se requiere el dolo del autor, es decir, que medie la voluntad y el conocimiento del sujeto activo frente al tipo objetivo”.

5. Solo a partir de la tesis del dolo volitivo se puede afirmar que esta modalidad de imputación subjetiva puede ser directa, de consecuencias necesarias y eventual. Ello, según el papel que cumpla la voluntad en su configuración.

El dolo directo se presenta cuando el agente actúa con la intención o el propósito de alcanzar lo que persigue. Se afirma que con relación al elemento cognitivo, resulta innecesario que el agente tenga un conocimiento seguro de la configuración de los elementos del tipo objetivo, bastando solo que tenga una suposición de una posibilidad del resultado⁵. En otras palabras, el resultado deseado es siempre intencional, aun cuando su producción no sea cierta. Por ejemplo, querer matar a alguien mediante un disparo a una distancia de 50 metros. El autor quiere un resultado que la ley le tiene prohibido que persiga.

Lo resaltante en esta modalidad de dolo es el papel más intenso que tiene la voluntad, dejando en un segundo plano al conocimiento. Por ejemplo, disparar a una persona en la cabeza a un metro de distancia. En este caso, a pesar que la producción del resultado es segura, tal determinación resulta secundaria, pues resulta evidente el papel predominante de

5 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 369.

la voluntad homicida. Según esta tesis, prima lo volitivo en lugar de lo cognitivo.

En cuanto al dolo de consecuencias necesarias, conforme a esta posición, el agente, al realizar una conducta, asume que los efectos no perseguidos o queridos por su acto se producirán con “seguridad”. Dicho de otra manera, actúa dolosamente quien sabe que “tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad a la realización de todos los elementos de un tipo delictivo (...) cuya producción (...) aunque no le guste, también acepta”⁶. Por ejemplo, el sujeto quiere matar al chofer del vehículo colocando una dinamita debajo del asiento del mencionado piloto. No desea la muerte de los pasajeros, pero lo asume como consecuencia necesaria de su acto homicida. Prima lo cognitivo que lo volitivo.

Con relación al dolo eventual, este se caracteriza porque se dan resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino solo probable; sin embargo, no deja de actuar (asume el resultado o este le es indiferente). Por ejemplo, quien a las 8 de la mañana atropella a un menor sabiendo que a esa hora no debía manejar a alta velocidad, menos en una pista cercana a un colegio. El conductor asumió o le fueron indiferentes las consecuencias negativas de su conducta arriesgada.

De otro lado, según la teoría volitiva, la culpa o negligencia se puede presentar de dos formas: consciente e inconsciente. En la culpa consciente existe un aspecto “cognoscitivo”. Se trata de una “previsibilidad” del resultado lesivo por la conducta peligrosa. Por ejemplo, el conductor de un vehículo puede representarse el resultado típico de lesionar, pero confía en que no va a acontecer, subestima la virtualidad de su producción. Si el sujeto “deja de confiar”, entramos al terreno del dolo eventual. De esta forma, la diferencia entre dolo

6 LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, p. 415.

eventual y culpa consciente se restringe al mayor o menor grado de intensidad de la voluntad. En resumen, si el agente conoce del peligro de su conducta y se “conforma” con las consecuencias lesivas, habrá actuado con dolo; en cambio, si espera (confía) que tales consecuencias no ocurrirán, habrá actuado con culpa.

En cambio, en la culpa inconsciente, el sujeto actúa ignorando el peligro de su conducta. No se representa la probabilidad de la producción del daño pero debió hacerlo. Por ejemplo, un médico novato que no se percata durante una operación que su paciente se está ahogando.

6. Como se apuntó antes, a pesar de ser la posición mayoritaria, la tesis del dolo volitivo no está libre de críticas. Entre otras cosas, se “acusa” a la teoría volitiva de basarse en un criterio emocional que difícilmente se puede probar⁷. Esta crítica se hace evidente al momento de diferenciar al dolo eventual de la culpa consciente solo en base al “querer” o no la producción del resultado.

II.2. EL DOLO COGNITIVO

7. Los partidarios de esta teoría prescinden del “querer” y afirman el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible que el resultado podía acaecer (teoría de la representación) o haya actuado con conciencia de estar creando un riesgo “elevado” de realización del tipo penal (teoría de la probabilidad).

De esta forma, pierde total interés la interminable discusión latente que existe entre el dolo eventual y su límite mínimo (el querer o no el resultado) con la culpa consciente, ya que la culpa solo se entenderá como la inconsciente (no quiso, pero debió preverlo).

7 Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 75.

8. Esta tesis ha sido objeto de crítica. Se ha dicho que lo problemático reside en determinar el grado de conocimiento para la configuración del tipo doloso. Y es que se indica que existe dolo cuando el agente conoce del riesgo “elevado” de la producción del resultado; sin embargo, ¿cómo determinar tal criterio cuantitativo? ¿el conocimiento de la probabilidad de producción del resultado tiene que ser mayor de 50% para considerar que una persona actuó dolosamente? No solo ello, se afirma que seguir esta postura podría llevar a “injustas consecuencias”, pues se favorecerá a los descuidados (a quienes se les considerará que actuaron culposamente) y perjudicará a los escrupulosos (quienes habrían actuado con dolo)⁸.
9. A pesar de las críticas, se puede afirmar que en el plano subjetivo “el centro del reproche se encuentr[a] en el conocimiento de la generación de los riesgos prohibidos”⁹. Y es que el dolo debe implicar “la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción”¹⁰. De esta manera, el dolo se caracterizará por el “conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un tipo jurídicamente desaprobado (...)”¹¹. En esa línea, lo expuesto por la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario n° 3-2008, en el que se indica que con relación al delito de tráfico de drogas, el agente realiza una conducta dolosa en tanto tiene “conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros”.

8 Vid. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 401.

9 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 405-406.

10 REAÑO PESCHIERA, *Tres estudios de dogmática penal*, p. 79.

11 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 307.

10. ¿Qué criterios deben utilizarse para determinar el conocimiento? La determinación del conocimiento no debe realizarse desde una perspectiva interna o psicológica, sino “desde fuera”¹². En esta línea, desde el plano de la imputación subjetiva tenemos que no se buscará interpretar o verificar la conciencia del agente para buscar el contenido del conocimiento que configura el dolo, sino que se realizará una atribución de un sentido o significado penalmente relevante: el conocimiento concreto que el actuante debía saber en el contexto social de su acción¹³. Al respecto, GARCÍA CAVERO señala que una “comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata ni se verifica sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito y se convierte en una imputación de conocimiento con criterios normativos”¹⁴.

11. En efecto, el conocimiento no debe ser entendido como el indagar sobre un hipotético “conocimiento psíquico”¹⁵, pues ello es imposible de ser averiguado (¿quién puede meterse a la cabeza de otra persona?), sino que debe ser *atribuido*. En este orden de ideas, desde una posición funcional consideramos que existen criterios normativos que nos ayudarán a determinar el conocimiento. En primer lugar, debe verificarse si en el contexto de la situación típica, el agente tenía la capacidad o no de evitar la realización del resultado lesivo¹⁶. De esta forma, lo imprevisible resulta ser

12 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 408.

13 Cfr. CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, p. 288.

14 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 485.

15 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, *Atribuciones normativistas en Derecho Penal*, p. 69.

16 PÉREZ DEL VALLE sostiene que el dolo “supone, en principio, la evitabilidad mayor o más grave, y se explica a partir del caso del autor que conoce el riesgo de la realización

un hecho irrelevante para el Derecho penal. Por ejemplo, alguien que maneja a alta velocidad por una zona escolar a las 8 de la mañana, habrá podido evitar el atropellamiento si hubiera desacelerado: actuó con dolo. Por el contrario, no podrá evitar el atropellamiento quien venía conduciendo normalmente y la víctima de manera intempestiva se cruza en el trayecto del auto. Este último caso es irrelevante para el Derecho penal.

En segundo lugar, estaremos ante un hecho doloso cuando la persona, según las circunstancias, haya actuado con conocimiento de una mayor potencialidad lesiva de su comportamiento. En otras palabras, siguiendo las pautas de la imputación objetiva, actuará con dolo quien –a partir de los datos externos¹⁷– conoce del peligro concreto o inminente de la realización del resultado.

Conforme a la teoría cognitiva el dolo, este se circunscribirá solo al conocimiento inminente o concreto de naturaleza típica a fin de que pueda imputársele –subjektivamente– el resultado. Ejemplo de ello lo tenemos en la importante STS español del 23 de abril de 1992 sobre el caso del aceite de colza. En ella se afirma que actuará de forma dolosa el agente que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante ello, ejecuta la acción peligrosa. En este caso, para afirmar el dolo es suficiente con el conocimiento del peligro concreto sin la necesidad de que exista una voluntad específica de producir el resultado. En esa línea, lo expuesto en el Acuerdo Plenario n° 1-2016/CJ-116 con relación al delito de feminicidio. Se indicó que “el dolo consiste en el conocimiento actual que la conducta desplegada por el sujeto activo era idónea para producir la muerte de la mujer, produciendo un riesgo relevante en la vida de esta y se con-

del tipo”. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 137.

17 Cfr. HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, p. 151.

cretó en su muerte. No se trata de un conocimiento certero de que producirá el resultado muerte. Es suficiente que el agente se haya representado, como probable, el resultado”¹⁸.

En tercer lugar, para atribuir o imputar el conocimiento a una persona deberá tomarse en cuenta la posición jurídica que ocupe el agente en el concreto contexto de interacción en el que desarrolle su comportamiento, lo que en doctrina se ha denominado como los “conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado”¹⁹. En otras palabras, no se trata de exigir al sujeto el conocimiento de todos los deberes vinculados con el cumplimiento de su rol²⁰, sino solamente de aquellos que son fundamentales en la configuración de su posición jurídica. Por ejemplo, no resulta atendible que un médico alegue desconocimiento del carácter letal del arsénico luego de haber suministrado tal sustancia a la víctima.

12. De otro lado, la aproximación a la definición de dolo resulta insuficiente si es que no se aborda el concepto de error. En concreto, el error de tipo. Y es que la existencia de un error de tipo es equivalente a negar la concurrencia del dolo²¹.

El error de tipo se regula en el art. 14 del CP de la siguiente forma: “el error sobre un elemento del tipo penal o respecto

18 No obstante lo indicado, la Corte Suprema, en el citado Acuerdo Plenario, mencionó que el delito de feminicidio puede ser cometido “por dolo directo o dolo eventual”. Esta posición resulta incoherente con la teoría cognitiva que pareció defender, pues dicha clase de dolo se basa en una postura volitiva del tipo subjetivo.

19 REAÑO PESCHIERA, *Tres estudios de dogmática penal*, p. 80.

20 La idea del “rol” puede comprenderse mejor desde una perspectiva que se edifique a partir de las bases del Estado social y democrático de derecho y no necesariamente desde posturas funcionalistas radicales. Así, el rol no será otra cosa que la esfera de organización del propio sujeto, esto es, el espacio en donde dicho individuo goza de *libertad organizativa*, lo cual se halla en sintonía con los principios propios del Estado Liberal. A su vez, dicha libertad de organización llevará de la mano la *responsabilidad por organización*, en virtud de la solidaridad intersubjetiva impuesta por los principios del Estado social. Sobre el particular, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 43-47.

21 Cfr. REAÑO PESCHIERA, *Tres estudios de dogmática penal*, p. 75.

a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuera vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”. Como se podrá observar, el CP delimita el ámbito sobre el cual debe recaer el error de tipo, el cual admitirá situaciones de desconocimiento que recaigan tanto sobre los elementos fácticos, como también sobre los de naturaleza normativa²².

De acuerdo a esta figura, el error de tipo no será otra cosa que el emprendimiento de un determinado comportamiento ignorando alguna circunstancia fáctica (por ejemplo, una persona transporta droga, creyendo que es talco) o normativa del tipo penal (por ejemplo, una persona yerra sobre la ajenidad de una cosa que traslada), de tal manera que el agente cree que su acción está permitida “porque no sabe lo que hace”²³ (consideramos que en lugar de “error” debió denominarse “ignorancia”, no obstante esta posición, en lo sucesivo, seguiremos utilizando la denominación tradicional).

El error de tipo puede ser vencible o invencible. Será vencible si conforme al ámbito de actuación del agente (contexto del autor), él pudo haber obtenido un nivel de conocimiento capaz de evitar la producción del resultado lesivo. La vencibilidad del error se encuentra configurada por el grado de

22 La Corte Suprema, en la Casación n° 436-2016-San Martín, sostuvo que “el error de tipo es la ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo —la calidad del sujeto activo, de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas o medios de comisión de la acción, el objeto material, el resultado, la acción de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo—, pudiendo el error recaer en cualquier elemento del tipo penal, ya sea normativo o descriptivo”. En esa línea, lo expuesto en el R.N. n° 1598-2007-Lima, en el que se indicó que el error de tipo se presenta “cuando el autor desconoce —por falta de representación o representación falsa— la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto —tanto se trate de elementos descriptivos como normativos—.”

23 REAÑO PESCHIERA, *Tres estudios de dogmática penal*, p. 63.

exigibilidad de superar una situación de error. Por ejemplo, una persona que mata a otra creyendo que era un animal, no podrá alegar error invencible si tal hecho se realizó en una zona urbana, donde usualmente no transitan animales. El resultado será atribuido a título de culpa. Siendo diligente pudo haber superado su propia ignorancia.

Dicho esto, pasemos a resolver dos casos, a modo de ejemplos: X era gerente general de una empresa que tenía como objeto social organizar fiestas juveniles. X fue informado oportunamente por Defensa Civil y por la Compañía de Bomberos que la discoteca que administraba no era segura (se le comunicó que en el recinto no habían extintores suficientes y que las salidas de escape no estaban señalizadas). Además, la Municipalidad le comunicó al empresario que la capacidad máxima de dicho establecimiento era solamente para 500 personas. Pese a las advertencias, X decidió organizar una fiesta en la discoteca que administraba, al que acudieron más de 1000 jóvenes, 29 de ellos murieron por asfixia al no lograr escapar del humo producto del incendio ocasionado en la cabina del discjockey. X fue sentenciado como autor del delito de homicidio culposo, regulado en el art. 111 del CP. Según el juez, si bien el gerente general conoció del riesgo que conllevaba poner en funcionamiento la discoteca sin haber cumplido las medidas de prevención; sin embargo, no se advierte que dicha persona haya “querido” que se ocasione el resultado. Por ello, este último le es atribuible a título de culpa.

Conforme a los criterios resumidos en las líneas anteriores, consideramos que en este caso el sujeto no actuó de manera culposa, sino dolosa, en tanto conoció anticipadamente el peligro concreto para la vida y salud de los concurrentes a la discoteca que administraba. En ese sentido, rige indudablemente la regla que establece que existe dolo a partir de circunstancias externas, en este caso, “si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han transmitido determinados conocimientos,

este sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”²⁴. Solo podría imputarse subjetivamente dolo si descartamos a la voluntad como elemento fundamental de su contenido. Además, debe tenerse en cuenta la posición del agente: era un empresario relacionado con el rubro de las discotecas, por lo que estaba obligado a informarse de las reglas esenciales que regulan su actividad.

Otro caso, X mantuvo relaciones sexuales con Y, a quien conoció en una discoteca. La relación sexual se realizó de manera consentida. Sin embargo, X no sabía que Y, en el momento del acceso carnal, tenía 13 años (Y aparentaba tener 15 años). X fue condenado en primera instancia por el Tribunal como autor del delito de violación sexual en contra de menor de edad (art. 173 del CP). En segunda instancia, X fue absuelto de los cargos, pues según los jueces, entre otros motivos, X incurrió en error respecto a la edad de la víctima.

En este caso se discute la ausencia de dolo. Ello sucede cuando el sujeto actúa bajo el influjo de un error de tipo. De este modo, en términos generales, no se apreciará un comportamiento doloso cuando en el momento de su actuación el agente ignore alguna circunstancia preexistente en la realidad, que precisamente configura determinada situación como típica; por ejemplo, en el caso que se analiza, la minoría de edad de la víctima en un supuesto caso de violación sexual descrito en el art. 173 del CP²⁵.

En buena cuenta, si el autor cree que el acto sexual practicado se produce con una persona mayor de 14 años o simplemente

24 RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 403.

25 En esa línea, puede verse en el R.N. n° 3303-2015-Lima: “no se le puede imputar subjetivamente al acusado, el delito de violación sexual, toda vez que este se encontraba inmerso en una situación de error de tipo: resultando irrelevante, a efectos del presente caso, determinar si nos encontramos ante un error de tipo vencible o invencible, toda vez que, de encontrarnos en el primer supuesto, la conducta del acusado resultaría, de todas formas, impune; por no encontrarse tipificada, en nuestra legislación penal, la modalidad culposa de violación de la libertad sexual de menor”.

estima que se trata de una persona adulta, por la vigencia irrestricta del principio de responsabilidad subjetiva debe estimarse a dicho error como relevante desde el punto de vista jurídico penal²⁶. Se tendrá que valorar las circunstancias que acompañan al hecho para poder afirmar o descartar el conocimiento de dicho elemento objetivo del tipo²⁷.

III. LA IMPUTACIÓN DE LA CULPA

14. En nuestro país, del art. 12 del CP se extrae que la imputación de la culpa²⁸ es siempre excepcional. Es decir, solo podrá considerarse que un delito es “culposo” si es que el legislador expresamente ha incorporado tal elemento subjetivo en la descripción típica.
15. En el delito culposo el agente objetiva y subjetivamente infringió un deber objetivo de cuidado. Por el rol y la capacidad que tiene el sujeto, se le exige que actúe con la diligencia debida. En el caso de que el sujeto haya omitido el cumplimiento de dicho deber (siempre dentro del marco de lo exigible, no conociendo del riesgo de su conducta) y provoque un resultado, el mismo le será atribuible a título de culpa²⁹.
16. En el plano objetivo del tipo culposo, consideramos que, en primer lugar, debe establecerse si el agente pudo o no evitar el resultado. La evitabilidad, la cual también se exige al anali-

26 Cfr. CASTILLO ALVA, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 302.

27 Al respecto, en el R.N. n° 3303-2015-Lima se señaló que “la relevancia del error de tipo no se determina simplemente con la alegación de tal situación por parte del procesado, sino que debe procederse a precisar su existencia también con criterios normativos”.

28 El delito culposo ocupa hoy en día un tratamiento importante debido al desarrollo tecnológico, el mismo que trae como consecuencia el acercamiento del hombre a las máquinas o herramientas potencialmente peligrosas para la vida o salud de las personas y cuyo manejo exige un actuar diligente observando siempre las reglas de cuidado.

29 Sobre el deber objetivo de cuidado y su conexión con el resultado típico, vid. RODRÍGUEZ DELGADO, JULIO, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, pp. 114 y ss.

zar el tipo doloso, va a permitir distinguir aquellos casos que merecen una respuesta penal de los otros que no requieren de la intervención punitiva (por ejemplo, los resultados ocasionados por casos fortuitos, los cuales son imprevisibles).

En segundo lugar, según un sector de la doctrina, la determinación del deber de cuidado debe realizarse en base a un doble baremo: la de la “persona media prudente o diligente” y la del sujeto individualizado en la situación típica concreta (teniendo en consideración su experiencia, capacidad y conocimientos especiales)³⁰. Al respecto, indica MIR PUIG: “Si se aplica rigurosamente el criterio del hombre diligente situado en la misma posición del autor, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial. Pues, si también los conocimientos especiales del autor al actuar deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso. Si un cirujano conoce una técnica operatoria que solo él domina, ese dato deberá ser tenido en cuenta, en la medida que objetivamente sea conocido por él: para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación del cirujano, es decir, contando con el dato de su excepcional preparación”³¹.

En esa línea, menciona VILLAVICENCIO que el deber exigible dependerá de una meticulosa consideración de las circuns-

30 La imputación del delito culposo supone un juicio de carácter normativo que se realiza en función a la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y observado por el agente en el caso concreto (atendiendo a las circunstancias y a las características del autor). Por ello, se ha establecido que dos son los elementos que se observan en el juicio normativo: uno referido a las consideraciones y circunstancias que rodearon la conducta infractora conforme a un juicio razonable (hombre medio), y el otro, según el cual, solo es contraria al cuidado aquella acción que va más allá de la medida adecuada conforme a la función que realiza el agente y a las posibilidades de evitación del resultado. Sobre este tema, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 302 y ss.

31 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 302.

tancias en relación al autor, a sus calificaciones profesionales, a su capacidad individual y a su situación jurídica y social³².

En tercer lugar, la creación del riesgo prohibido (infracción a la norma de cuidado³³) debe haber provocado el resultado. Al respecto, nos remitimos a lo desarrollado en el capítulo referido a la imputación objetiva³⁴.

17. En el plano subjetivo, puede decirse que alguien actúa culposamente si desconoció de la peligrosidad de su conducta, pero debió y pudo advertirla³⁵.

No obstante, también es posible afirmar que, en algunos casos, la imputación de la culpa no abandona el conocimiento. En realidad, puede tratarse de un conocimiento insuficiente sobre el grado de peligrosidad de su conducta. Al respecto, sostiene GARCÍA CAVERO que: “debemos precisar que la imputación subjetiva en los delitos culposos adquiere ciertas particularidades frente a los delitos dolosos. En la culpa no se imputa el pleno conocimiento de la aptitud lesiva del hecho realizado, sino un conocimiento en menor grado que, unido a criterios normativos, habría llevado a evitar la realización del tipo penal”³⁶. Por ejemplo, actúa culposamente el cirujano que ignora que le está aplicando al paciente un medicamento, cuyo efecto secundario, le cause la muerte.

32 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p 389.

33 La fuente del deber de cuidado no aparece necesariamente en la ley o norma positivizada. Por ello se menciona que los tipos culposos son tipos abiertos necesitados de una complementación judicial, ya que muchas veces, para subsumir el hecho en el tipo, se requiere valorar reglas generales de cuidado (por ejemplo, la experiencia o los usos) vinculadas a prohibiciones de conductas.

34 Sobre la imputación objetiva y subjetiva en los delitos culposos, vid. Casación n° 581-2015-Piura. En ella se indica, entre otras cosas, que en el delito culposo el agente infringe un “deber objetivo de cuidado”, deviniendo en forma “directa” la realización del resultado. En este sentido, vid. Casación n° 263-2017-Ancash.

35 Sobre este tema, PÉREZ DEL VALLE afirma que en el delito culposo el agente “no hace el esfuerzo exigido por alcanzar el conocimiento que permitiría controlar los riesgos que entraña su conducta”. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 148.

36 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 431- 432.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004.

CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*, tomo I, Colombia, 2007.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1ª edición, Lima, 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal*, Lima, 2008.

HRUSCHKA, Joachim, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Navarra, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Valencia, 2006.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2016.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Tres estudios de dogmática penal*, Lima, 2010.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, 2º edición, Lima, 2013.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativistas en Derecho Penal*, Lima, 2004.

SANCINETTI, Marcelo, *Estudios sobre la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1997.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006.

LA ANTIJURIDICIDAD

I. ANOTACIÓN PREVIA

1. La antijuridicidad de una conducta puede ser formal (basada en la mera contravención a la norma penal) o material (fundada en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)¹. Respecto a este último concepto, VON LISZT afirmó: “materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (...) la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico solo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador de la convivencia (...)”²

El concepto de antijuridicidad material es decisivo para desarrollar y determinar el contenido de las causas de justificación. Más aún si se tiene en cuenta que la fundamentación de los supuestos de permisión descansa, en gran parte, en la ponderación de intereses³.

2. Según la posición mayoritaria, la tipicidad de una conducta es un indicio de su antijuridicidad. Y decimos “un indicio”

1 Con mayor detalle, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, pp. 19 y ss.

2 Cit. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 559.

3 Para JESCHECK la justificación significa que una acción, a pesar de contradecir una norma prohibitiva, en el caso concreto está en condiciones de tolerar la lesión o puesta en peligro del objeto material de protección en beneficio de valores de mayor importancia. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 349.

porque pueden existir causas de justificación que hagan desaparecer lo antijurídico del acto típico. Dicho de otro modo, toda conducta típica es, en principio, antijurídica, a menos que esté amparada por una causa de justificación⁴.

3. No obstante, consideramos disfuncional mantener el análisis de las causas de justificación como una categoría ajena al tipo, pues el hecho imputado debe ser evaluado como un hecho global (tipo del injusto)⁵. En efecto, el injusto es producto de la evaluación conjunta de las circunstancias y determinado por la vulneración de las normas de prohibición o mandato, alejado de los supuestos de permisión. De este modo, en el caso del homicidio (art. 106 del CP), el mensaje que hace el legislador al ciudadano no es restringido: “no mates a alguien”, sino es amplio: “no mates a alguien injustificadamente” (arts. 106 y 20.3, 4, 8, 9, 10 y 11 del CP).
4. Excede del propósito de este trabajo ingresar a un mayor debate sobre el particular. A pesar de ello, debe destacarse la relevancia dogmática y práctica del problema planteado. En efecto, al defender un concepto único de injusto –tipo

4 TORÍO LÓPEZ, “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”, p. 95: “La antijuridicidad es (...) característica conceptual del delito diversa a la tipicidad: un juicio desaprobatorio del comportamiento típico, que no se desenvuelve en el plano de la experiencia real, sino en un nivel valorativo o axiológico, [en tanto que la tipicidad] es solo concreción de los elementos reales integrantes de la materia prohibida”.

5 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 535. Considera que si bien la tipicidad y la antijuridicidad tienen un nivel valorativo propio, lo cierto es que “la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos, salvo en los casos en que la realización de estos hechos tiene lugar en una situación de justificación”. En esa línea, MIR PUIG sostiene que: “la antijuridicidad penal se entenderá aquí solo como juicio de desvalor que parte de la nocividad jurídico-penal de un hecho, en cuanto el mismo supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal no justificada por un interés jurídico superior”. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 149. El mismo autor señala que “[la norma] no puede considerarse prohibida si tiene lugar al amparo de una causa de justificación”. MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, p. 8.

y antijuridicidad– el alcance del concepto de lo “típico” se amplía, no solo por la necesidad de una valoración global del hecho objetivo –en el que se incluyan como criterios de evaluación los elementos objetivos del tipo tradicional y de las causas de justificación–, sino también por la exigencia, en cuanto al dolo, del conocimiento por parte del autor de los presupuestos objetivos del tipo tradicional y de las causas de justificación.

5. A continuación, se hará un resumen de los alcances de cada una de las causas de justificación que regula el CP peruano.

II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

6. Las causas de justificación incluidas en nuestro Código (art. 20) son: la legítima defensa (inc. 3), el estado de necesidad justificante (inc. 4), el cumplimiento de un deber y de un derecho (inc. 8), la obediencia debida (inc. 9) y el consentimiento (inc. 10).

II.1. LA LEGÍTIMA DEFENSA

7. Esta causa de justificación se encuentra regulada en el art. 20.3 del CP de la siguiente forma: “Está exento de responsabilidad penal (...). 3: El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a. Agresión ilegítima. b. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

El fundamento histórico en que se basa esta causa de justificación tiene una doble dimensión: Por una parte individual, de origen romano y expresivo de un derecho

subjetivo fundamental (la protección individual) y, por otra parte, colectivo, de origen germánico y de defensa del orden jurídico (prevalecimiento del Derecho). En virtud del primero, que se halla en referencia a la persona, se comprende que la acción típica será necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; mientras que, con relación al segundo principio, el cual se corresponde con un fin de prevención general, el ejercicio de la citada institución pondrá de manifiesto que no se vulnera el ordenamiento jurídico⁶.

En ese sentido, optando por una posición ecléctica, consideramos que esta causa de justificación encuentra su razón de ser en la defensa del sistema jurídico en el marco de la tutela de los bienes jurídicos⁷. De acuerdo al CP peruano, la legítima defensa tiene los siguientes requisitos:

- A. La agresión ilegítima:** Se define como el comportamiento humano⁸ que amenaza un bien jurídico propio (legítima defensa propia) o ajeno (legítima defensa a favor de tercero). La conducta agresiva puede ser comisiva u omisiva⁹, siendo exigible que mediante ella se ocasione un peligro *ex ante* idóneo para lesionar un interés legítimo¹⁰. Tal agresión debe ser dolosa¹¹.

6 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 679. También, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 58.

7 En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 122.

8 De esta forma, se descartan como formas de “agresión” los ataques de los animales y los sucesos naturales. Deben separarse los casos en los que los animales son utilizados por los dueños como instrumentos de ataque. Con mayor detalle, PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 165.

9 La agresión ilegítima puede darse de modo comisivo como omisivo. Un ejemplo de este último caso se presenta cuando la madre no alimenta a su hijo recién nacido. Esta conducta es agresiva.

10 Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 264-265.

11 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN sostienen que “tanto la acción como la omisión deben ser agresiones dolosas, es decir, el ataque al bien jurídico debe ser intencional; por lo

El peligro debe de ser real. En caso se verifique un desconocimiento o falso conocimiento por el sujeto de ser objeto de una agresión ilegítima¹², se estará frente a una defensa putativa¹³. La defensa putativa es un problema regido básicamente por las reglas del error (si el error es invencible se excluye la responsabilidad penal y si es vencible cabría acudir, de ser el caso, a la modalidad culposa del tipo). Por ejemplo, Juan acuerda con la esposa de Carlos, prepararle una fiesta sorpresa (ese día cumplía años), que iba a iniciarse ni bien Carlos llegara del trabajo, por la noche. Cuando Carlos llegó a su casa, justo antes de que prenda la luz de la sala, percibe que una persona por detrás se le “venía encima”. Carlos golpeó con el codo a quien consideró era un agresor. Al prender la luz, Carlos se dio cuenta que había lesionado a Juan, su amigo.

El peligro debe ser actual e inminente, tal como se desprende tácitamente del texto legal. Es decir, deben existir indicios claros de la peligrosidad de la agresión y que una mayor espera frustre las posibilidades de defensa¹⁴. Bajo la misma

que frente a lesiones o puestas en peligro simplemente imprudentes no cabe legítima defensa, aunque sí estado de necesidad”. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 320. En esa línea, LUZÓN PEÑA afirma que “imprudencia y agresión son incompatibles, pues el propio concepto de agresión exige voluntad lesiva y, sobre todo, porque frente a las acciones imprudentes carece de sentido y no puede desplegar su eficacia la función de intimidación de la legítima defensa”. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 530.

12 BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 126. Señalan que en la doctrina, se ha sostenido que como la realidad de la agresión hay que apreciarla *ex ante*, esto es, situándose en el momento de la ejecución de la acción de defensa, bastaría entonces con una “creencia racional” para dar por existente la realidad de la agresión. Sin embargo, este planteamiento de estimar bastante una “creencia racional” está reñido con la exigencia del conocimiento de la agresión y también con la existencia de un derecho afectado, como la vida, la salud, el honor, etc. Todo lo más que se da es un sentimiento de inseguridad y ello queda fuera del ámbito de la legítima defensa.

13 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 680.

14 No debe confundirse con el caso de la llamada “legítima defensa preventiva” que exige una mera suposición de agresión. En este caso no se está frente a una agresión

línea, no se podría admitir una defensa contra una agresión que ya concluyó, pues la misma carecería del fin de impedir o repeler el ataque¹⁵.

Con relación a este punto en específico, GARCÍA CAVERO ha indicado que la exigencia de que el peligro sea actual ha de entenderse como una *agresión inminente*, que esté teniendo lugar o que prosiga¹⁶. Así también, BACIGALUPO apunta que la inminencia de la agresión hace referencia a la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquella¹⁷, por lo que, como apunta JAKOBS, el comportamiento defensivo “no es admisible ya cuando al agredido le es más fácil o cuando tendría mejor efecto, sino solo cuando el ataque antijurídico es actual”¹⁸.

La agresión ha de ser ilegítima, esto es, que el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportar la agresión¹⁹. La agresión ha de ser injustificada o carente de razón²⁰. El carácter antijurídico o “ilegítimo” de la agresión no debe estimarse en relación a todo el ordenamiento jurídico, imponiéndose que sea penalmente antijurídica (pudiendo ser el tipo de injusto un delito o una falta). Por ejemplo, no debe considerarse como una agresión la negativa del deudor a pagar una deuda al acreedor. Se trata de un hecho que tiene naturaleza civil y no penal. De otro lado, sí podrá considerarse como agresión ilegítima la conducta ofensiva realizada por un esquizofrénico (que sufra la incapacidad de discernimiento). En nuestro concepto, para determinar

propia mente dicha. Sobre este tema, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN sostienen que “la llamada defensa preventiva no se basa en una agresión, sino en una predicción, y no constituye, por tanto, legítima defensa”. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 322.

15 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 680.

16 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de de Derecho Penal. Parte General*, p. 480.

17 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 350.

18 JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, p. 468.

19 Cfr. BRAMONT- ARIAS TORRES, “Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa”, p. 88.

20 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 681.

que una agresión es ilegítima basta que esta sea penalmente antijurídica, siendo irrelevante que ella provenga de una persona que tenga o no la capacidad de ser culpable de un hecho criminal²¹.

En cuanto a los bienes jurídicos defendibles, estos serán, en principio, todos aquellos ligados a la persona que se defiende o a un tercero. Asimismo, se afirma –conforme anota un sector de la doctrina– que los ataques contra bienes del Estado no pueden dar lugar a la legítima defensa, tampoco los casos de bienes jurídicos colectivos: salud pública, medio ambiente, seguridad pública, entre otros intereses²². No estamos de acuerdo con dicha posición. La norma no establece límites al respecto. Por ejemplo, consideramos admisible legitimar la conducta del funcionario público quien, en defensa del patrimonio del Estado sometido a su control, repele racionalmente la agresión ilegítima de un sujeto.

B. Racionalidad del medio utilizado para repeler la agresión:

Ante una situación de riesgo, provocada por la agresión de un tercero, pueden existir diferentes medios idóneos para evitar que esta sea lesiva. Además, un procedimiento defensivo será idóneo no solo cuando permite evitar un resultado lesivo, sino también cuando constituye una respuesta racional ante el peligro creado. Ello debe ser

21 Al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA sostiene que “la agresión ha de ser ilegítima, esto es, injusta; en otras palabras, la agresión ha de constituir una acción antijurídica. Desde ese punto de vista, entonces es suficiente con que la acción sea típica y antijurídica, sin que sea preciso que sea culpable. Esto conduce a que es admisible la legítima defensa frente a agresiones de enfermos mentales o personas embriagadas; dicho de forma general, frente a personas sin capacidad de culpabilidad o con tal capacidad disminuida”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Contestaciones al programa de Derecho penal parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal*, p. 111.

22 Existen opiniones que señalan que estos son intereses de carácter social y que pertenecen a todos y cada uno de nosotros. Por tanto, cualquier persona puede defender su derecho propio o ajeno, incluido, los colectivos. Por ejemplo, proteger el medio ambiente. Consideramos que el problema no radica en resolver si estos bienes son defendibles o no, sino el de la “necesidad racional” de la defensa de cada uno en un momento determinado.

apreciado por el juez colocándose en la posición de quien se defiende, tomándose en consideración el contexto, las características del agresor y del agredido, los medios que tenía a su alcance el agredido, entre otros criterios²³.

Para que la defensa del agredido sea racional, no es necesario que los medios sean estrictamente proporcionales (entre el medio agresor y el medio de defensa). Ello es correcto, pues la racionalidad del medio no puede someterse al principio de “proporción equitativa”, pues se funda en las posibilidades de defensa del agredido²⁴. En caso el agredido tenga varias alternativas para reaccionar ante el peligro, en ejercicio del principio de necesidad, debe optarse por el menos lesivo²⁵.

La racionalidad de la respuesta del agredido no se limita al medio utilizado, sino también a la defensa misma. Por ejemplo, ante el ataque de un niño, no hay necesidad racional de defensa, basta con esquivarla²⁶.

- C. Falta de provocación suficiente:** La inclusión de este requisito implica el castigo de una acción de defensa racional y necesaria ante una agresión ilegítima que de haberse llevado a cabo podría haber lesionado bienes jurídicos tan importantes como la vida, la libertad, la salud individual, el patrimonio, entre otros. Se exige la falta de provocación suficiente de quien se defiende.

23 Sobre este tema, la Corte Suprema consideró lo siguiente: “la situación agresiva -objetiva y real- no fue generada por la encausada, y el ataque, que motivó su reacción, era actual. Además, el cuchillo era, en esas circunstancias, la única arma posible -no consta que tuvo otros instrumentos, racionalmente aceptables, para repeler la agresión- para evitar daños mayores y, esencialmente, a su menor hijo quien era agredido por el agraviado, ebrio y encolerizado. No hay, pues desconexión temporal entre agresión y defensa” (R.N. n° 2233-2014-Junín).

24 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 682. También, QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, p. 394.

25 MARÍN DE ESPINOSA sostiene que “según este criterio, si existen varios medios de defensa, el agredido debe utilizar aquel que sea menos lesivo para los bienes jurídicos del agresor”. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La antijuridicidad”, p. 120.

26 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 683.

Lo que se exige es que no haya existido una provocación *suficiente* por parte del defensor. La provocación debe entenderse como la conducta que haga previsible una agresión. No basta con haber provocado de cualquier modo al agresor para perder el derecho a la defensa²⁷. Por ejemplo, una simple broma, en una reunión de amigos, no puede ser calificada como una provocación.

Como se podrá imaginar, existen problemas para delimitar el concepto de provocación suficiente²⁸. La suficiencia de la provocación lleva el problema a una dimensión aún más espinosa, la búsqueda de una “proporción” entre provocación y agresión del provocado al provocador²⁹. La presencia de este requisito es perturbadora, más aún si observamos en los casos de legítima defensa de terceras personas no importará que el defendido haya provocado el ataque, pues nuestra regulación de la legítima defensa solo exige que no haya habido provocación del defensor³⁰.

II.2. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

8. Esta causa de justificación se encuentra regulada en el art. 20.4 del CP de la siguiente manera: “Está exento de responsabilidad penal (...). 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido

27 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 456.

28 BRAMONT-ARIAS TORRES, “Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa”, p. 88, señala que “provocación significa el comportamiento del ‘presunto defendido’ que induce o motiva a la agresión. Tiene que ser una provocación de cierto peso, esto es, ‘suficiente’ conforme al concreto medio social en que se da el comportamiento”.

29 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 685. También, QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, p. 397.

30 Cfr. CARO CORIA, “Legítima defensa”, p. 686.

resulta predominante sobre el interés dañado; y b) cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”.

9. La regulación del estado de necesidad en nuestro ordenamiento penal ha seguido la denominada *teoría de la diferenciación*, por la cual dicha eximente de responsabilidad penal adquiere una doble naturaleza: Por un lado, es causal que excluye de antijuridicidad (inc. 4 art. 20 del CP) y, por otra parte, es causal que excluye de culpabilidad (inc. 5 art. 20 del CP). Solo en el caso de la primera se puede hablar de una causa de justificación propiamente dicha, quedando la figura del estado de necesidad exculpante relegada al ámbito de la culpabilidad como supuesto de inexigibilidad³¹. Aquí y en adelante nos ocuparemos del análisis de la primera.
10. El estado de necesidad justificante se materializa en la existencia de intereses jurídicamente tutelados por el Estado que se hallan en conflicto: el del necesitado y el de un tercero inocente. Su fundamento radica en la protección del interés preponderante del necesitado frente a la lesión del interés del tercero inocente, que excluye de antijuridicidad por la necesidad de lesión unida a la menor significación del bien (jurídico) sacrificado³². Para SILVA SÁNCHEZ, en el necesitado concurre un derecho de intromisión en la esfera del tercero que debe ser soportado por él y no impedido por nadie. Se afirma que este derecho de intromisión del sujeto justificado proviene de los deberes de tolerancia o de sacrificio, acogidos por el Derecho penal³³.

De esta forma, el comportamiento se justifica por la necesidad de impedir un riesgo cuya concreción no puede ser evitada sino mediante el sacrificio de un bien jurídico de menor valor³⁴. Por ejemplo, actúa en estado de necesidad

31 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 484.

32 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 357.

33 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, p. 3.

34 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 550: “Consideramos que el

justificante quien arroja la mercancía, de propiedad de un tercero, que transporta en un bote para no hundirse por el sobrepeso. Este caso supone la preexistencia de una situación de peligro para un bien jurídico como la vida o la salud del agente que solo puede ser salvado con el sacrificio de otro bien jurídico de valor inferior al primero.

Los requisitos de esta causa de justificación son los siguientes:

- A. Una situación de peligro:** La verificación de la existencia de un estado de necesidad justificante exige que la situación de necesidad (sacrificar y salvar bienes jurídicos) debe haber sido creada por la amenaza de peligro a un bien jurídico de mayor valía que el sacrificado³⁵. Tal situación de peligro debe ser actual e inminente³⁶.

La actualidad de la situación de peligro, como bien advierte la doctrina, requiere un juicio *ex ante*, en el que realmente se acredite que en el momento de los hechos existió un riesgo para un bien jurídico³⁷. Si el sujeto cree que se encuentra en una situación de peligro, que no existe, habrá actuado bajo el influjo del error (se trata de un error de tipo, pues

fundamento de la justificación del estado de necesidad es el *interés preponderante*, de tal manera que se excluye la antijuridicidad por la necesidad de la lesión en relación a la menor importancia del bien que se sacrifica respecto del que se salva". En España, conforme a su regulación (art. 20.5 del CP de 1995), se ponderan males. De esta manera, el sujeto habrá actuado de forma justificada cuando evita un mal mayor causando un mal menor. Vid. ORTOS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, p. 360.

- 35 La Corte Suprema, en el R.N. n° 4009-2011-Junín, señaló lo siguiente: "no es obstáculo apelar al estado de necesidad justificante cuando concurra provocación imprudente derivada de una ineficiente gestión pública. Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado".
- 36 La inminencia (o proximidad) de la situación de peligro se podrá apreciar en la existencia de una real probabilidad de producción de una lesión a un bien jurídico, según las circunstancias. Por ello, será legítimo sacrificar dicho bien (por ejemplo, durante el incendio, romper el vidrio de una casa para rescatar a una persona) e imponer al sujeto afectado el deber de tolerancia de la acción salvadora (en el caso planteado, el dueño de la casa debe tolerar el daño a su propiedad).
- 37 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 488.

el desconocimiento recae sobre un elemento objetivo de la causa de justificación).

En cuanto a los bienes jurídicos tutelados mediante el estado de necesidad justificante, estos no solo son la vida, la integridad corporal o la libertad. El legislador peruano ha indicado que la situación de peligro puede recaer sobre “otro bien jurídico”. De esta manera, podría considerarse permitida la conducta de una persona que haya defendido el patrimonio propio o de un tercero ante una situación de riesgo concreto. Por ejemplo, cuando una persona rompe el vidrio de un inmueble ajeno que estaba incendiándose a fin de rescatar un cuadro suyo de gran valor que se encontraba en exposición.

- B. La necesidad de defensa o de acción de salvaguarda:** La acción dirigida a alejar el peligro debe ser necesaria, pues permitirá evitar que la amenaza de peligro se concrete en una lesión al bien de mayor valor³⁸. Por ejemplo, era necesaria la interceptación telefónica sin orden judicial a unos terroristas para evitar la muerte de varias personas que, con una seguridad rayana con la certeza, estaba próxima a producirse. Asimismo, la acción salvadora debe ser idónea para mantener el bien amenazado y, a la vez, la más moderada sobre el interés afectado (la de optar por una conducta que conlleve una menor lesividad)³⁹.

En efecto, la necesidad de la acción, implica optar por una conducta menos lesiva. Ello conlleva que se empleen medios idóneos para conjurar la posibilidad de lesión y que permita optimizar la posibilidad de salvar el bien jurídico de mayor valía (no se tenga otro medio posible menos lesivo). Pues la acción necesaria debe constituir “un medio adecuado a las circunstancias” para la resolución del conflicto. Por ejemplo,

38 Como advierte JESCHECK, los bienes que se encuentran en discordia deben entrar en conflicto entre sí de un modo tal que solamente uno puede ser salvado mediante el sacrificio del otro. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 388. En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 361.

39 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 489.

en vez de buscar, mediante tortura, que un detenido informe la ubicación de una bomba próxima a estallar, es preferible interceptar, aún sin orden judicial, los teléfonos de los otros integrantes de la organización criminal y así evitar un daño mayor.

El estado de necesidad justificante supone que los valores se relativizan. Ello debido al grado de peligro amenazante y su cercanía, el valor de los bienes implicados y la cuantía del daño material y moral acaecido o esperado, el grado de aptitud de la acción necesaria para la elusión del peligro, el significado funcional de los bienes afectados, el carácter irreparable de la pérdida sufrida, la existencia de un deber de garante del autor frente a la víctima y la finalidad que persigue el autor o, si el peligro amenaza precisamente el flanco que debe ser atacado⁴⁰, entre otros criterios.

Por supuesto, para la asunción de tal determinación se deberá tomar en cuenta la intensidad de los peligros que amenazan los bienes jurídicos en conflicto, así en el caso de bienes jurídicos que en abstracto no presentan mayores diferencias, la ponderación en concreto permitirá establecer si el bien preservado es el preponderante⁴¹.

En el ejemplo ya mencionado, un policía ante un peligro inminente y actual para la vida de varias personas (existe una amenaza real) y ante la necesidad de conjurar ese peligro (necesidad de defensa) podrá interceptar, sin orden judicial, las comunicaciones del sujeto amenazante (ponderación de intereses: bien jurídico vida e integridad corporal de varias personas frente al bien jurídico de menor valía que podrá sacrificarse: el secreto de las comunicaciones), más aún si ostenta alguna posición de garante (protección de la vida y seguridad de los demás).

40 Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 388.

41 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 491.

II.3. LA OBEDIENCIA DEBIDA

11. En el art. 20.9 del CP se regula esta causa de justificación de esta forma: “Está exento de responsabilidad penal (...) 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”. En este caso, la conducta no será contraria al ordenamiento jurídico cuando el que actúa lo hace en mérito de una orden lícita (o aparentemente lícita) y obligatoria emitida por la autoridad competente. En relación a los elementos de forma y de contenido de la obediencia debida, se pueden indicar los siguientes:

A. Relación de subordinación idónea: El agente tiene que encontrarse sujeto a las relaciones de superior a inferior jerárquico⁴². Esta relación solo puede darse en el ámbito del Derecho público y del Derecho militar⁴³.

Por ejemplo, Carlos es un militar subalterno de Manuel. Este último le transmite la orden de informarle sobre el estado de salud de unas personas detenidas en un centro castrense. A Carlos no se le debería atribuir ser partícipe de un secuestro (si acaso quienes detuvieron a las personas lo hicieron de manera ilegal), pues obedeció la orden de su superior jerárquico.

B. La orden debe ser de obligatorio cumplimiento: La orden que se recibe debe ser acatada por el inferior jerárquico. Ello supone que la orden debe ser emitida por la autoridad competente.

42 BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*, p. 931: “es necesario que el actuar se encuadre dentro de las relaciones de superior e inferior jerárquico en el ámbito de la administración pública. Esta exigencia implica que en el caso concreto habrá de existir una regulación jurídica determinada que especifique relaciones de subordinación de un sujeto respecto de otro y que aquel actúe precisamente en virtud de tales reglas de subordinación”.

43 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 646.

En el caso planteado como ejemplo, la orden que recibió Carlos fue dirigida por su jefe inmediato superior. En caso de negativa al cumplimiento, Carlos habría incurrido en el delito de desobediencia, conforme a la legislación militar.

Al respecto, señala GARCÍA CAVERO: “La exigencia de una orden excluye del ámbito de esta causa de justificación el caso de recomendaciones u opiniones, cuyo seguimiento no es obligatorio. Por otro lado, se ha dicho que no se trata de cualquier orden sino que debe tratarse de órdenes de carácter público, es decir, expedidas por un funcionario público. En este sentido, las órdenes emitidas por privados en el marco, por ejemplo, de una relación laboral, no podrán dar lugar a una orden obligatoria. En estos casos, las órdenes de los superiores jerárquicos deberán resolverse con las reglas generales del principio de confianza y la teoría del error”⁴⁴.

- C. **El contenido de la orden:** Esta causa de justificación se presenta ante el cumplimiento de orden antijurídica, pues “de lo contrario no nos plantearíamos una situación de justificación por parte de la actuación del subordinado”⁴⁵. Ahora bien, si se trata de una orden apreciada como manifestamente injusta, por coherencia del sistema, esta no debe ser acatada, por lo que no sería de recibo que se alegue la actuación bajo el influjo de esta causa de justificación. En cambio, si se trata de una orden injusta, pero con apariencia de legalidad, su cumplimiento está permitido⁴⁶.

44 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 501.

45 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 500.

46 Sobre este tema, en el D. Leg. 1186 (norma en la que se regula el uso de la fuerza policial), se indica lo siguiente: “Artículo 10.- Derechos en el ejercicio de su función relacionada al uso de la fuerza, el personal de la Policía Nacional del Perú tiene los siguientes derechos: (...) b. No acatar disposiciones u órdenes superiores para el uso de la fuerza cuando estas sean manifestamente ilícitas o arbitrarias”./ “11.3. Cuando se usen las armas de fuego, el personal de la Policía Nacional no puede alegar obediencia

Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ indicó: “Basta, entonces, con que el actuar esté dotado formalmente de apariencia legal, aunque realmente no lo sea. Lo cual entonces hay que apreciarlo *ex ante*, al momento de la acción conforme a un criterio abstracto dentro de ese tipo de actos. A partir de una apreciación *ex post* nunca podría apreciarse una obediencia debida”⁴⁷.

En el ejemplo ya mencionado, no se ordenó a Carlos matar ni torturar, solo el informar sobre la integridad de los detenidos. El deber de obediencia le era exigible⁴⁸. En el ámbito de las relaciones castrenses se afirma que “la orden debe ser acatada aun cuando sea ilícita, pero a condición que esta característica no sea evidente. Esta es la diferencia esencial respecto al Derecho penal común”⁴⁹.

II.4. EL QUE OBRA POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DEBER, DERECHO, CARGO U OFICIO

12. En el art. 20.8 del CP se menciona que: “Está exento de responsabilidad penal (...). 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

En esta norma, el legislador ha establecido una serie de supuestos justificantes, razón por la cual es necesario estudiar, de modo específico, cada uno de ellos.

a órdenes superiores si tenía conocimiento que el uso de esta era manifiestamente ilícita. En caso de haberse ejecutado, también serán responsables los superiores que dieron dichas órdenes”.

47 BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*, p. 931.

48 En el ámbito de las relaciones jerárquicas que se desenvuelven en el Derecho militar, las órdenes impartidas por el superior jerárquico son irrefutables por el subalterno, ya que ello significaría la ruptura de la disciplina castrense y esto último sería considerado como una falta disciplinaria o delito. Por ende, los mandatos dados en el ámbito militar están revestidos de una presunción de juridicidad, esto debido a que si no se puede cuestionar una orden, se tiene que suponer que posee legitimidad.

49 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 583.

- A. **El cumplimiento de un deber:** Una conducta lesiva a un bien jurídico penal estará justificada siempre que el agente haya actuado en cumplimiento de los deberes que emanan de la función que cumple en la sociedad. Se trata de realizar un deber de carácter jurídico y no moral⁵⁰. En esa línea, se deben efectuar una serie de exigencias –no establecidas expresamente en el CP– para que el agente pueda invocar dicha causa de justificación: i) *objetivo*: que exista un deber legal, el deber cumplido debe tener mayor rango⁵¹ (juicio de ponderación) o de igual valor que el infringido⁵², y la necesidad (urgencia) de actuar cumpliendo el deber⁵³; y ii) *subjetivo*: el agente debe conocer que actúa cumpliendo un deber⁵⁴.

De otro lado, además de lo regulado en el art. 20.8 del CP, también se tiene lo desarrollado en el inc. 11 del mencionado dispositivo legal, mediante el cual se exime de responsabilidad penal al “personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”. Este último supuesto normativo es compatible al del “ejercicio legítimo de un deber”. Si bien el legislador ha delimitado sus componentes (por ejemplo, solo

50 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*, p. 926.

51 Por ejemplo, resulta legítima la conducta del testigo, quien tiene el deber de decir la verdad (art. 163.1 del CPP 2004 y art. 409 del CP), cuando atribuye a un tercero la comisión de un delito. Si bien con dicha declaración testimonial se afecta el honor de esta persona; sin embargo, la emisión de tal información veraz se encuentra permitida por el ordenamiento. Predomina, en este caso, el interés estatal que el personal.

52 Por ejemplo, el médico que opta por salvar la vida de uno de los dos pacientes, pues no dispone de instrumentos ni tuvo el tiempo suficiente para salvar a los dos. En este caso se presenta un problema ocasionado por una colisión de deberes de igual valía. Se justifica la conducta del agente que se encuentra ante esta circunstancia cuando no tiene otra alternativa de realizar una actuación conforme a derecho.

53 El agente no debe tener otra alternativa que actuar conforme a su deber, afectando un bien de tercero. En el ejemplo planteado en la nota pie anterior, el médico tenía el deber de actuar, evitando la muerte de uno de los pacientes. Si demoraba, morían los dos heridos.

54 Cfr. SALINAS SICCHA, “Obrar en cumplimiento de un deber”, pp. 786-788.

lo pueden alegar el personal militar o policial); sin embargo, desde el plano dogmático, su inclusión resultó innecesaria al ya regular como supuesto de permisión la conducta de quien cumple con su función. La interpretación de los incisos 8 y 11 del art. 20 del CP debe regirse por los criterios objetivos y subjetivos desarrollados anteriormente.

- B. El legítimo ejercicio de un derecho:** Se excluye la antijuridicidad de la conducta de la persona que haya actuado conforme a derecho, a pesar de haber afectado los bienes de terceros. Por ejemplo, quien se niega a devolver un bien mueble a su propietario, en tanto la posesión del mismo fue dada como garantía de una deuda, habrá actuado de modo justificado en el caso que la deuda no haya sido cancelada. El agente habrá actuado en ejercicio legítimo del derecho a retener la cosa (art. 1123 del Código Civil). Los elementos de este supuesto justificante son los siguientes: *i) la existencia del derecho:* El derecho debe estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico de modo explícito (por ejemplo, el derecho de retención, regulado en el Código Civil, como se indicó anteriormente) o implícito (por ejemplo, el derecho de corrección de los padres hacia los hijos); *ii) la titularidad del derecho:* quien ejerce la conducta debe poseer la capacidad jurídica para obrar; *iii) legitimidad en el ejercicio:* el agente debe actuar conforme a los límites establecidos por las normas que regulan y limitan el derecho invocado. De esta forma, queda excluido el abuso del derecho; *iv) la necesidad de la realización:* conforme al principio de proporcionalidad, antes de la realización de la conducta lesiva, es recomendable que el agente busque la solución por otras vías necesarias e idóneas. Si la conducta lesiva es la opción menos aflictiva, su conducta estará permitida; y *v) lo subjetivo:* el agente debe conocer que está actuando conforme a derecho⁵⁵.

55 Sobre este tema, vid. REVILLA LLAZA, "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", pp. 789-804.

- C. **Ejercicio legítimo de un cargo:** La conducta del agente no será antijurídica cuando la misma se encuentre avalada por un encargo emitido por la autoridad estatal. En ese sentido, HURTADO POZO señala que “esta fórmula se refiere a los casos en los que un órgano del Estado, al cumplir sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal”⁵⁶.

Asimismo, quienes lleguen a desempeñar un cargo estatal de una u otra manera deberán emplear diversas formas de coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos, como es el caso del juez que ordena la detención de una persona o el desalojo de una vivienda, entre otros supuestos⁵⁷. Por otro lado, para poder estructurar dicha justificación jurídica deben presentarse los siguientes requisitos⁵⁸: *i) la existencia de cargo público*: es necesario que el agente posea la investidura correspondiente del cargo, pues de no ser así, de ningún modo se ejecutará la causa de justificación; *ii) el ejercicio legítimo del cargo*: el ejercicio del cargo debe llevarse a cabo conforme a las normas que lo regulan, y *iii) lo subjetivo*: el agente debe conocer que actúa conforme a la función estatal previamente asumida.

- D. **Ejercicio legítimo de oficio o profesión:** Suceden casos en los que profesionales y personas que ejercen algún oficio en específico, se ven en la imperiosa necesidad de actuar en una situación que, a criterio general, configuraría un ilícito penal; sin embargo, ello no ocurre pues tal persona habría actuado conforme a su rol⁵⁹. Por ejemplo, el futbolista que, producto del juego, lesiona a un contrincante. Si bien se ocasionó una afectación a la salud del tercero; sin embargo, esta conducta está justificada. Otro ejemplo, actúa legítimamente el periodista que difunde una información que, si bien es

56 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 588.

57 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 734-735.

58 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 752-753.

59 Cfr. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal español*, p. 170.

potencialmente lesiva al honor de una persona, lo hace habiendo verificado previamente la veracidad del mensaje y la noticia resulta de interés público⁶⁰.

De otro lado, algunos podrían sostener que una persona realiza un hecho atípico cuando actúa conforme a su oficio o profesión (argumento que se puede extender a los demás supuestos justificantes ya desarrollados). Al respecto, en la Ejecutoria Vinculante emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se indica que “la sola intervención profesional de un médico (...) no puede ser considerada típica” (R.N. n° 1062-2004-Lima). Asimismo, en el Acuerdo Plenario n° 3-2010/CJ-116, se declara la “atipicidad” de las “conductas neutras” realizadas por profesionales. Por último, la Sala Permanente de la Corte Suprema, en la Casación n° 112-2012-Tacna, ha señalado que “(...) tales hechos son atípicos [pues se] concilian con los alcances del Acuerdo Plenario número cero tres guión dos mil diez guión CJ guión ciento dieciséis que reconoce la atipicidad de los actos [...] o conductas neutras constitucionales”.

II.5. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

13. En el art. 20.10 del CP se menciona que está exento de responsabilidad penal el “que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.

La teoría del bien jurídico distingue netamente dos clases de intereses: los que quedan a disposición de su titular y aquellos otros cuya lesión no permite el Derecho. Claros ejemplos del primero son la intimidad, la libertad sexual o el

⁶⁰ En el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116 se menciona lo siguiente: “No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras investigaciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador”.

patrimonio⁶¹. Dependiendo los casos, el consentimiento del titular puede ser entendido como un supuesto de atipicidad (por ejemplo, un acto sexual consentido no es, lógicamente, un acto que afecta la libertad sexual) o de justificación (por ejemplo, el particular puede autorizar la revelación de datos de su salud, su vida sexual, sus ahorros, entre otros)⁶².

En el caso de que el titular del bien jurídico decida disponerlos, es oportuno señalar los requisitos que se deben establecer para dicha actuación. La doctrina mayoritaria se ha encargado de señalar los siguientes requisitos:

- A. Suficiente capacidad de discernimiento:** Se exige que los que consientan la disposición de su bien jurídico tengan la capacidad de comprender su significancia. En este sentido, se excluye, por ejemplo, a los inimputables absolutos que padecen anomalías psíquicas profundas.

No se exigen las mismas formalidades que en el Derecho civil, ya que, como señala MIR PUIG, “(...) basta la capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento”⁶³. En esa línea, MUSCO y FIANDACA, opinan que: “el sujeto legitimado para consentir debe ser *capaz de actuar*. Pese a la naturaleza ‘no negociable’ del consentimiento, dicha capacidad de actuar termina por traducirse en una capacidad de entender y querer, que debe ser certificada en cada caso en particular, por lo que basta que el magistrado establezca en cada oportunidad que el sujeto que consiente tiene madurez suficiente para

61 Cfr. DEMETRIO CRESPO / RODRÍGUEZ YAGÜE, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, pp. 313-314.

62 Excepcionalmente, el consentimiento lo puede realizar el representante legal o un tercero, en tanto no se traten de bienes personalísimos. Por ejemplo, el consentimiento de realizar un acto sexual no puede ser determinado por el representante legal. Otro ejemplo, el inquilino sí puede consentir que una persona ingrese al inmueble de propiedad de un tercero. No se habría cometido un acto de violación de domicilio.

63 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 524-525.

comprender el significado del consentimiento brindado (se trata de la llamada *capacidad natural*)”⁶⁴.

Ello, sin perjuicio de que, en algunos tipos penales, se mencionen expresamente límites de edad a fin de valorar la eficacia del consentimiento (por ejemplo, los catorce años en el delito de violación sexual regulado en el art. 173 del CP).

- B. No es necesario que el consentimiento sea manifestado de modo expreso:** Basta que el consentimiento sea reconocido externamente, empleando cualquier medio idóneo, el cual debe ser anterior y no posterior⁶⁵. Tal como menciona MIR PUIG: “En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (solo) que el consentimiento sea *reconocible* externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho Civil”⁶⁶.

En caso el agente yerre sobre la existencia del consentimiento de la víctima, la conducta no será sancionable (tentativa inidónea). Por ejemplo, no comete el delito de hurto quien se apropia de un bien mueble que el dueño dejó para que sea tomado por dicha persona.

- C. El consentimiento debe ser libre o espontáneo:** Para que tenga eficacia justificante, no puede obtenerse mediando *violencia, error o engaño*. Al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE menciona que “la coacción cancela el consentimiento, anula

64 MUSCO / FIANDACA, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 270-271.

65 Sobre este tema, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN sostienen que “cabe también el consentimiento tácito en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios, relación de vecindad, etc., permita pensar que el titular del bien jurídico admite la realización del hecho (la persona que utiliza el automóvil de su socio para realizar una gestión en favor del negocio común; el vecino que entra en la casa de su amigo que se halla de vacaciones para regar las flores y evitar que se sequen, etc.). Muchos de estos casos pueden solucionarse por la vía del estado de necesidad, con lo cual no hay por qué recurrir al consentimiento para justificar, por ejemplo, la acción del que entra en una morada ajena para apagar un incendio, cortar el agua ante el peligro de inundación, etc.” MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 344.

66 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 531.

la capacidad de discernimiento, el error y el engaño solo cuando sean lo suficientemente intensos para poder anular la capacidad decisoria del agente”⁶⁷.

Los casos de error o engaño excluyen la eficacia del consentimiento. Salvo cuando, por sus características, el error o engaño no afecten los motivos que llevaron al sujeto a consentir. Por ejemplo, un paciente consiente que una enfermera le tome la muestra de sangre. Si es que, sin percatarse, es otra enfermera quien realiza la actividad, tal hecho (cambio de identidad de persona) no es relevante para descartar la eficacia del consentimiento, al no haberse alejado de la razón que llevó a la persona a aceptar que le tomen la muestra de sangre. En cambio, en caso se haya dado el consentimiento a una persona en específico (por ejemplo, a un médico concreto, confiando en su experiencia profesional en una determinada especialidad), la conducta será antijurídica si es que la operación la realiza otro profesional (novato, sin especialidad).

El consentimiento también puede ser presunto. Ello ocurre en caso la víctima no pueda manifestar, por alguna razón, su voluntad de aceptar la disposición de sus bienes (ya sea porque se encuentre ausente o inconsciente), pero es seguro que lo haría si pudiese. La eficacia del consentimiento presunto se restringe a los casos de afectación de bienes disponibles. Por ejemplo, estando sola en casa, la empleada del hogar regala a un mendigo la ropa vieja de su jefe, que estaba a punto de ser desechada. Si una persona presume el consentimiento de vulneración de bienes indisponibles, como la vida, habrá que acudir a la tesis del estado de necesidad justificante para legitimar la conducta. Por ejemplo, el médico decide amputar la pierna del paciente que se encontraba inconsciente producto del accidente. La conducta se justifica ante la necesidad de evitar la muerte.

67 PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. Parte General*, p. 488.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal español*, Barcelona, 2005.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, “Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa”, en *AJ* (112), Lima, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen II, Madrid, 1999.

CARO CORIA, Dino Carlos, “La legítima defensa”, en *Código penal comentado*, Lima, 2004.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, tomo II, 6^o edición, Madrid, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Restricciones Jurisprudenciales al derecho de defensa: Legítima defensa y principio de legalidad”, en *ADPCP* (III), Madrid, 1991.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2^{da} edición, Lima, 2012.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3° edición, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2° edición, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5° edición, (trad. OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Contestaciones al programa de derecho penal parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal*, 6° edición, Valencia, 2015.

LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2° edición, Buenos Aires-Montevideo, 2002.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, “La antijuridicidad”, en ZUGALDIA ESPINAR (dir.), MORENO-TORRES HERRERA (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El contenido de la antijuridicidad*, Valencia, 2013.

MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en RECPC (2), 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10° edición, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Valencia, 2015.

MUSCO, Enzo / FIANDACA, Giovanni, *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 2006.

ORTS BERENGUER, Enrique / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, Valencia, 2016.

PAWLIK, Michael, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, en *InDret* (1), 2008.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2016.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996.

REVILLA LLAZA, Percy, “Obrar en ejercicio legítimo de un derecho”, en *Código Penal Comentado*, tomo I, Lima, 2004.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, (trad., de la 2ª edición, alemana de 1991 y notas por LUZÓN PEÑA / GARCÍA CONLLEDO / DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.

SALINAS SICCHA, Ramiro, “Obrar en cumplimiento de un deber”, en *Código Penal Comentado*, Lima, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.

LA CULPABILIDAD

I. APUNTE PREVIO

1. La culpabilidad, como categoría del delito (siguiendo la estructura tradicional), alude a las condiciones personales del agente para poder atribuirle la realización de una conducta típica y antijurídica. Tal juicio de culpabilidad está configurado por las necesidades preventivas y limitado por la garantía de la proporcionalidad¹.
2. La culpabilidad se atribuye en virtud de la capacidad y posibilidad del sujeto de conocer la norma, de actuar conforme

1 HÖRNLE hace un interesante resumen de la concepción de la culpabilidad en la teoría del delito. Indica que “en la literatura contemporánea se discute vivamente cuál es la base del reproche de culpabilidad, pudiéndose distinguir en la discusión sobre la culpabilidad en la fundamentación de la pena tres corrientes principales. Las dos primeras se diferencian entre sí desde el punto de vista de su posición frente a la cuestión del libre albedrío: la posición agnóstica considera suficiente que se pueda presumir en virtud de las imágenes sociales de los roles o de las experiencias compartidas, mientras que la opinión más estricta reclama que los juicios jurídico-penales sobre el libre albedrío necesitan por principio una base ontológica demostrable. Conforme a ambas posiciones, la comprobación de la culpabilidad en la fundamentación de la pena es una condición necesaria para la imposición de una pena criminal”. De otro lado, según la teoría funcionalista, “la culpabilidad se define desde un principio como la imputación de capacidad que se verifica exclusivamente desde una perspectiva externa. Lo importante es el acuerdo alcanzado en la sociedad respectiva sobre quién es el competente por la conducta perturbadora. Depende de en qué medida existan, conforme a las condiciones sociales (naturalmente variables), posibilidades alternativas de solución del conflicto. La culpabilidad se da cuando la imputación al autor es necesaria para el mantenimiento de la confianza en la norma por falta de tales alternativas”. HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, pp. 52-53.

a dicho conocimiento y de la exigibilidad de actuar conforme a derecho. En términos generales, lo que se reprocha es precisamente la omisión de una conducta exigida². Al agente, quien actúa libremente³, se le exige una conducta determinada por la norma⁴.

3. Por ello, la idea del “reproche” va aunada al deber o exigencia de actuar conforme a las normas de comportamiento. Como señala LUZÓN: “Tal reprochabilidad jurídico-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no

-
- 2 Basada en una concepción generalizadora de la culpabilidad. COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad*, p. 107: “Para [Kohlrausch y su discípulo Marctus] la culpabilidad es por completo idéntica a la exigibilidad de otra conducta, y esta se funda, a su vez, en que la conducta del ciudadano medio permite esperar un comportamiento ajustado a la norma”.
 - 3 LUZÓN PEÑA, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, p. 33: “En cuanto a la libertad de decisión y actuación conforme a lo decidido o poder actuar de otro modo (...) es decir de que la voluntad consciente del hombre tiene capacidad de elegir entre posibilidades, y concretamente en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos y por tanto de motivarse y determinarse conforme a la norma penal, aunque haya optado por infringirla, cabe decir lo siguiente: Si empíricamente no es verificable la libertad de un ser humano en el hecho concreto, pero exactamente igual que tampoco lo es la hipótesis del determinismo de que el hombre obra siempre sin libertad, totalmente determinado por causas o motivos que no controla, y si los pretendidos intentos de comprobación científica de la falta de libertad humana son inadecuados precisamente por querer tratar la realidad humana y social como si fuera un fenómeno de la naturaleza, entonces resulta más convincente y adecuado en el campo de la valoración y regulación jurídico penal de la actuación humana en sociedad partir de la base de la que parten tanto la sociedad, la inmensa mayoría de los humanos, como las normas sociales y jurídicas de modo prácticamente universal: partir de que el ser humano maduro y mentalmente sano en situación normal tiene libertad para decidir y actuar de un modo u otro, cumpliendo las normas o infringiéndolas, y por eso es responsable en caso de infracción”.
 - 4 MAÑALICH RAFFO, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno”, pp. 87 y ss: “De esta manera el reproche está constituido por un “déficit de fidelidad al derecho” manifestado en el no seguimiento de una norma de comportamiento, en situaciones de normalidad”.

hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”⁵.

4. Con todo, siguiendo a la posición dominante, la categoría de la culpabilidad está compuesta por los siguientes elementos: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad exculpante y miedo insuperable). Sobre estos elementos nos referiremos de inmediato.

II. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

II.1. LA IMPUTABILIDAD

5. La imputabilidad se basa en la capacidad del sujeto de conocer la norma de conducta y de actuar conforme a dicho conocimiento⁶. En principio, en nuestro país, un sujeto es imputable (Derecho penal de adultos) cuando adquiere la mayoría de edad (la capacidad de ser destinatario de las normas penales empieza a los 18 años)⁷. En el caso de los adolescentes infractores (no sancionables por la comisión de un delito, sino de una infracción penal), la edad del sujeto debe fluctuar entre los 14 y los 18 años de edad.

En el Derecho penal de adultos (en lo sucesivo solamente nos referiremos sobre este orden normativo), la responsabilidad penal puede ser restringida, por razones de edad. En el art.

5 LUZÓN PEÑA, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, p. 32

6 TERRADILLOS BASOCO, “Culpabilidad-Responsabilidad”, p. 349: “[D]ebe considerarse superada la tradicional concepción de la imputabilidad como capacidad de conocer y querer –ya que nos consta que nuestras decisiones vienen condicionadas por factores psíquicos y socioculturales–, para entenderla como capacidad de ser normalmente motivado en el sentido que pretende la norma, que es lo que impone el derecho positivo, al apreciar inimputabilidad cuando el autor del hecho antijurídico no es susceptible de desvaloración jurídica, puesto que no comprendió la significación de su comportamiento o no pudo actuar de acuerdo a esa comprensión”.

7 En este sentido, BACIGALUPO expresa que la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *juris et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del Derecho. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 424.

22 del CP se indica que una persona mayor de 18 años y menor de 21 años, así como la persona mayor de 65 años merecerá una pena atenuada⁸.

Como es lógico, la determinación de la edad del autor se realizará ubicándose en el momento de la comisión del delito. Como refiere BACIGALUPO: “El momento de consideración de la edad es el de la comisión del hecho, no el de la sentencia. Por tal debe entenderse, a su vez, el de la realización de la acción, sea que se trate de una acción de autoría o de participación (complicidad o inducción)”⁹.

6. La minoría de edad no es la única causa de inimputabilidad. Debe tenerse en cuenta que el sujeto ostente las condiciones necesarias para poder determinarse conforme obliga la norma. Dicho con otras palabras, el sujeto debe tener las condiciones físicas y mentales, para percibir la realidad, comprenderla y actuar conforme a ello. Ello no ocurre en los casos en los que se presenta en el sujeto la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y la alteración en la percepción (art. 20.1 del CP). Estos criterios no solo deben ser analizados desde una perspectiva biológica (psiquiátrica), sino también normativa. Es decir, lo relevante no es determinar solamente la causa de la anormalidad, sino si en realidad tal circunstancia provocó que el sujeto no haya sido capaz de comprender la norma ni de actuar conforme a su comprensión (deberá verificarse en cada caso en concreto su capacidad de inhibición)¹⁰.

8 En cuanto a esta atenuante privilegiada, en el art. 22 del CP se exceptúa su aplicación en caso de delitos considerados graves, describiéndose una lista de los mismos (por ejemplo, los delitos de violación sexual, homicidio calificado, robo agravado, entre otros tipos penales). No obstante, la Corte Suprema ha resaltado la ilegitimidad de dicha excepción a la aplicación de la atenuante. Se afirma que prohibir la disminución de pena por razones de edad afecta los principios de igualdad y de proporcionalidad (vid., Acuerdo Plenario n° 4-2016/CJ-116, Casación n° 336-2016-Cajamarca, Casación n° 335-2015-Del Santa, Casación n° 403-2012-Lambayeque y el R.N. n° 701-2014-Huancavelica).

9 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 424.

10 Cfr. ORTOS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte*

7. La anomalía psíquica está prevista en la ley como una *causa* que excluye la culpabilidad (causa de inimputabilidad). Se trata de una expresión que, alejada de una connotación estrictamente médica, hace alusión a todo trastorno o desorden mental capaz de afectar al sujeto en su capacidad de comprender el carácter antijurídico de su conducta o de comportarse conforme a dicha comprensión.

Al respecto, sostiene ORÉ SOSA: “en estos casos no solo debe tenerse en cuenta la existencia misma de la enfermedad, sino el grado de afectación de la capacidad psíquica a efectos de ponderar su capacidad de comprensión (motivación) y, consecuentemente, su imputabilidad o inimputabilidad”¹¹. Pues, en este caso, el agente puede presentar un cuadro clínico de una intensidad tal que afecte, en el momento típico, su capacidad de distinguir entre el bien y el mal. Ejemplos de ello son los siguientes: la paranoia, la esquizofrenia, la oligofrenia, entre otros casos.

8. Otra causa que excluye la culpabilidad prevista en la ley es la grave alteración de la conciencia. Se trata de un trastorno en el poder de reflexión que tiene todo ser humano. Su origen, a diferencia de la anomalía psíquica, no es patológico, sino externo¹². Asimismo, también la podremos diferenciar frente a la anomalía psíquica en cuanto a su duración¹³.

General, p. 315.

11 ORÉ SOSA, *Temas de Derecho Penal*, pp. 130-131.

12 En el R.N. n° 1377-2014-Lima, se mencionó que “a diferencia de la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia se presenta como producto [del consumo] de sustancias exógenas, como el alcohol, drogas, fármacos, etc. Este trastorno mental debe adquirir la profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y voluntativas del agente: deben incidir en la misma magnitud que las causas de anomalía psíquica”.

13 Se afirma que la grave alteración a la conciencia “afecta a una persona con normalidad psíquica, pero que sufre un choque con un agente exterior (un traumatismo, una emoción especial, una intoxicación esporádica) y, de una manera transitoria, se encuentra en una situación prácticamente idéntica a la de alteración o anomalía psíquica”. ZUGALDÍA ESPINAR, “La culpabilidad”, p. 139.

BRAMONT-ARIAS TORRES define a la grave alteración de la conciencia como “(...) una perturbación profunda de la conciencia de sí mismo o del mundo exterior que afecta la inteligencia o la voluntad, impidiendo la comprensión de la delictuosidad del acto que se realiza, o la dirección de las propias acciones al efectuarlo”¹⁴. Por ejemplo, los estados intermedios de ebriedad o drogadicción, los celos intensos por motivos pasionales, la profunda fatiga, entre otros. Se trata de alteraciones que superan el límite de lo normal, pero que no anulan la voluntad, de lo contrario serían consideradas causas de ausencia de acción.

9. La alteración de la percepción, regulada en el art. 20.1 del CP, también excluye la culpabilidad. Se trata de la incapacidad del sujeto de internalizar o comprender las normas debido a una falta de socialización, producto de una minusvalía física (por ejemplo, una persona sordomuda no educada). Tal como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “en su caso la inimputabilidad proviene de una ausencia de socialización derivada de una minusvalía física, no psíquica. Esa falta de integración en el entorno puede provocar una inadaptación de tal calibre que el sujeto no haya interiorizado las claves que delimitan las acciones socialmente aceptadas de las que no lo son”¹⁵.

Sin embargo, como se dijo antes, para verificar la existencia de esta causa de inimputabilidad no es suficiente que el sujeto padezca de la minusvalía física, sino que esta sea idónea para alterar el conocimiento o sentido que tenga de la realidad en el momento justo del hecho típico. Esta causa de exculpación suele confundirse con el de la anomalía psíquica, también de origen físico. Por ello, se postula su supresión¹⁶.

14 Asimismo, refiere este autor que la grave alteración de la conciencia debe haber existido en el momento del hecho en grado suficiente para haberle impedido comprender lo injusto del hecho (falta de capacidad de comprensión) o de actuar según esta comprensión. BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 310-311.

15 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 256.

16 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 633.

II.2. EL CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD DE LA CONDUCTA

10. En el art. 14 del CP se señala que el “(...) error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuera vencible, se atenuará la pena”.

Se excluye la culpabilidad si es que el agente, al momento de realizar la conducta típica y antijurídica, desconocía de la existencia de la norma de determinación (el agente no sabía que la conducta estaba prohibida o que existía un mandato de realizar un comportamiento concreto) o asumía erróneamente estar bajo el influjo de la norma de permisión (el agente actuó considerando erróneamente que el hecho estaba justificado).

11. El error sobre el conocimiento de la ilicitud de la conducta es comúnmente entendido como error de prohibición (por ejemplo, cuando un extranjero cree que vender marihuana en Lima está permitido, desconociendo que existe una norma que prohíbe traficar dicha droga). Sin embargo, limitar el concepto al desconocimiento de la norma de prohibición resulta una opción equivocada. El error puede versar sobre la norma de mandato (por ejemplo, el representante de la empresa constructora desconoce la norma que lo obliga a informar a la autoridad de la existencia de operaciones dinerarias sospechosas) o sobre la norma de permisión (por ejemplo, una persona considera que lesionar a un sujeto que días antes le robó se encuentra permitido).

A pesar de lo indicado anteriormente, siguiendo a la doctrina mayoritaria, seguiremos utilizando la expresión “error de prohibición” para referirnos a esta causa que excluye la culpabilidad.

12. Este caso de error trata sobre aquellos supuestos en los que el sujeto ha tenido una incorrecta representación sobre la

contrariedad de su comportamiento con el Derecho¹⁷. En esta misma línea, ROXIN señala que concurre “un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”¹⁸. Cabe precisar, que si el agente únicamente desconoce las consecuencias jurídicas de una violación legal, esto es, sabe que su comportamiento está prohibido, pero considera que las consecuencias del mismo no son penales, sino administrativas o civiles, no se encontrará en un error de prohibición, pues “las falsas representaciones sobre las consecuencias jurídicas de una violación legal no son recompensadas”¹⁹.

13. En este sentido, como podemos observar, a pesar de la prevalencia histórica de la máxima *error iuris nocet* (la cual señalaba que el responsable de un hecho delictivo no podía invocar con éxito el desconocimiento, ya sea parcial o total, de las normas jurídicas²⁰), queda claro que el citado supuesto de desconocimiento puede existir en casos en los que, por ejemplo, la abundante producción de normas dificulte que el ciudadano conozca de todas aquellas que son relevantes para el Derecho penal²¹.
14. De acuerdo a ello, se ha optado por la exclusión de responsabilidad penal del agente, siempre que no sea posible im-

17 Cfr. ÁVALOS RODRÍGUEZ, “Error de tipo-error de prohibición”, p. 481.

18 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 861.

19 ROXIN, “Acerca del error en el Derecho penal”, p. 127.

20 CHOCLÁN MONTALVO / CALDERÓN CEREZO, *Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal*, p. 154: “El fundamento de aquella irrelevancia residía en que el Derecho penal contempla infracciones de normas sociales elementales. Sin embargo, la evolución del Derecho penal lleva a la existencia de normas penales no tan elementales para el individuo, por lo que acabó por atribuirse relevancia al desconocimiento por el autor de la ilicitud de su hecho, trasladándose la cuestión fundamental del error de prohibición a si fue o no evitable y, en su caso, el grado de evitabilidad”.

21 Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / GARCÍA RIVAS / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 261.

putarle el conocimiento del carácter antijurídico del hecho a consecuencia de un error vencible. Es decir, la posible liberación de responsabilidad penal del agente dependerá de si se podía o no superar la situación de ignorancia. En el caso del error vencible, se atenuará la pena al agente.

Ahora bien, la doctrina aún no ha llegado a un consenso en lo referente al criterio para determinar la vencibilidad del error, de modo que la aplicación del mismo se presenta como un tema controvertido al interior del Derecho penal. A continuación, realizaremos un análisis de la citada institución.

Sobre el criterio para determinar la vencibilidad del error, se han planteado diversas posturas: el esfuerzo de conciencia, la afectación de normas que constituyen principios de ética social, el deber medio de información y la violación de un deber de información jurídica²².

De nuestra parte, coincidiendo con GARCÍA CAVERO, consideramos que la teoría del esfuerzo de la conciencia solo podría utilizarse en delitos con juicio de rechazo generalizado en la sociedad, mientras que en ámbitos como el Derecho penal económico la vencibilidad solo podría ampararse en los deberes de informarse²³.

Además, no se requiere que el agente tenga que tener presente en todo momento la prohibición de su comportamiento, pues la mayoría de delincuentes al ejecutar el hecho tienen, generalmente, en “sus cabezas” cosas distintas de la prohibición, por lo que de exigirse tal requisito la mayoría de ellos actuaría bajo un error de prohibición. Consideramos, coincidiendo con ROXIN, que es suficiente con que “el autor sepa de lo prohibido aun cuando no piense en ello en ese momento”²⁴.

22 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 616.

23 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, pp. 529-531.

24 ROXIN, “Acerca del error en el Derecho Penal”, p. 130.

15. En ocasiones, la diferenciación entre el error de prohibición y el error de tipo se vuelve sumamente dificultosa, por lo que habrá que recurrir al criterio rector sobre el mismo, esto es, a que el “error de prohibición solo afecta la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo”²⁵.

Asimismo, debe tenerse presente que “frente a la exigencia del dolo relativa al conocimiento de los elementos del tipo penal, el error de tipo comporta la ausencia de ese conocimiento; frente a la exigencia de la conciencia de la antijuridicidad, como elemento de la culpabilidad, el error de prohibición supone la ausencia de ese conocimiento”²⁶.

16. De otro lado, la doctrina ha elaborado distintas teorías con la finalidad de brindar un adecuado tratamiento al error de prohibición. Así, entre las principales, tenemos a la teoría del dolo y a la teoría de la culpabilidad.

A. La teoría del dolo: Dicha teoría es propia de la sistemática causalista, que veía al dolo como *dolus malus*, esto es, que consideraba necesario para la afirmación del dolo que se tenga conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, ubicándolo en la culpabilidad. De acuerdo a ello, el tratamiento unitario del conocimiento del hecho y la conciencia de la antijuridicidad produjo una solución que era idéntica, así se tratase de un error de tipo o de un error de prohibición.

En este sentido, se anota que en virtud de esta teoría hay “un tratamiento unitario de todas las clases de error. Las diferencias se plantean únicamente entre error vencible y error invencible. En ambos casos el error excluye el dolo (...). En el supuesto del error invencible, queda totalmente

25 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 861.

26 CHOCLÁN MONTALVO / CALDERÓN CEREZO, *Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal*, p. 155.

excluida la responsabilidad criminal, tanto a título de dolo como a título de imprudencia. Por el contrario, el error vencible únicamente excluye el dolo, subsistiendo la responsabilidad por el delito imprudente²⁷.

Así pues, en su versión estricta, la señalada teoría sostuvo lo siguiente: a) un obrar doloso requiere ser realizado con conciencia de la antijuridicidad, consecuentemente, el concepto de dolo se amplió. Lo señalado, ocasionó la equiparación entre el error de prohibición y el error de tipo; así, el dolo quedaba excluido en todos los casos en que en el momento del hecho el agente actuaba desconociendo la prohibición, ocasionándose la impunidad aún en caso de error de prohibición vencible si es que no existía la forma culposa de tal conducta²⁸.

B. Teoría de la culpabilidad: La teoría de la culpabilidad fue la que prevaleció al instaurarse el nuevo sistema que para la teoría del delito significó la adopción del finalismo. De acuerdo a esta teoría, el error de prohibición presupondrá que el agente tuvo conocimiento de las circunstancias del tipo y, por tanto, que actuó con dolo. En esta línea, se observa que no se supone necesario que el dolo requiera del conocimiento de la antijuridicidad, sino, todo lo contrario, esta postura se caracteriza por diferenciar los efectos del error de tipo y el error de prohibición. El error de prohibición no afecta el carácter típico del hecho y el dolo es un elemento del tipo, no una forma de culpabilidad²⁹.

Como podemos observar, para esta postura el hecho realizado es, en todo caso, de configuración dolosa. La

27 GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / GARCÍA RIVAS / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 262.

28 Cfr. RIGHI, "La regulación del error de prohibición en el derecho argentino", p. 728.

29 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO / CALDERÓN CEREZO, *Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal*, p. 163.

concepción de la culpabilidad quedó depurada de cualquier connotación psicológica.

Consideramos que el error sobre las circunstancias objetivas de las normas de determinación (prohibición o mandato) y de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, debe ser considerado un error de tipo (teoría restringida de la culpabilidad). Cuando se trata de un error sobre la licitud o no de la conducta, se tratará de un error de prohibición.

17. La doctrina ha dividido al error de prohibición sobre la base de ciertas particularidades que repercuten en el tratamiento del mismo. Así, por ejemplo, podemos señalar al error de prohibición directo e indirecto, al error de validez, al error de subsunción, error sobre la punibilidad, al error sobre la causas de exculpación y al error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15 del CP).

A. Error de prohibición directo e indirecto: El error de prohibición directo se presenta cuando el autor desconoce la existencia de la prohibición penal (ya sea de mandato o de prohibición). A este tipo de error se dedica la teoría general del error de prohibición.

Por su lado, el error de prohibición indirecto se presenta siempre que el autor conoce que su comportamiento se contrapone a las normas jurídicas, pero cree erróneamente que se actúa bajo el influjo de una causa de justificación. Dicho error puede deberse a varias razones:

a.1. Error sobre la existencia de una norma de permisión:

En este tipo de error, la persona puede creer que existe una causa de justificación, pero lo cierto es que la misma no se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en el caso de la eutanasia, el sujeto activo puede creer que con el simple asentimiento del sujeto pasivo para que le quite la vida le basta para poder realizar una conducta homicida.

a.2. Error sobre los límites de la permisión: Se presenta cuando una persona erróneamente supone que su comportamiento se sujeta a los límites de una causa de justificación prevista en el ordenamiento jurídico, sin embargo se está claramente extralimitando. Por ejemplo, en el caso que una persona que se defendió legítimamente ante un ataque de un tercero, considera que tal circunstancia le permite seguir golpeando al agresor, luego de haberlo reducido.

a.3. ¿Qué pasa con el error sobre los presupuestos de una causa de justificación (error de tipo permisivo)? Aquí, la persona considera que su comportamiento se corresponde con los presupuestos de una causa de justificación, pero objetivamente no ocurre ello. Se trata, desde nuestro punto de vista, de un error de tipo. El agente ignora la existencia de uno de los componentes de la causa de justificación, no cree erróneamente que su conducta esté prohibida ni permitida. Por ejemplo, una persona cree erróneamente que está siendo atacado y dispara al “agresor”. Sin embargo, en realidad, el “agresor” era un amigo que le iba a hacer una broma.

B. Error de validez: El error de validez se presenta cuando el autor conoce el carácter prohibido de la conducta, pero considera que la ley penal que lo prohíbe no está vigente o, en otros caso, puede incluso considerar que la misma atenta contra un derecho fundamental³⁰. Debemos señalar, que el cuestionamiento a la validez de la ley no se puede sustentar en cuestiones morales, religiosas o de conciencia a la ley aprobada, pues, como bien señala GARCÍA CAVERO, tienen que existir datos objetivos que podrían hacer pensar que la ley no tiene validez³¹. A ello, cabe agregar la presunción

30 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO / CALDERÓN CEREZO, *Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal*, p. 172.

31 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, pp. 535-536.

de constitucionalidad de las leyes, por lo que esta forma de error de prohibición será excepcional.

C. Error de subsunción: El error de subsunción es un error de interpretación. Ello trae como consecuencia la falta de conciencia de la existencia del injusto³². Por ejemplo, una persona considera erróneamente que el delito de usurpación solo se comete cuando alguien ingresa violentamente a un inmueble y no cuando medie abuso de confianza.

D. ¿Error sobre la punibilidad?: Se considera irrelevante todo error sobre las circunstancias de una excusa absolutoria o sobre su existencia legal, sobre las causas personales de exclusión de la punibilidad o, como bien señalan CHOCLÁN MONTALVO / CALDERÓN CEREZO, sobre las condiciones objetivas de punibilidad³³. Por ejemplo, resulta irrelevante si el sujeto desconoció el valor del bien mueble que hurtó. Basta, para afirmar el tipo, que el agente sabía que se apropiaba de un bien mueble ajeno.

E. Error de comprensión culturalmente condicionado: De acuerdo al art. 15 del CP, el error culturalmente condicionado se presentará cuando el agente no comprende el carácter delictuoso de un acto o cuando no puede determinarse de acuerdo a esa comprensión, por circunstancias como la cultura o la costumbre³⁴. Se tiene como presupuesto que el agente es un ciudadano no integrado socialmente; es decir, “una persona que, por su pertenencia a ámbitos culturales con parámetros divergentes, no está en capacidad de poder conocer o asumir la prohibición penal”³⁵.

32 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 872.

33 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO / CALDERÓN CEREZO, *Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingresos en las Carreras Judicial y Fiscal*, p. 171.

34 Conforme al Acuerdo Plenario n° 1-2009/CJ-116, lo expuesto en el art. 15 del CP “entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo a los cánones culturales que al sujeto le resultan extraños”.

35 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 537.

En la línea de lo expuesto anteriormente, consideramos que en todos los casos en los que el agente desconozca la prohibición penal de su conducta (sea por su procedencia cultural o por cualquier otra razón), lo recomendable sería aplicar lo expuesto en el segundo párrafo del art. 14 del CP (error de prohibición).

El art. 15 CP no exonera ni atenúa la pena a una persona que haya creído erróneamente que su comportamiento era lícito, sino exime o atenúa la pena a una persona que no ha comprendido o internalizado el carácter delictuoso del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión a consecuencia de su cultura o costumbres.

Al respecto, MEINI MÉNDEZ considera, con razón, que existe similitud entre los arts. 15 y 20.1 del CP, ya que ambos regulan supuestos de inimputabilidad y no de error, y la diferencia radica en que para el primero dichas causas son la costumbre o la cultura, mientras que para el segundo lo es la anomalía psíquica, la alteración de conciencia o en la percepción³⁶. Dicho con otras palabras, cuando el agente cometa un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, será porque carece de la capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo, siendo por ello un inimputable³⁷.

II.3. CASOS DE INEXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA

18. El juicio de culpabilidad o de reprochabilidad presupone que el autor haya realizado una conducta antijurídica. Aunque no todo comportamiento antijurídico implica la culpabilidad de su autor. Aparte de la capacidad de culpabilidad y de conciencia de la ilicitud de su acto, el autor de un injusto penal, para ser culpable, requiere obrar en normalidad

36 Cfr. MEINI MÉNDEZ, "Comisión por omisión", p. 83.

37 Cfr. MEINI MÉNDEZ, "Comisión por omisión", pp. 67-100.

de circunstancias que posibiliten su autodeterminación conforme a las normas jurídicas. Así, en el CP peruano se establecieron circunstancias por las que el autor de un ilícito penal, pese a ser imputable y no estar incurso en error de prohibición, queda exculpado, disculpado o excluido de culpabilidad por no serle exigible una actuación conforme a Derecho. Estas circunstancias son las siguientes: El obrar en estado de necesidad exculpante y el obrar con miedo insuperable.

A. El estado de necesidad exculpante

19. En el art. 20.5 del CP se señala lo siguiente: “20. Está exento de responsabilidad penal (...) 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”.
20. El estado de necesidad exculpante se presenta cuando, ante una situación de excepción (amenaza actual y no evitable de otro modo de bienes como la vida, libertad e integridad corporal), el agente realiza una conducta antijurídica. Si bien el agente puede conocer y motivarse por la norma; sin embargo, el derecho no le exige que se comporte conforme a dicho conocimiento (no se le puede obligar al agente a que actúe como un héroe).

Dicho con otras palabras, el sujeto debe estar en estado de alteración motivacional que le haga inexigible una conducta distinta a la realizada que lesiona el bien jurídico. Un clásico ejemplo es el de los dos náufragos sostenidos en una tabla, la que solo puede soportar el peso de uno de ellos y, como

consecuencia de esta situación excepcional, uno mata a otro para tomar la tabla y así sobrevivir. O el caso en el que una persona empuja a otra (lesionándola) para conseguir alejarse del fuego. En estos casos, los sujetos realizaron una conducta típica y antijurídica, pero no son culpables.

Tal como indica REVILLA LLAZA, según la doctrina dominante, la exención de responsabilidad penal que produce el estado de necesidad exculpante obedece a una doble reducción de la culpabilidad: “La culpabilidad del sujeto se rebaja, en primer lugar, por la presión anímica o espiritual intensa que le produce las circunstancias excepcionales descritas en el artículo 20 inciso 5 del CP (situaciones de conflicto y de motivación excepcionales)”³⁸. Asimismo, se indica que “[L]a culpabilidad se rebaja porque se debe valorar que con su conducta el sujeto no solo menoscaba un bien jurídico principal, sino que también preserva otro en primer orden. La antijuridicidad de la conducta del agente (...) se ve atenuada por la preservación de la vida, integridad física o libertad propias o de ‘personas con la que tiene estrecha vinculación’. La preservación de un bien jurídico por el autor reduciría también lo injusto de su conducta, lo cual repercutiría atenuando su culpabilidad”³⁹.

21. Los requisitos de esta causa de inexigibilidad de una conducta son los siguientes:

a. Los intereses en conflicto deben ser de magnitud equivalentes o cuando se afecte uno de mayor valor. En esta

38 Según REVILLA, quien obra en estado de necesidad exculpante si bien efectúa una conducta antijurídica, se encuentra en una situación extrema o límite al realizarla: una situación de peligro actual y de inminente menoscabo a sus bienes jurídicos más importantes (vida, integridad física o libertad) o de personas con la que tiene estrecha vinculación, presión psíquica que precisamente le impide y hace inexigible su autodeterminación conforme al Derecho, teniendo en cuenta el instinto de conservación. REVILLA LLAZA, “Estado de necesidad exculpante”, p. 709.

39 REVILLA LLAZA, “Estado de necesidad exculpante”, p. 709.

línea, “(...) la exigencia de abstenerse del injusto más grave siempre es mayor que la de abstenerse del más leve y, por ende, se necesitan causas más poderosamente limitativas de la autodeterminación para excluir el reproche del injusto más grave”⁴⁰.

b. El modo necesario para alejar el peligro: Se requiere el modo lícito o menos lesivo para alejar el peligro que amenaza los bienes jurídicos personalísimos⁴¹. En este sentido, si el peligro resulta evitable mediante un comportamiento menos lesivo, la responsabilidad penal no será excluida.

c. Los únicos bienes jurídico-penales que se pueden proteger en estado de necesidad exculpante son la vida, la integridad corporal y la libertad⁴², ninguno más⁴³. Y es que, como anota ROXIN: “únicamente un peligro inminente para bienes jurídicos de tanta importancia como la vida, la integridad corporal o la libertad puede provocar en el agente una presión psíquica tan relevante que le impida y haga inexigible determinarse conforme a Derecho; solo una experiencia de este tipo (de tal intensidad) podría explicar la exculpación de una conducta antijurídica”⁴⁴. Aunque se ha

40 ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 582.

41 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 660.

42 Similar redacción tiene el Código penal alemán cuyo §35 señala lo siguiente: “(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque él mismo ha causado el peligro o porque estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica (...)”

43 A contrario, ZAFFARONI afirma que no solo pueden ser graves los peligros para la vida, la salud o la libertad sexual, sino también los que pueden afectar la libertad e incluso bienes jurídicos colectivos, o los que indirectamente pueden afectar la libertad individual, como los que protegen el sistema democrático de gobierno. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 584.

44 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 899.

cuestionado este razonamiento⁴⁵, se debe estar de acuerdo con restringir la aplicación de esta eximente a determinados supuestos, pues de lo contrario se podría poner en cuestión la seriedad preventiva de las conminaciones penales. A pesar de ello, lo criticable es que se haya utilizado en la redacción de esta eximente una redacción poco afortunada: “integridad corporal”. Proponemos se sustituya este término por el de “salud individual” con la finalidad de rescatar casos de salud psicológica y física que eran excluidos.

Y es que una interpretación literal de la expresión “integridad corporal” solo hace viable obrar en estado de necesidad exculpante frente a la inminente producción de afectaciones al cuerpo de la persona, ocasionando la imposibilidad de invocar la eximente, por ejemplo, frente a graves padecimientos psíquicos. Tampoco podría aplicarse esta eximente en situaciones en las que se extirpe un miembro del cuerpo a fin de salvarle la vida a alguien.

Pueden tratarse de bienes del mismo sujeto o de personas con quien se tiene estrecha vinculación. Por estrecha vinculación deben entenderse, en primer lugar, los familiares cercanos, mientras en un sentido más lato, sería el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. No se descarta de aquí las uniones de hecho o relaciones de amistad⁴⁶.

No procede esta exención si al sujeto se le pudo exigir que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias, si causó el peligro o estuvo obligado por una especial posición jurídica, por ejemplo tenemos el caso de los bomberos, policías, soldados, entre otros. En esa línea, GARCÍA CAVERO sostiene que “(...) un deber de tolerancia surge, por el contrario, si existe una particular relación jurídica que le obliga a aceptar o soportar el peligro, o si

45 Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 692.

46 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 661.

el afectado ha causado previamente el peligro (artículo 20 inciso 5 del CP *in fine*). En estos casos, la realización del hecho antijurídico destinado a alejar el peligro podrá imputársele culpablemente a su autor, pues el ordenamiento impone la obligación de asumir el peligro”⁴⁷.

B. El miedo insuperable

22. Mediante el art. 20. 7 del CP se exime de responsabilidad penal a quien “obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”. Esta causa de inculpabilidad se funda en un factor psicológico: el miedo; y en un elemento normativo: la causa del miedo.
23. La reacción del agente debe producirse en el marco de una circunstancia excepcional, en esa medida, su respuesta se explica en tal contexto. Se afecta la normal motivación del sujeto al mandato de la ley⁴⁸, por lo que se le exime de responsabilidad penal. De otro lado, en caso el agente ha creído erróneamente en la existencia del mal que provoca una motivación anormal, debería eximirse de responsabilidad si tal error es invencible e imponerse la pena, en caso de error vencible, solo si el tipo penal realizado admite la culpa.
24. Para que se pueda dar la configuración de dicha eximente debe presentarse los siguientes requisitos⁴⁹:
 - a. *La existencia del miedo*: El miedo propiamente dicho no

47 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 657.

48 MIR PUIG indica que el miedo insuperable ha de reservarse para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme a derecho. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 625-626.

49 La Corte Suprema, en el R.N. n° 2649-2012-Lima, indica los requisitos de la eximente: “que el miedo sea causado por estímulos externos”, “que debe ser insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio, entendiéndose como tal lo que se pueda esperar de cualquier persona en el caso específico frente a una situación de miedo” y “que debe tratarse de un mal igual o mayor; esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez este ofrezca una amenaza de igual o mayor entidad a la que se le ocasiona al autor bajo el estado de miedo”.

debe ser entendido como terror (la anulación de la lucidez es una causa de inimputabilidad). En el caso del “miedo”, la aflicción psíquica al agente “le deja una opción o posibilidad de actuación”⁵⁰.

b. *El miedo debe ser originado por estímulos externos*: El miedo es un estado psicológico generado por estímulos externos y no por causas patológicas⁵¹.

c. *El miedo debe ser insuperable*: El agente no debe tener la posibilidad de actuar de manera diferente⁵². Este requisito se sustenta en la no exigencia a una persona (previa evaluación del contexto y de sus condiciones personales) de que actúe conforme a derecho dado el temor que experimentó y que no pudo resistir.

d. *El miedo debe estar relacionado con un mal igual o mayor del que se causa*: El mal (objeto del miedo) debe estar ubicado en el mismo nivel o en uno mayor del mal que se ocasiona al actuar antijurídicamente, pues de no ser así se podría aplicar lo señalado por el art. 21 del CP⁵³ (eximente de culpabilidad imperfecta)⁵⁴.

50 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 642.

51 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 642.

52 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 546.

53 En el art. 21 del CP se indica: “En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

54 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 546.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos, “Error de tipo-error de prohibición”, en *Código Penal Comentado*, tomo I, Lima, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Barcelona, 1999.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio / CALDERÓN CEREZO, Ángel, *Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingresos en las Carreras judicial y Fiscal*, tomo I, 2° edición, España, 2001.

COUSO SALAS, Jaime, *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad*, Valencia, 2006.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Lima, 2012.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008.

HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2003.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3° edición, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General* (trad. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLES DE MURILLO), Madrid, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *InDret* (3), 2012.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en *Revista Derecho* (edición, julio), Valdivia, 2011.

MEINI MÉNDEZ, Iván, “Comisión por omisión”, en *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal*, Lima, 2009.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016.

ORÉ SOSA, Eduardo, *Temas de Derecho penal*, Lima, 2009.

ORTS BERENGUER, Enrique / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, Valencia, 2016.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “Estado de necesidad exculpante”, en *Código Penal Comentado*, tomo I, Lima, 2004.

RIGHI, Esteban, “La regulación del error de prohibición en el derecho argentino”, en REYNA ALFARO (coord.) / JAÉN VALLEJO (dir.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, 2003.

ROXIN, Claus, “Acerca del error en el Derecho Penal”, en *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima, 2004.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, (trad., de la 2ª edición, alemana de 1991 y notas por LUZÓN PEÑA / GARCÍA CONLLEDO / DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.

VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2005.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “La culpabilidad”, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), MORENO-TORRES HERRERA (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2016.

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

I. ANOTACIÓN PREVIA

1. El hecho criminal es realizado y le pertenece al autor. El partícipe, cuya intervención es accesorio, determina dolosamente a que el autor cometa el hecho criminal (instigación) o contribuye dolosamente en su realización (complicidad). Este es el sistema adoptado por el legislador peruano (arts. 23, 24 y 25 del CP). De esta forma, en nuestro CP se opta por la tesis diferenciadora, dejándose de lado al sistema unitario de la autoría, mediante el cual se considera autor a todo sujeto que haya contribuido a la realización del hecho criminal. Evidentemente, la concepción unitaria de la autoría se encuentra fundada en la teoría de la equivalencia de las condiciones: todo lo que precede al resultado es causa del mismo. Este último es un criterio, sin duda, desmedido de atribución de la responsabilidad penal¹.
2. La tesis diferenciadora se puede clasificar en extensiva y restrictiva.
 - a. **Concepto extensivo de autor:** Si bien esta tesis también parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones;

1 No obstante, para un sector de la doctrina, la teoría unitaria de autor es admitida en los delitos culposos. Sobre la discusión que se desprende de esta afirmación, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 380. También, HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 855.

sin embargo, se realizan correctivos basados en la existencia de cierto elemento subjetivo al momento de realizar la conducta criminal. En concreto, según esta posición, la diferencia entre autor y partícipe dependerá del propósito con el que el agente actúe: Será autor quien obre con ánimo de autor y partícipe quien obre con ánimo de partícipe. Al respecto, GARCÍA CAVERO, describiendo esta teoría, menciona que “si el *ánimus auctoris*, querer el hecho como propio, el interviniente será el autor; mientras que si el *ánimus socii*, o sea querer el hecho como ajeno, el interviniente deberá ser tratado como partícipe”².

Esta posición es criticable, entre otros argumentos, porque la determinación del título de imputación dependerá de la voluntad con la que actúe el agente, dejando a su mero arbitrio la calificación del grado de su propia responsabilidad. Se genera un escenario de inseguridad jurídica, proclive a la toma de decisiones injustas. Por ejemplo, quien mató a una persona a solicitud de otra, alegará haber actuado sin interés alguno en la muerte de la víctima, por lo que, según esta posición, solo se le podría atribuir ser partícipe en el hecho.

b. Concepto restrictivo de autor: Según esta teoría, la diferencia entre autor y partícipe radica en la clase de contribución al hecho. Se trata de una razón objetiva, que pretende superar las críticas a la tesis subjetivista antes explicada. Ahora, ¿cómo afirmar cuándo concurre una contribución del autor y otra del partícipe? Se distinguen tres corrientes: La teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material y la teoría del dominio del hecho.

2 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 677.

- b.1 La teoría objetivo-formal:** Lo decisivo para determinar que una persona es autora de un delito es que haya realizado todos o alguno de los actos ejecutivos previstos de modo literal en el tipo. Por ejemplo, en el delito de robo (art. 188 del CP), se establecen como medios típicos específicos la violencia y la amenaza. Según esta posición, basta que el agente haya sustraído un bien mueble mediante violencia para poder considerarlo autor de robo. Sin embargo, esta tesis tiene dificultades: ¿Qué pasa en los casos en los que en el tipo penal no se establecen expresamente los medios típicos (por ejemplo, en el homicidio simple)? ¿Cómo fundamentar la sanción al autor mediato si él, por definición, no realiza la conducta criminal, sino el intermediario? ¿Qué sucede en los casos de coautoría, en el que según el plan criminal, solo uno de los sujetos realizará el medio típico (por ejemplo, la violencia en el robo) y el otro no?
- b.2. La teoría objetivo-material:** Según esta posición, la diferencia entre autor y partícipe radica en la importancia objetiva de la contribución. Será autor el sujeto que aporte la contribución objetivamente más importante. Sin embargo, ¿cómo determinar la importancia de la contribución? Se trata de una fórmula vaga, que además desconoce el aspecto subjetivo del hecho. Por ejemplo, quien entrega el arma a otro para que mate, podrá ser considerado autor (pues sin el arma el sujeto no hubiera asesinado a la víctima) o cómplice (con la entrega del arma, solo se ayudó a cometer el hecho criminal). Esta tesis no logra brindar seguridad jurídica.
- b.3. La teoría del dominio del hecho:** Conforme emerge de lo postulado por la escuela finalista,

en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la toma de decisión y la ejecución del hecho. El dominio es, según esta posición, “la capacidad, conocida por el agente, de poder decidir sobre la configuración del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tienen ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito”³. Dicho de otra forma, solo quien tiene el dominio del hecho puede controlar el curso del suceso típico (él puede decidir continuar o no el desarrollo del plan criminal). De esta manera, es autor quien ejecuta con su “propia mano” los elementos del tipo, también lo es quien utiliza a otro como intermediario (dominio de la voluntad) y quien toma la decisión criminal de modo conjunto y realiza un aporte relevante para su realización (dominio funcional del hecho).

Esta tesis no está libre de crítica, pues se afirma que el “dominio” es un concepto “vago”, que no resulta suficiente para crear seguridad jurídica. Por demás, se dice que si la determinación de la autoría depende del poder de interrupción de la ejecución del plan criminal, esta capacidad también la tiene el partícipe e, incluso, terceros. Asimismo, se pregunta: ¿Cómo fundamentar la autoría en el delito culposos, en el que no se advierte en el agente control alguno del hecho? Según la teoría del dominio del hecho, en los casos de delitos culposos rige el criterio unitario de autor: todo aquel que culposamente causa el resultado es considerado autor del delito.

3 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 467.

No obstante las críticas, esta posición se encuentra consolidada en la jurisprudencia penal peruana⁴ (y en la de otros países cuya legislación y práctica se encuentra influenciada por la dogmática alemana) y en la doctrina, indicándose que “constituye un esfuerzo meritorio para superar las deficiencias de los criterios subjetivo y objetivo”⁵.

De otro lado, siguiendo a MIR PUIG, se afirma que la autoría supone “una relación de pertenencia”⁶. La ejecución material o su control efectivo pueden ser criterios que sirven para acreditar dicho protagonismo (autoría directa), pero ello no siempre será así. Por ejemplo, en el caso de la autoría mediata en el que el agente no tiene un control del hecho o en el caso de quien realiza una contribución no típica, pero sí fundamental en la realización del plan (coautoría no ejecutiva). Se sostiene que lo fundamental, para calificar a un sujeto como autor, es que

4 Vid. HURTADO POZO; *Derecho Penal. Parte General*, p. 859-861. Es más, el 25 de abril de 2014, se publicó la sentencia casatoria n° 367-2011; la cual, entre otros aspectos, resalta por haber establecido como doctrina jurisprudencial un conjunto de criterios concernientes a aspectos sumamente complejos de la teoría del delito como cuál es la teoría más adecuada para distinguir al autor del partícipe entre los distintos intervinientes en un hecho criminal. En ese sentido, indicó que la teoría del *dominio del hecho* es la decisiva para diferenciar entre autores y partícipes, afirmándose en tal sentido que “será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo. De otro lado, el partícipe será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede”. En esa misma línea, se sostuvo que “la complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito”, diferenciándose, en sintonía con lo previsto en el art. 25 del Código Penal, entre complicidad *primaria* y *secundaria*, vía el examen sobre si el acto realizado por el sujeto puede o no calificarse como esencial para la realización del tipo por parte del autor.

5 HURTADO POZO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 861.

6 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 385.

“reuniendo las condiciones personales exigidas por el tipo (esto es importante en los delitos especiales), aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización”⁷.

De esta forma, en la autoría directa, está claro que el hecho criminal es obra suya (no existe posibilidad de atribuir el hecho a un tercero, cuya intervención, de suceder, resultará accesorio, según un criterio objetivo); en la autoría mediata el hecho pertenece al “hombre de atrás”, el intermediario es solo un “instrumento” de la voluntad criminal de quien lo utiliza y en el caso de la coautoría, en virtud del acuerdo conjunto y del aporte relevante, la pertenencia al hecho se distribuye.

El concepto de pertenencia puede ser concretado, desde nuestro punto de vista, tanto por un criterio cualitativo (la competencia por el riesgo) y cuantitativo (será autor quien tiene un mayor dominio del riesgo prohibido). En cuanto al criterio cualitativo, una persona no es responsable si es que el hecho que ocasiona el resultado fue causado por terceros o por la propia víctima. En cuanto al criterio cuantitativo, se puede considerar autor a un sujeto siempre que haya tenido control material del suceso típico. No siempre se presenta (por ejemplo, en los casos de autoría mediata en los que no se tiene control del intermediario), pero se trata de un elemento importante, en algunos casos, para determinar la autoría (en especial, en el caso de la autoría directa).

7 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 385.

3. De otro lado, la tesis del dominio del hecho, para un sector de la doctrina, no podría explicar la autoría en los delitos de infracción de deber. Para el propio ROXIN, en el caso de los delitos de infracción de deber, el fundamento de la responsabilidad penal no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de un determinado *status* o rol especial⁸. Se afirma que en cuanto a esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos.

En virtud de que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. Por ello puede sostenerse en general que el sujeto cualificado es quien ocupa un *status* especial y tiene un deber de garante.

8 Cfr. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, pp. 426-427. Agrega que “en los delitos de infracción de un deber, los autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para el tipo el dominio del obligado es irrelevante; el obligado es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho”. En el mismo sentido, JAKOBS, “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, pp. 619-642. Sostiene que la operatividad del “dominio del hecho” como criterio de medición o cuantificación de la intervención delictiva se restringe a los delitos cuyo fundamento reside en la administración defectuosa de la propia organización. Tanto en los delitos de organización como en los de infracción de deber, el concepto clave para atribuir la pertenencia del suceso al interviniente es el de “competencia” y no el dominio casual en la producción del resultado, pues en alguna medida todos los intervinientes punibles dominan el hecho.

Siguiendo esta vez a JAKOBS⁹, la autoría de un delito debe ser determinada según se trate de un delito de organización o institucional. En este último caso, el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no dañe”, sino para que “fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión”¹⁰. Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 del CP), entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar correctamente los bienes del Estado.

En esa perspectiva, en los delitos de infracción de deber, la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría, sino –en esencia– el quebrantamiento del deber extrapenal¹¹. El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función¹².

A continuación, se realizará un breve abordaje a las tradicionales formas de autoría: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

-
- 9 Cit. CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, p. 60: “Una institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”.
 - 10 CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, p. 64.
 - 11 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 387. Sostiene que los deberes especiales “están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas”.
 - 12 Cfr. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, p. 430.

II. LA AUTORÍA

II.1. LA AUTORÍA DIRECTA

5. Conforme al art. 23 del CP, el hecho punible puede ser realizado “por sí mismo”. De esta forma se describe la autoría directa. Según VILLAVICENCIO, la autoría directa se presenta cuando “[E]l sujeto realiza el hecho delictivo por sí mismo sin necesidad o contribución de otros”¹³. Los tipos de la Parte Especial del CP, por la forma en que están descritos, son tipos de autoría directa. En algunos casos, el legislador establece características especiales en los tipos, que permiten delimitar el ejercicio de atribución de la autoría. Estas características pueden ser de índole objetivo (cualidades especiales en el autor en los delitos especiales o en la forma concreta de ejecución, en los delitos de propia mano) o de índole subjetivo (cuando se incluyen elementos distintos al dolo, como cuando el agente actúa con un propósito o tendencia determinada).
6. Un mayor problema se presentará cuando el hecho es cometido por varias personas, motivando la discusión sobre quiénes deben responder por el delito cometido. Nos referiremos a los casos de autoría mediata y de coautoría.

II.2. LA AUTORÍA MEDIATA CLÁSICA

7. Según el art. 23 del CP, el hecho punible puede ser realizado “por medio de otro”. En efecto, es autor mediato quien realiza el hecho utilizando al otro como intermediario a quien no se le considera responsable del hecho delictivo. El agente utiliza al intermediario, no como un objeto, sino como una persona que realiza un comportamiento voluntario para la comisión del delito (dominio de la voluntad). Por ejemplo, si una persona empuja a otra con el propósito que caiga sobre un tercero y así le cause lesiones, en este caso, quien

13 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 469.

empujó no será autor mediato del delito antes mencionado porque el intermediario actuó sin voluntad (el hecho fue provocado por una fuerza física –el empujón– que para él fue irresistible, no pudo evitarlo).

8. Lo característico de la autoría mediata es que el intermediario no responde penalmente. La no responsabilidad penal del intermediario puede obedecer a diversas razones: por haber realizado una conducta atípica, justificada, no culpable o no punible. A continuación, algunos ejemplos:
 - a. Cuando el intermediario realiza una conducta atípica: Una persona vierte veneno letal en la taza de café que otro sujeto, desconocedor de ello, sirve a la víctima. Quien puso veneno en la taza será autor mediato del delito de homicidio. Quien sirvió la taza de café actuó sin dolo ni culpa.
 - b. Cuando el intermediario realiza una conducta justificada: Cuando el jefe policial ordena dolosamente a su subalterno la detención ilegal de una persona. El subalterno habrá actuado bajo el influjo de la obediencia debida.
 - c. Cuando el intermediario no es culpable: Cuando un sujeto utiliza a un menor de edad para traficar droga. Otro ejemplo, cuando el intermediario obra coaccionado (miedo insuperable), producto de una amenaza, para lesionar a otra persona.
 - d. Cuando el intermediario no realiza una conducta punible: Cuando el esposo sustrae dinero de su esposa (excusa absolutoria), en virtud de un pedido y bajo el dominio de un tercero. Este último será autor mediato de hurto.

II.3. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN

9. Nuestro país se adscribe al sistema de imputación penal exclusivamente individualista; sin embargo, las posibilidades de atribuir responsabilidad penal a quien tiene el dominio

de una organización criminal son escasas. No solo porque -generalmente- la conducta de “la persona de arriba” es de difícil probanza, sino también porque no existe solución expresa en nuestro ordenamiento para justificar la sanción a quien no ejecuta materialmente el hecho criminal, pero sí la persona que lo ordena o acepta como parte de las actividades de la organización criminal que dirige.

10. Dicho esto, debe tenerse en cuenta que la dogmática (en tanto nos sirve para determinar el punto de partida y el límite máximo de interpretación y sistematización de las disposiciones legales) brinda soluciones a fin de una correcta aplicación del poder penal (evitando la impunidad o fundamentando razonablemente la condena). Así, en los últimos años se viene utilizando una figura especial de autoría mediata (conocida como autoría por dominio de organización), propuesta por ROXIN en 1963, es posible atribuir responsabilidad penal a quien actuó “por encima” de quienes efectiva o directamente cometieron los crímenes.
11. Y es que en estructuras organizadas de modo vertical se recurre, generalmente, a la calificación jurídica de la autoría mediata del superior jerárquico como criterio de atribución de responsabilidad penal¹⁴. Efectivamente, la doctrina penal ha ventilado determinados supuestos donde el intermediario (humano) es dominado por la voluntad de una “persona de arriba” ubicado en un aparato organizado de poder¹⁵. En el Perú, el trabajo judicial tampoco ha sido ajeno a esta

14 Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 257 y ss. / STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, p. 242. / SANCINETTI, *Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, p. 713. EL MISMO, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, p. 29. / BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 510.

15 En este sentido, AMBOS KAI, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, p. 188.

corriente dogmática¹⁶. Se estima que el fundamento de la autoría no deviene de la responsabilidad del dirigente de la organización criminal por su relación subjetiva con el hecho, sino por el control superior que tiene sobre el mismo, aunque los ejecutores no estén sometidos a coacción o a error. Así, los órganos decisores tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal¹⁷.

12. El máximo exponente de la teoría del “dominio de la voluntad” en virtud de aparatos organizados de poderes, como dije, ROXIN, quien esbozó una revolucionaria tesis (propuesta en 1963). Esta se dio a raíz del “Caso Eichmann” (Adolf EICHMANN, era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros¹⁸). ROXIN explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el

16 Vid. MEINI MÉNDEZ, “La autoría mediata de Abimael Guzmán por dominio de organización”. Disponible en: <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs>. Quien comenta la sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006 (expediente acumulado n° 560-03) en contra de Abimael Guzmán Reynoso por el delito de terrorismo. También, con relación a la aplicación de este título de imputación en contra del ex Presidente Fujimori, vid. ABOSO, “Dominio por organización y autoría mediata. Análisis crítico del caso ‘Fujimori Fujimori’”, pp. 75-122. Asimismo, PARIONA ARANA, “El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana”, pp. 291-302.

17 Así, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, p. 242. Indica que el “aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delincuentes se puede dar un dominio comparable en la organización”. En esa línea, MÁRQUEZ CÁRDENAS, *La autoría mediata en el Derecho penal. Formas de instrumentalización*, p. 225.

18 EICHMANN no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones “intermedios” de los mandos decisorios de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del “burócrata” o “autor de despacho” que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato.

denominado “dominio de la voluntad”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”. Lo característico de esta forma de autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión¹⁹ (dominio de la organización).

13. Aunque esta tesis fue sometida a crítica principalmente en virtud del principio de responsabilidad: ¿cómo es posible que el ejecutor sea autor responsable y al mismo tiempo “instrumento” del hombre de atrás, quien además responde también como autor responsable por el mismo hecho?²⁰ Los partidarios de esta posición crítica parten de una atribución de responsabilidad con arreglo al injusto individual, valorando separadamente las conductas del “hombre de arriba” y del ejecutor directo. Se afirmó que resultaba contradictorio señalar que ambos sujetos tengan dominio del hecho.
14. Ahora bien, más allá de las críticas de la que es objeto, debe estimarse que no todos los casos de imputación de responsabilidad penal al superior jerárquico deban solventarse de conformidad con el dominio de la organización, simplemente que, para que ella se tome en cuenta debe verificarse que se cumplan sus requisitos: a) que exista una organización permanente; b) que el aparato de poder opera al margen del ordenamiento jurídico; c) que los ejecutores sean fungibles (opción discutible cuando se trata de ejecutores especializados) y; d) que exista una rígida jerarquía. Como bien señala RODRÍGUEZ MOURULLO, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto

19 Vid. ALCÓCER POVIS / REÁTEGUI SÁNCHEZ, “El delito de cohecho en el Perú”, pp. 268 y ss.

20 Cfr. HERNÁNDEZ PLACENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, pp. 274 y ss.

de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata²¹.

15. En otras palabras, el organizador puede responder como partícipe (cómplice o instigador) o como coautor, también como autor mediato, dependiendo de las concretas particularidades en que se haya cometido el delito.

II.4. LA COAUTORÍA

16. Mediante el art. 23 del CP se sanciona a quien realiza “conjuntamente” la infracción criminal. La doctrina ha delimitado el concepto de coautor afirmando que “son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho”²². Así, se ha dicho que para la configuración de la coautoría, se exige la existencia de elementos subjetivos (decisión conjunta) y objetivos (codominio del hecho y aportación –esencial– al hecho²³).
17. En lo subjetivo, como se anotó, resulta indispensable que solo se sancione como coautor a quien se inscribe conscientemente en el plan conjunto, sabiendo que su intervención constituye una parte del mismo. En buena cuenta, se requiere la presencia del mutuo acuerdo para la configuración de la coautoría. El acuerdo puede ser expreso o tácito (por ejemplo, planificar, entre dos sujetos, lesionar a una persona y aceptar durante su realización que uno de ellos sustraiga los bienes de la víctima). El acuerdo puede celebrarse previo al hecho criminal o durante su realización (como en el ejemplo anterior).

21 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho penal español”, p. 467.

22 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 403.

23 La Corte Suprema ha reconocido la necesidad de verificar la existencia de estos requisitos para aplicar el mencionado título de imputación. Al respecto, vid. R.N. n° 170-2010-Amazonas, R.N. n° 3592-2009-Ayacucho, R.N. n° 828-2007-Lima, entre otras resoluciones.

La coautoría se rige por el principio de imputación recíproca. Según este principio, en tanto el hecho criminal es producto del acuerdo mutuo, lo que realice uno es imputable al otro. Por ejemplo, dos sujetos planifican ingresar a una casa, habiendo acordado que uno de ellos agrede al guardián y el otro sustraiga los bienes. Si bien uno de ellos ejerció la violencia (al agredir al guardián), tal circunstancia es también imputable a quien solo sustrajo los bienes, pues tal hecho fue parte del plan conjunto acordado. En caso uno de ellos cometa un exceso, sin que los demás lo consientan, no se podrá aplicar la imputación recíproca. En el ejemplo anterior, si quien ingresa a la casa a sustraer los bienes, encuentra a una mujer y la viola sexualmente, este comportamiento no será imputable al otro sujeto. La violación sexual contra la propietaria de la casa no fue acordada ni consentida expresa ni tácitamente por el otro interviniente.

18. En lo objetivo, para la coautoría es preciso que se haya realizado un aporte esencial al hecho. Tal aporte puede ser realizado durante la etapa preparatoria o ejecutiva. Por ejemplo, el jefe de un grupo de tres personas que se reúnen para robar en un banco, puede ser considerado coautor de dicho delito ya que dio información relevante o esencial para la realización del plan criminal, aunque no haya participado durante su ejecución²⁴.

En virtud del aporte esencial al hecho, el coautor codomina el hecho. Como señala ROXIN: “alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial

24 Con relación a la coautoría no ejecutiva, la Corte Suprema mencionó lo siguiente: “[en este caso] se produjo una coautoría no ejecutiva, pues merced al reparto de papeles entre todos los intervinientes en la realización del delito, este último no estuvo presente en el momento de su ejecución, pero desde luego le correspondió un papel decisivo en la ideación y organización del delito, en la determinación de su planificación y en la información para concretar y configurar el rescate” (R.N. n° 488-2004-Lima).

para la concreta realización del delito”²⁵. Existe así un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes, de ahí que se hable del “dominio funcional del hecho”.

III. LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

III.1 CONCEPTO

19. La participación es la intervención en un hecho ajeno²⁶. En líneas generales, se afirma que el hecho delictivo es obra del autor, el partícipe solo interviene en él. Desde el plano normativo, existe un tipo de autor que se funda en la vulneración de la norma descrita en la parte especial del CP (“no mates”, “no robes”, “no contamines”, entre otros supuestos). Y un tipo de partícipe, cuyo reproche se sustenta en la vulneración de las normas ubicadas en la parte general del CP (en el art. 24 del CP: “no instigues a otro a cometer un delito” y en el art. 25 del CP: “no auxilies a otro a que cometa un delito”). Se trata de injustos independientes, por lo que el reproche es siempre personal²⁷.

De este modo, si el imputado es un supuesto “cómplice”, no sería lógico evaluar su responsabilidad sobre la base del tipo de la parte especial, sino con el de la parte general (arts. 24 y 25 del CP). Así, por ejemplo, en el caso del delito de peculado (art. 387 del CP), el reproche al “cómplice” no se funda en el hecho de haberse “apropiado” el bien público, sino por haber “ayudado” a otro a hacerlo.

25 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 312.

26 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 410.

27 Si bien para sancionar al partícipe se requiere que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica. Sin embargo, esta exigencia (principio de accesoriedad limitada) es una condición objetiva para la punición del cómplice o del instigador. Aquella no afecta la configuración del injusto de los mencionados partícipes. Vid. Capítulo III.2.

III.2. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

A. Alcances del principio de accesoriidad limitada

21. Si bien el injusto del partícipe tiene un contenido propio, que lo diferencia del injusto del autor; sin embargo, de cara a la sanción penal, la participación es accesoria respecto del hecho del autor. Para sancionar al partícipe es necesario que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica. Dicho de otra forma, la participación estará limitada a la realización de un injusto penal por parte del autor²⁸. Por ejemplo, se podrá sancionar al partícipe en caso el autor haya realizado una conducta típica e injustificada, aunque no se le pueda atribuir personalmente el hecho (porque es menor de edad). Por el contrario, si el autor realizó una conducta típica, pero justificada (actuó en legítima defensa), no se podrá sancionar al partícipe, pues el autor no habrá realizado un injusto.

B. Momento de la participación delictiva

22. La participación empieza a tener relevancia, a efectos de la sanción penal, cuando el autor del hecho principal “empieza la ejecución”²⁹. La aportación causal solamente puede darse hasta o durante la consumación del delito, no admitiéndose la posibilidad de que haya colaboración en actos posteriores al mismo³⁰. El fundamento de esta afirmación radica en que –por pura accesoriidad– solo puede ser punible la conducta del partícipe hasta que pueda castigarse al autor³¹. Por

28 Sobre este tema, con relación a la instigación, la Corte Suprema señala que su “punibilidad” se encuentra “supeditada a la realización efectiva del injusto típico” por parte del “instigado o autor” (Acuerdo Plenario n° 3-2015/CJ-116).

29 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, p. 796.

30 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 211. / JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 815, entre otros autores.

31 Al respecto, la Corte Suprema señala con razón que nuestro CP vigente “no regula la institución de la complicidad postconsumativa” (Casación n° 363-2015- Santa). En el

ejemplo, el sujeto que recibe un bien que sabe que fue hurtado es autor del delito de receptación, pero no cómplice del delito de hurto (el que ya se habría consumado). Los hechos posteriores pertenecen a la llamada etapa de agotamiento y carecen de relevancia jurídica. Será punible si es que el hecho constituye otro ilícito penal³². Como hace bien referencia ZAFFARONI al señalar que una de las consecuencias que trae la separación de la etapa de agotamiento respecto de la consumación es que la participación posterior a la consumación no tendrá relevancia penal³³.

C. Participación en los delitos especiales

23. Un especial problema que emerge de considerar accesoria la participación, es si deben comunicarse o trasladarse al partícipe las condiciones personales o especiales del autor. Por ejemplo, si la condición de padre se puede trasladar al partícipe que no ostenta esa cualidad, en el marco del tipo penal de parricidio. O si, en el supuesto de la comisión del delito de peculado, la condición de funcionario público es trasladable al partícipe que no tiene tal cualidad.
24. La peculiaridad de los delitos especiales consiste en la existencia de sujetos cualificados, también llamados *intraneus*³⁴ que son quienes se encuentran dentro del círculo marcado por la ley para poder tener la calidad de autores del delito. Quienes no reúnen esa característica, constituyen los

mismo sentido, se menciona que “no es posible admitir jurídicamente, conforme al principio de legalidad, una complicidad posterior a la consumación” (R.N. n° 2939-2015-Lima).

32 Cfr. ROJAS VARGAS, “Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito”, p. 421.

33 Cfr. ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, p. 821.

34 Etimológicamente *intraneus* proviene de in, prefijo que indica entre otras cosas, posición interior, y de administración (cualquiera que sea, el origen etimológico de esta palabra). Por manera que, por este aspecto, *intraneus* es la persona que está dentro de la administración pública, como empleado o representante de ella. Cfr. PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, p. 33.

*extraneus*³⁵ y no pueden ser autores de delitos especiales; sin embargo, ¿*pueden ser partícipes del delito especial?*

25. Uno de los problemas clásicos del Derecho penal en materia de la participación es la que se presenta con el *extraneus* en los delitos especiales propios³⁶ e impropios³⁷. Si bien desde una perspectiva político criminal, se afirma que la problemática objeto de reflexión se presentaría en los delitos especiales propios ya que en los impropios existiría, en el extremo caso, un delito común que no exige la calidad especial el cual serviría para criminalizar la conducta del *extraneus*³⁸, evitándose el vacío de punibilidad (teoría de la ruptura del título de imputación). Sin embargo, esta tesis está siendo abandonada, esencialmente, por la jurisprudencia peruana en la que se ha extendido la cualificación especial del *intraneus* al *extraneus* sea cual sea el tipo (teoría de la unidad del título de imputación)³⁹.

35 Etimológicamente *extraneus*, deriva de ex, que quiere decir fuera de, vocablo que antepuesto al de administración, denota a que está fuera de la administración pública. PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, p. 33.

36 Téngase en cuenta que se habla de delitos especiales propios cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico. Por ejemplo, la condición de juez en el delito de prevaricato o la de funcionario público en el delito de cohecho. En estos supuestos, no existe correspondencia alguna con un delito común consistente en el mismo hecho cometido por una persona carente de la calidad exigida.

37 En los delitos especiales impropios, la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena del autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que sería el ejecutable por cualquier persona que no tuviera aquella especial calidad. Por ejemplo, el delito de peculado en el que subyacen las figuras del hurto o la apropiación ilícita.

38 Un claro ejemplo de estos se presenta en el tipo de peculado. Si tenemos en cuenta que este es un delito especial impropio y que el delito común es la apropiación ilícita, concluiremos que el *extraneus* será responsable, no del delito de peculado (ya que este exige la cualidad especial) sino de apropiación ilícita. En estos casos pues, la condición de funcionario público determina un cambio en el título de imputación, mas su ausencia no determina en modo alguno que la conducta será atípica.

39 No obstante, todavía es posible observar algunas resoluciones que se decantan por seguir la posición minoritaria. Así, la Corte Corte Suprema, en la Casación n° 782-

26. Para la tesis de la unidad del título de imputación, el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser autor del delito especial, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito, ya que también a él se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no es solamente en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos (teoría de la unidad del título de imputación)⁴⁰. Al respecto, REAÑO sostiene que según el principio de unidad de título de la imputación o unidad de calificación jurídica, los partícipes responden por el mismo delito imputado a un autor. Además, agrega que si bien el art. 26 del CP establece que “las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores o partícipes no modifican la de otros autores o partícipes del hecho punible”; sin embargo, dice este autor que la incomunicabilidad de las circunstancias de participación –prevista en él– se circunscribe exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad de los intervinientes en el evento delictivo y no a aquellas que afectan el injusto⁴¹.

En el Acuerdo Plenario n° 2-2011/CJ-116 se resalta la tesis de la unidad del título de imputación, para fundamentar la responsabilidad del partícipe *extraneus*: “Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó–,

2015-El Santa, consideró lo siguiente: “el artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el *status* de autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta a él”. De esta forma, se indicó que el “radio punitivo” solo alcanza a quienes ostentan las cualidades especiales que determina el tipo, no admitiéndose forma de participación alguna en estos casos. Sobre este tema, también vid. Casación n° 558-2016-Lambayeque.

40 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, p. 292 y ss.

41 Cfr. REAÑO PESCHIERA, “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del “caso Montesinos”, especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?”, p. 290.

pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible”⁴².

Por otro lado, para la teoría de la ruptura del título de imputación, los tipos penales de los delitos especiales solamente se refieren al *intraneus*, por lo tanto, los *extraneus* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren; apoyándose en la idea de que

42 Esta posición ha sido reforzada con la modificación efectuada al art. 25 del CP, mediante el D. Leg. 1351. A dicho art. se le agregó el siguiente párrafo: “El cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren con él”. Sorprende que se haya agregado el párrafo antes indicado solo al art. 25 del CP, en el que se regula la complicidad, y no se haya hecho lo propio en el art. 24 del CP, en el que se regula la instigación. De otro lado, el párrafo que se agrega al art. 25 del CP pretende desarrollar, de forma expresa, el principio de incomunicabilidad de las circunstancias que afecten la responsabilidad penal. ¿Era necesaria tal incorporación al texto legal? Consideramos que no, pues se trata de una teoría cuyos límites han sido trabajados por la doctrina y que, a fin de cuentas, se encuentra descrita en el art. 26 del CP. Asimismo, en el Acuerdo Plenario n° 3-2016/CJ-116, la Corte Suprema confirma la ausencia de un “problema dogmático” en torno a la participación de los *extraneus* en los delitos especiales. Se indica que los terceros sí pueden ser partícipes en dichos delitos: “lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcionarial de dicho hecho punible”.

lo regulado en el art. 26 del CP exige que la cualidad de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes *extraneus*. Así, por ejemplo, cuando un funcionario público se apropia de los caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de peculado, mientras que el segundo, autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un hurto. A contrario, cuando el dominio del hecho solamente lo tenga el *extraneus* y el funcionario *intraneus* solamente colaboró con aquél en el apoderamiento de los caudales, el primero será autor del delito de hurto y, el segundo, partícipe de peculado. Como se habrá podido advertir, según esta teoría, en el caso de los delitos especiales propios, teóricamente siempre habrá impunidad del *extraneus*, ya que no existe un delito común subyacente aplicable a este.

El principal defecto de esta tesis lo constituye el hecho de vulnerar el principio de accesoriedad de la participación, pues en los casos en que quien tuvo el dominio del hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no dependerá del hecho principal (delito especial), sino de otro que ni siquiera se ha cometido (delito común). Además, esta vez desde una apreciación política, REYNA ALFARO sostiene que “la regla de incommunicabilidad no debe restringirse, contra reo, a las que referidas a la culpabilidad, sino que se extiende aquellas circunstancias referidas al injusto”⁴³, agrega que quienes pretenden la punición del tercero, que no reúne las cualidades especiales requeridas por el tipo, mediante tipos especiales, lo hacen guiados de determinados fines político-criminales destinados a evitar la impunidad del partícipe. Prosigue el autor, que de otra forma no se entendería por qué algunos autores que estiman que la incommunicabilidad de las condiciones personales no opera

43 REYNA ALFARO, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, pp. 81-82.

en el caso de los delitos especiales propios, no mantienen similar opinión respecto de los delitos especiales impropios, en los que sí existe un tipo común que puede servir para la punición del tercero.

D. La accesoriidad de la participación en los delitos de infracción de deber

27. En cuanto a la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber, hoy en día, a decir de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, resulta prácticamente indiscutido que tal cuestión ha de ser respondida afirmativamente⁴⁴. Sin embargo, existe un sector de la doctrina que se muestra crítico a la posibilidad de sancionar al partícipe *extraneus* en los delitos de infracción de deber, argumentando que el partícipe *extraneus* no puede defraudar las expectativas que surgen de la institución positiva, pues frente a él estas no habrían sido dispuestas por la sociedad.
28. Así, se ha dicho que en tanto la cualidad agravante presente en el autor (por ejemplo, en el caso del peculado, la cualidad de funcionario público) tenga una naturaleza personal⁴⁵, esta puede ser comunicada a los partícipes dependiendo de si la agravación de la pena se sustenta en un delito especial de dominio o de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Desde una perspectiva material, los delitos se clasifican en delitos de dominio y delitos de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Ejemplo del primero lo tenemos en el tipo de apropiación ilícita (art. 190

44 Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 215.

45 Con respecto a las agravantes referidas al hecho (por ejemplo, por estar relacionada al medio empleado o a la gravedad del resultado), por regla general se entiende que en tanto son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito, resultará válido comunicarlos a los partícipes que conocen dichas circunstancias a fin de incrementar su responsabilidad.

del CP) que sanciona, en su tipo base, a quien “se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado (...)”. Se afirma que como en este delito no existe vinculación institucional alguna, se sancionará al autor por el dominio del riesgo que se presenta sobre el bien, en ese sentido, la comunicabilidad de la cualidad especial del autor al partícipe resulta justificada.

Lo contrario sucede en el caso de los delitos vinculados a un deber institucional (como en el caso del peculado), la calidad del autor se funda en un deber especial e institucional (por ejemplo, en el delito de peculado, funcionario público-administración pública) teniendo lugar, en estos casos, la aplicación de la regla de la incomunicabilidad de la cualidad agravante del autor al partícipe, pues de no ser así, los partícipes dejarían de serlo para responder como autores. En estos casos lo que interesa no es el dominio del riesgo, sino el deber de preservación del bien jurídico. De este modo, en los delitos de infracción del deber vinculado a instituciones positivizadas, el disvalor de la conducta se centra en la infracción de un deber jurídico positivo. Dicho deber no puede atribuírsele al partícipe *extraneus* pues él carece de aquel deber de fidelidad preexistente a la formulación del tipo penal.

Ante esto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES afirma, con solvencia, que “[L]a especialidad de tales expectativas reside en que no pueden ser defraudadas sin la concurrencia de un sujeto especialmente obligado por una institución positiva, pero nada más. El comportamiento de un *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, sino que también a él se ha de imputar el suceso, aun cuando se tenga en cuenta con efecto parcialmente exonerante el hecho de que el *extraneus*

careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva. Solo a través de la persona especialmente cualificada con un deber positivo se convierte en relevante el aporte que el no cualificado realiza, pero, en todo caso, esto es suficiente”⁴⁶. En buena cuenta, al *extraneus* le incumben mediatamente las expectativas positivas de tutela de la institución positivizada. El fundamento de la participación del *extraneus* se encuentra en la infracción del deber general de “no dañar”, al crear riesgos típicos que influyen en la lesión del bien jurídico por parte de los funcionarios públicos y sirven como medios idóneos para tergiversar el sistema.

Siempre bajo el influjo del principio de accesoriedad, el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena, esto en tanto “el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal”⁴⁷. Con esto, el Derecho penal protege el bien jurídico de todas aquellas conductas que le son riesgosas, no restringiendo su actuar frente a los riesgos prohibidos que dimanen de los sujetos especiales, sino que se extiende a los peligros no permitidos que provienen de los sujetos “*extraneus*”⁴⁸.

III.3 LA INSTIGACIÓN

29. La figura de la instigación se encuentra reglada en el art. 24 del CP de la siguiente manera: “El que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”. La doctrina en general define técnicamente a la instigación como la determinación

46 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 219.

47 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 219.

48 Vid. SALAZAR SÁNCHEZ, “La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber”, pp. 427 y ss.

dolosa que genera en el autor principal la decisión a la realización de un injusto⁴⁹.

30. Para la sanción al sujeto que realiza esta modalidad de participación delictiva es necesario, desde el punto de vista objetivo, que él haya “causado” la resolución criminal en el autor y que este, por lo menos, haya empezado a ejecutar el hecho criminal.

a. La causación en el autor de la resolución criminal: Ello significa que el instigador crea en el autor la decisión de cometer un delito determinado. Por ello, se descarta la “instigación” al autor que ya se encontraba previamente decidido a delinquir. Tampoco se presenta la figura en el caso que el sujeto solo “refuerce” la voluntad criminal del autor. Por ejemplo, cuando da recomendaciones al autor sobre las circunstancias del hecho criminal del que estaba decidido a cometer (podría tratarse, en este caso, de una forma de complicidad psicológica). Distinto es el caso que el sujeto esté dispuesto a cometer un hecho criminal (en general) y que es determinado por el sujeto (instigador) a cometer un delito concreto (por ejemplo, el usurpar un terreno ajeno). En este último caso sí nos encontramos ante un supuesto de instigación delictiva.

La tipicidad de la instigación depende de la idoneidad del medio utilizado por el instigador para determinar al autor. Conforme apunta VILLA STEIN: “Es del caso advertir, por exigencia de la teoría de la imputación objetiva, que la causación de la resolución le sea objetivamente imputable al instigador, lo que significa que en el caso concreto es previsible que a resultas de la intervención del instigador

49 Por ello, afirma HURTADO POZO, “El instigado es, pues, determinado por el instigador para que ejecute una infracción; se le hace tomar la resolución de cometerla. (...) El instigador no realiza la infracción ni ‘toma parte’ en su ejecución. Se limita a ejercer una influencia psicológica sobre otro, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible”. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 890.

se produzca la resolución criminal”⁵⁰. Determinar es ejercer una influencia psíquica que origina la decisión al hecho en el autor, lo importante es que entre la determinación y el hecho del autor exista una relación causal necesaria, es decir, que la determinación sea eficaz, que provoque concretamente la decisión al hecho. Por ejemplo, el simple “halago” a una persona de carácter violento o abusivo no constituye un acto de instigación al delito de lesiones.

En tanto la influencia que realiza el instigador al autor es psíquica, la determinación es directa, es decir, dirigida a un sujeto o sujetos determinados (no es posible instigar a una masa indeterminada de personas a cometer un delito) y respecto de un delito concreto⁵¹. Por ejemplo, si una persona induce a otra para que cometa “delitos”, no se presentará la instigación delictiva.

Se afirma que la instigación puede ser realizada “en cadena”. Por ejemplo, cuando uno de ellos convence a otro para que determine al autor a que cometa un determinado hecho criminal. En esa línea, dos personas pueden acordar y ejecutar una conducta propia de instigación a fin de convencer al autor a que cometa un hecho criminal (co-instigación). Asimismo, si una persona utiliza a otra (por ejemplo, que desconoce del mensaje que entrega al autor en un sobre) para que esta determine a otro a cometer un delito concreto, es verificable la instigación delictiva (instigación mediata).

b. La ejecución del hecho criminal por parte del autor: La punibilidad de la conducta del instigador depende de que el autor haya empezado, por lo menos, a ejecutar el hecho criminal. En caso el autor solo haya llegado a ejecutar

50 VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 309.

51 La Corte Suprema, en la Casación n° 842-2015-Lambayeque, señaló que en la instigación “no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa”.

el hecho criminal, sin consumarlo, el instigador será sancionado como partícipe de un delito tentado. Asimismo, en tanto el instigador “determina a otro a cometer un delito”, si este último ya se cometió, no es posible forma alguna de instigación.

Desde el plano subjetivo, como se establece expresamente en el art. 24 del CP, la instigación es siempre dolosa. Al respecto, señala HURTADO POZO: “El dolo del instigador debe referirse tanto a la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer el delito, como a la realización de este. Por esto, se habla en la dogmática del ‘doble dolo’ del instigador”⁵².

III.4. LA COMPLICIDAD

31. En el art. 25 del CP se regula la figura del cómplice⁵³ y lo define como la persona que presta auxilio al autor “para la realización del hecho punible”. De dicha descripción normativa se extraen las siguientes exigencias: a) el cómplice “auxilia” al autor; b) el “auxilio” del cómplice tiene que ser previo a la consumación; c) la responsabilidad del cómplice es siempre accesoria a la del autor; y d) el “auxilio” tiene que ser en todo momento doloso.

a. El cómplice “auxilia” al autor: El juicio inicial de tipicidad que debe realizarse a los supuestos “cómplices” no debe tener como referencia el tipo penal de la parte especial (del cual se extraen las normas dirigidas a los potenciales autores), sino el art. 25 del CP, que describe el acto antijurídico del mencionado partícipe.

52 HURTADO POZO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 892.

53 ROXIN, “¿Qué es la complicidad?”, p. 403. Define a la complicidad como “un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico”.

Por ello, la imputación dirigida al cómplice debe dejar claro –desde un inicio– cuál es la conducta de “ayuda” atribuida. Por ejemplo, será cómplice del delito de homicidio quien dolosamente entrega un arma a otro para que, con un mayor dominio de la situación típica, mate a un tercero.

La ayuda delictiva puede ser material (como en el ejemplo anterior, el entregar el arma a una persona que se sabe va a matar a otra) o psíquica (por ejemplo, brindar información relevante a una persona para que ejecute de una manera más eficaz el acto homicida ya previsto)⁵⁴.

La ayuda delictiva puede ser de modo comisivo (material o psíquico) u omisivo. Para atribuir el agente la modalidad omisiva, este debe ser garante, pues de lo contrario se estaría extendiendo irrazonablemente el marco de la imputación. Por ejemplo, será cómplice el vigilante de la cuadra que permite que un sujeto ingrese a una casa ajena. En el mismo caso, no será cómplice la vecina que advierte el hecho y omite actuar. Ella no tiene ningún deber de evitar los riesgos.

La contribución del cómplice se da en el marco de un contexto de carácter delictivo. De lo contrario, la conducta del sujeto no habrá creado un riesgo prohibido por el derecho. Por ejemplo, el taxista no realiza un acto de ayuda delictiva cuando traslada a un sujeto quien, al bajar del vehículo, roba a un tercero. No obstante, si el taxista espera que el sujeto robe a la víctima y lo ayuda a huir acelerando la marcha del auto, su conducta será típica de la complicidad delictiva.

54 La Corte Suprema señala que “la ayuda intelectual que puede brindar un cómplice debe estar relacionada con la forma o procedimiento que el autor debe utilizar para realizar el hecho punible. En otros términos, dentro del sentido posible del significado gramatical del auxilio no cabe, ni siquiera proteicamente hablando, comprender el aliento al autor para realizar el delito con la esperanza de ser ayudado posteriormente. El aliento a su comisión con una promesa –no presente– de ayudar luego de cometido el delito, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, en materia de complicidad” (R.N. n° 2939-2015-Lima).

Las conductas realizadas conforme al rol de los sujetos no deben ser consideradas delictivas, siempre que no participen de un contexto delictivo. Por ejemplo, el contador completa las facturas con la información entregada por su Jefe. El contador no es cómplice del delito de defraudación tributaria si la información contenida en la factura es falsa y, con ello, se pagó al fisco una cantidad menor a la esperada.

No solo la conducta de los profesionales o de aquellos que tienen un oficio se enmarca en este supuesto de atipicidad. También es posible extender esta idea a los casos de conductas neutrales realizadas en el marco de un rol social (en sentido lato). Por ejemplo, la conducta de los hijos que, para pagar sus estudios, reciben el dinero que el padre obtuvo de modo criminal. En este caso, es clara la ausencia del tipo objetivo de la complicidad: “falta de auxilio a otro”. El ser “beneficiario” no puede ser entendido como un aporte penalmente relevante. El hecho de que un hijo reciba dinero de sus padres para solventar su educación resulta socialmente aceptado y, en todo caso, promovido por el derecho (en el ámbito civil, los alimentos constituyen una clara muestra de ello). Sostener que dicho acto es fundamento de un acto típico de complicidad significaría extender los marcos lógicos de la complicidad como categoría jurídica⁵⁵.

55 El vínculo familiar que une a los cómplices con el autor no es mérito suficiente para el nacimiento de un resultado lesivo al bien jurídico. Al respecto, ROJAS VARGAS precisa que, aquellos supuestos en los que sean familiares de vinculación directa con el sujeto activo del delito, esto es, hijos, padres, cónyuge, esposa, hermanos, etc., quienes son utilizados para lograr el enriquecimiento ilícito del agente o para disimularlo, deberán ser evaluados caso por caso para descartar comportamientos desprovistos de tipicidad, al hallarse fundados en el principio de confianza y no concurrencia de los elementos de la tipicidad subjetiva exigibles a los partícipes, a efectos de hacer relevante la imputación penal. Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración Pública*, p. 869. Asimismo, en el caso Rodríguez Huerta –R.N. n° 2976-2004–, se establece que: “la sola referencia al parentesco, aun cuando muy estrecho, sin otra prueba que lo

b. El “auxilio” del cómplice tiene que ser previo a la consumación: El art. 25 del CP define al cómplice, como se apuntó antes, como la persona que presta auxilio al autor “para la realización del hecho punible”. A *contrario sensu*, luego de haberse realizado el hecho punible, nuestra normativa no admite alguna forma de “complicidad”.

c. La sanción penal al cómplice depende de la realización, por parte del autor, de un injusto penalmente relevante: Conforme al principio de accesoriedad limitada de la participación delictiva, la sanción al cómplice depende de que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica.

d. El “auxilio” tiene que ser doloso: En el art. 25 del CP se indica que el cómplice debe “dolosamente” prestar auxilio a otro. El cómplice debe no solo ser consciente del aporte que realiza, sino también que dicha conducta debe estar dirigida a propiciar la lesión del bien jurídico⁵⁶.

32. Según el art. 25 del CP, la complicidad puede ser primaria o secundaria. El cómplice primario realiza un aporte necesario o indispensable para la comisión, por parte del autor, del hecho criminal. En cambio, el cómplice secundario realiza un aporte sustituible o de menor significancia, para la comisión del delito por parte del autor⁵⁷. La determinación

corrobore, no permite deducir inequívocamente (...) que el agente contó con la ayuda de su esposa e hijas”.

56 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 427. Otro más, QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 486.

57 Conforme a la Casación n° 102-2016-Lima, se indicó que la complicidad se da “desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) la intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) el momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor”.

de lo relevante o no del aporte deberá llevarse a cabo según el caso en concreto, basado en el incremento o no de las posibilidades de afectación al bien jurídico. Por ejemplo, el dar aviso a unos ladrones de la presencia de policías puede ser considerado un aporte relevante o no dependiendo, entre otras cosas, si la posibilidad de que se pueda distinguir a dichas autoridades resultaba de difícil concreción (por ejemplo, si quien da aviso conoce a los policías que de modo encubierto vigilan el inmueble donde los ladrones planificaron robar). Si la posibilidad de advertir la presencia de los policías no era difícil (no se trató de un bien escaso), la ayuda será secundaria.

De otro lado, en el art. 25 del CP se señala que el cómplice primario será reprimido con la misma pena prevista para el autor. Esto es cuestionable, ya que ello nos llevaría a suponer, por ejemplo, que el tercero que actúa como cómplice de un delito especial tendrá la misma pena que quien tenía el deber funcional. Con esto ¿acaso se atenta al principio de proporcionalidad? Consideramos que sí, pues legislativamente se establece una sanción al autor –quien actuó de manera dolosa teniendo el dominio del hecho, además infringió un “deber de lealtad”– con la misma pena que el partícipe. Lamentablemente, nuestro legislador no tomó en cuenta criterios diferenciadores en cuanto a la punición de conductas que acarrearán un diferente disvalor social, como sí se adoptó en la legislación alemana, en su artículo 28(1) StGB, en el que se prevé la atenuación de la pena para los partícipes en los que no concurren los elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor.

A fin de superar esta situación, consideramos que la equiparación de la pena del cómplice primario y el autor, regulada en el art. 25 del CP, debe entenderse, como se apuntó, como la determinación legislativa de la sanción. Lo recomendable es que el juez, al cuantificar la pena concreta (conforme a los

arts. 45, 45-A y 46 del CP), realice una clara diferenciación según el título de imputación, entre otros criterios. De esta forma, se garantizará el principio de proporcionalidad (art. VIII del TP del CP).

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo Eduardo, “Dominio por organización y autoría mediata. Análisis crítico del caso ‘Fujimori Fujimori’”, en *RPCP* (23), Lima, 2011.

ALCÓCER POVIS, Eduardo / REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “El delito de cohecho en el Perú”, en *AJ* (134), Lima, 2005.

AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *Themis* (37), Lima, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 1984.

CARO JOHN, José Antonio, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código penal peruano*, Lima, 2003.

DONNA, Edgardo Alberto, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal del Perú”, en *RPCP* (11), Lima, 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Lima, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Madrid, 1966.

HERNÁNDEZ PLACENCIA, José, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Artículo 13”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid, 2000.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro, *La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización*, Bogotá, 2004.

MEINI MÉNDEZ, Iván, “La autoría mediata de Abimael Guzmán por dominio de organización”. Disponible en: <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs>.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016.

PARIONA ARANA, Raúl, “El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana”, en *ROPJ* (6), Lima, 2010.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, 1995.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004.

REAÑO RESCHIERA, José Leandro, “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del “caso Montesinos”, especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?”, en *Ius et veritas*, Lima, 2002.

REYNA ALFARO, Luis, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, Lima, 2002.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El autor mediató en Derecho penal español”, en *ADPCP*, Madrid, 1969.

ROXIN, Claus, “¿Qué es la complicidad?”, en *Dogmática penal y política criminal* (trad. ABANTO VÁSQUEZ), Lima, 1998.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZALES DE MURILLO), Madrid-Barcelona, 2000.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, en *RPCP* (12), Lima, 2002.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber”, en *XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

SANCINETTI, Marcelo, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988.

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.

STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2013.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Santiago, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002.

LAS FASES DE DESARROLLO DEL DELITO DOLOSO

I. APUNTE PREVIO

1. La consumación de los tipos penales dolosos ubicados en la Parte Especial del CP tiene un proceso. Este proceso ha sido denominado *iter criminis*, el mismo que tiene una fase interna y una fase externa¹. Ambas etapas se explicarán a continuación.

II. LA FASE INTERNA

2. La comisión de todo delito doloso empieza en la mente del autor. Por diversas razones esta fase no es objeto de sanción penal: a) por falta de merecimiento de pena, ya que el mero pensamiento no pone en peligro al bien jurídico y b) por falta de necesidad de pena, pues en un Estado social y democrático de derecho es inadmisibles que el poder penal, mediante la sanción, pretenda “controlar” los deseos de las personas, dejando de lado la responsabilidad por el hecho².
3. La fase interna presenta generalmente tres momentos:
 - a. La ideación: se refiere al nacimiento de la idea delictiva. En dicho momento se puede advertir el dolo del agente,

1 En los delitos culposos solo es posible sancionar al autor si se ha llegado a la consumación.

2 Con mayor detalle, vid. PÉREZ LÓPEZ, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, p. 18.

el cual permanecerá hasta el momento consumativo. Por ejemplo, cuando Pedro simplemente pretende robar a Roberto.

- b. La deliberación: se presenta cuando el agente elabora y desarrolla el plan. En dicho momento, el agente calcula los costes o beneficios de su actuar, así como las posibilidades de llevar a cabo el plan con éxito³. En el mismo ejemplo, Pedro para robar a Roberto, toma conocimiento que en la noche y con un arma se facilitará la ejecución del hecho. Incluso, el propósito criminal puede ser expresado. Por ejemplo, si Pedro comenta a sus amigos que pretende robar a Roberto.
- c. La decisión: se presenta cuando el agente resuelve, finalmente, poner en práctica el plan. Se trata de una circunstancia presente en todo delito doloso. En el ejemplo, Pedro decide robar a Roberto.

III. LA FASE EXTERNA

- 4. En esta etapa se exterioriza la fase interna y se divide en actos preparatorios, actos ejecutivos, consumación y agotamiento.

II.1. LOS ACTOS PREPARATORIOS

- 5. Son aquellos actos que se presentan antes del comienzo de la ejecución del plan criminal⁴. La determinación de las características y la cantidad de actos preparatorios dependerá del plan criminal previamente ideado.

3 La etapa deliberativa puede ser breve o, incluso, faltar. En efecto, puede suceder que el agente realice el hecho sin un cálculo de los costes o beneficios que acarrearía su actuar.

4 Resulta difícil determinar el momento de exteriorización del comportamiento del agente. BRAMONT-ARIAS TORRES, al respecto, sostiene que “estos [comportamientos] deben ir más allá del simple proyecto interno (mínimo), sin que, por otro, deba iniciar la inmediata realización típicamente relevante de la voluntad delictiva (máximo)”. BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 344.

6. Estos actos no son sancionables, pues manifiestan un insuficiente contenido delictivo⁵. En general, se trata de conductas neutras, carentes de peligrosidad concreta al bien jurídico protegido⁶. Por ejemplo, María, que planificó matar a Lucho con veneno, se dirige a la bodega a comprar dicha sustancia. En ese momento se advierte el acto preparatorio del delito de homicidio calificado. Existe, a lo mucho, un peligro abstracto de vulneración a la vida, el cual no es sancionable penalmente.
7. En algunos casos, el legislador ha “adelantado la barrera de punibilidad”, sancionando conductas que, inicialmente, podríamos considerar preparatorias de diversos delitos, pero que guardan en sí una cuota de peligrosidad suficiente que fundamenta su sanción de modo independiente. Por ejemplo, el delito de tenencia ilegal de armas (art. 279 del CP), el delito de asociación para delinquir (art. 317 del CP), el delito de marcaje o reglaje (art. 317-A del CP), entre otros tipos penales. Al regularse estas conductas en la Parte Especial del CP, dejan de ser “actos preparatorios” de algún delito, para convertirse en tipos penales concretos.

II.2. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN

8. En la etapa ejecutiva, el agente realiza los actos proyectados en el plan criminal, que ponen en peligro concreto al bien jurídico protegido. Se trata de una etapa en la que el agente

5 La Corte Suprema mencionó que “con respecto a los actos preparatorios, estos componen un estadio anterior a la fase de ejecución del delito y que están dirigidos a facilitarlos y teniendo en cuenta que se desenvuelven en el interior de la esfera de organización de la persona, en principio, no son alcanzados por la punibilidad (salvo cuando en forma independiente constituyen delito), pues al ser sucesos equívocos o improductivos a efectos de lograr por sí mismos la consumación” (Casación n° 102-2016-Lima).

6 Con relación a los actos preparatorios, la Corte Suprema señaló que estos conforman la “etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar lo que se propone, los que generalmente también son atípicos y, por ende, impunes” (Casación n° 13-2011-Arequipa).

utiliza “los medios elegidos en la realización del plan”⁷. Por su especial peligrosidad, a partir del acto ejecutivo, el Derecho penal interviene. En caso el acto ejecutado no llegue a consumarse (no se alcanza el resultado lesivo), el hecho puede sancionarse a modo de tentativa.

9. Dada la importancia de establecer cuándo un acto es preparatorio (no sancionable) o ejecutivo (sancionable), se han planteado diversas posiciones doctrinales. Las más importantes se resumirán a continuación:

- a. **Teoría subjetiva:** Según esta teoría, será necesaria la opinión del sujeto sobre su plan criminal para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos del delito. A esta postura se le critica el hecho de que se acepta solo el punto de vista del infractor, sin tomar en cuenta la peligrosidad objetiva de la conducta criminal. Además, seguir esta teoría conllevaría a dejar “en manos” del sujeto imputado la determinación de su propia sanción. Sin lugar a duda, esta teoría es, por sí sola, insuficiente para dar una solución lógica al problema de concretización del momento de ejecución del hecho delictivo.
- b. **Teoría objetivo-formal:** Según esta posición, la etapa de ejecución delictiva comienza en el momento que el agente realiza la conducta descrita en el tipo. Por ejemplo, en el delito de robo (art. 188 del CP), su ejecución comenzará cuando el agente ejerza la violencia o la amenaza (medios típicos). Sin embargo, el problema se presenta en los casos de tipos penales en los que no se establecen medios determinados. Por ejemplo, en el delito de homicidio simple (art. 106 del CP), el agente comenzará la ejecución del delito cuando “mate” a otro, término que es de difícil concreción: ¿Desde cuándo

7 BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 438.

se empieza a “matar” a otro? ¿desde el momento que saca la pistola del bolsillo? ¿desde que se apunta a la víctima? ¿desde que se dispara a la víctima? Además, como sostiene MIR PUIG: “una aplicación estricta de la teoría podría conducir a sostener que en el homicidio, como en todo delito de acción instantánea (se ‘mata’ solo en el instante en que se produce la muerte), no cabe la tentativa, puesto que el verbo típico ‘matar’ no puede realizarse parcialmente: se mata o no se mata”⁸. Esta teoría no es suficiente para determinar el momento del comienzo de la ejecución delictiva.

- c. **Teoría objetivo-material:** Con esta teoría, se considera que se empezó a ejecutar la conducta cuando esta es considerada típica, “según la concepción natural”⁹. Esta posición es imprecisa.

De otro lado, también se pretende establecer el momento del comienzo de la ejecución delictiva sobre la base del plan del autor, pero valorándolo desde una perspectiva objetiva. Dichos criterios objetivos son la puesta en peligro inmediata del bien jurídico (por ejemplo, en el caso del delito de hurto, cuando el ladrón toma el bien mueble) y la inmediatez temporal, entendida como la inexistencia de una fase intermedia “entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica”¹⁰, conforme a lo previsto por el autor. Si se trata de varias conductas, todas ellas deben tener una “unidad de significado”. Por ejemplo, en un caso de homicidio simple, si una persona pretende

8 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 357.

9 Esta es la fórmula propuesta por FRANK. Al respecto, VILLAVICENCIO sostiene que esta teoría pretende resolver el problema “desde la cosa misma, sin recurrir al uso del lenguaje”, agrega que “se ha criticado esta apreciación por su vaguedad e indeterminación”. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 430.

10 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 358.

matar a otra disparándole, podrá entenderse como un “todo delictivo”, el acto de acercarse a la víctima, sacar la pistola, apuntarle, entre otros. Se trata de momentos ejecutivos, tal como lo diseñó el autor.

10. Con el comienzo de la ejecución del programa criminal se pone en peligro concreto al bien jurídico. Al no llegarse a consumir el delito, al sujeto se le considerará autor de un delito tentado¹¹. Dicho de otra forma, dada la proximidad a la vulneración del bien jurídico, la tentativa viene a ser un delito de peligro concreto¹².

El fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en el carácter preventivo del Derecho penal, el cual no solo debe intervenir cuando el daño ya está consumado, sino puede hacerlo antes, cuando el riesgo de vulneración al bien jurídico sea serio e inminente¹³. Tal como afirma ZAFFARONI: “La tentativa de delito sintetiza una fórmula general con la que se criminaliza en razón de peligro de lesión, o sea, peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible”¹⁴.

¿Por qué castigar la tentativa? Tres teorías tratan de responder esta pregunta¹⁵:

-
- 11 En la Casación n° 102-2016-Lima se menciona que los actos ejecutivos reflejan “el peligro para el bien jurídico y consecuentemente el dolo con que se ejecuta la acción”.
 - 12 Conforme anota la Corte Suprema, en la Casación n° 13-2011-Arequipa, hay tentativa “cuando el sujeto da inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico tutelado”.
 - 13 Al respecto, la Corte Suprema, en la Casación n° 474-2013-Tacna, señaló que en la tentativa “la acción iniciada, debe ser relevante, seria, ‘socialmente perturbadora’ e idónea para lograr cometer el ilícito”.
 - 14 Además, menciona ZAFFARONI que la tentativa, desde la perspectiva del bien jurídico, no se identifica pero tampoco difiere mucho de un delito doloso de peligro y, por ende, siempre su contenido injusto es menor que en un delito de lesión. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 633.
 - 15 Con mayor profundidad, vid. PÉREZ FERRER, Fátima, *El desistimiento voluntario de la*

- a. **Teoría objetiva:** Según esta teoría, en la tentativa, el merecimiento de la pena se sustenta en el peligro concreto al bien jurídico que se ocasiona con la puesta en marcha de los actos ejecutivos. De esta manera, se descarta la punición de los actos preparatorios, ya que estos no ocasionan un riesgo al bien jurídico. Asimismo, conforme a esta posición, se castiga con mayor severidad el delito consumado que el delito tentado. Por último, se afirma que si el fundamento de la punición del delito tentado reside en la peligrosidad objetiva de la conducta, los casos de tentativa inidónea no deben ser sancionados.

Se cuestiona esta teoría ya que se funda en un criterio incierto: “el peligro” y porque se deja de lado la valoración del plan del autor.

- b. **Teoría subjetiva:** Según esta posición, la sanción por el delito tentado se fundamenta en la “voluntad” del sujeto, contraria al derecho, de empezar a ejecutar el plan criminal. De esta forma, es posible sancionar los actos preparatorios, pues ellos son muestra de la “voluntad” criminal del agente. También, conforme a esta teoría, la tentativa y la consumación delictiva deberían tener la misma pena, ya que la ausencia del resultado no debería suponer una “voluntad” delictiva menos disvaliosa. Por último, otra consecuencia de lo expuesto en esta teoría, es que sería reprimible el delito imposible (tentativa inidónea), ya que en él es posible advertir la “voluntad” criminal, aun cuando objetivamente no se haya puesto en peligro el bien jurídico. Como es de verse, esta teoría es cuestionable, ya que se enfatiza la intención del agente, sin tomar en cuenta el grado de lesividad de su comportamiento.

tentativa en el Código Penal español, Madrid, 2008, pp. 22 y ss.

- c. **Posición ecléctica:** Según esta posición, el castigo por el delito tentado encuentra fundamento en la decisión del sujeto (factor subjetivo) de realizar una conducta contraria a la norma, siempre y cuando dichos actos produzcan un doble efecto: la efectiva contradicción a la norma y el concreto riesgo al bien jurídico. Esta teoría, que combina elementos objetivos con los subjetivos, trae como consecuencia que se atenuará la pena de la tentativa en tanto produce una menor conmoción social. Asimismo, no se sancionará el delito imposible, porque la conducta no resulta peligrosa y no crea alarma social alguna.

En nuestro CP se sigue esta posición. Muestra de ello lo tenemos en la no punición de los actos preparatorios, en la disminución prudencial de la pena en caso de tentativa (art. 16 del CP, segundo párrafo) y en la irrelevancia penal del delito imposible (art. 17 del CP).

11. La tentativa está compuesta por tres elementos: El subjetivo (la tentativa es siempre dolosa), el objetivo (el agente debe haber empezado a ejecutar el plan criminal) y el negativo (falta la consumación del delito).

- a. **El elemento subjetivo:** Se refiere al actuar doloso del sujeto activo. En tanto el hecho se originó a partir de una ideación, se descarta la tentativa en los delitos culposos. La determinación del dolo del agente (el dolo del delito tentado es el mismo que el dolo del delito consumado), se hará según la teoría a la que se adscriba el intérprete: a la del dolo volitivo o a la del dolo cognitivo.

El dolo debe comprender el conocimiento no solo de los elementos objetivos del tipo penal, sino también el conocimiento de las circunstancias típicas agravantes o atenuantes. Asimismo, dependiendo del tipo penal analizado, la conducta del agente debe de ir acompañada

de los elementos subjetivos distintos al dolo que se exigen para la configuración de algunos delitos. Por ejemplo, en el delito de fraude procesal (art. 416 del CP), el agente debe actuar con el propósito de que se emita una resolución contraria a la ley.

- b. **El elemento objetivo:** La tentativa se verifica desde que el agente empezó a ejecutar el plan criminal. De acuerdo a lo expuesto anteriormente, el comienzo de la ejecución se determina teniendo en cuenta el riesgo concreto que se causa al bien jurídico, conforme emerge del plan del autor.

Para lograr la puesta en peligro concreto de un bien jurídico, el sujeto debe emplear medios o actos idóneos para lograr dicho fin. Si estos fueran inidóneos, se presentará un caso de delito imposible (tentativa inidónea).

La conducta realizada por el agente puede ser comisiva u omisiva. No existen problemas para aceptar la tentativa en delitos de omisión impropia, ya que en este caso la acción es equivalente a la omisión (art. 13 del CP). Por ejemplo, el caso de una enfermera que, dolosamente, deja de dar la medicina a un enfermo grave, es sorprendida por el médico de turno, quien logra salvar la vida del paciente.

Lo que sí se descarta es la tentativa en delitos de omisión propia. En estos casos no se puede decir que una conducta omisiva se empezó a cumplir, pues ello es conceptualmente imposible¹⁶ (cuando el sujeto desobedece la norma de mandato, automáticamente se consuma el delito). Por ejemplo, se consuma el delito de omisión de socorro (art. 127 del CP) desde el momento

16 BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 353.

en que el agente omitió prestar ayuda inmediata a una persona que encontró en peligro.

- c. **El elemento negativo:** El sujeto activo no debe haber consumado el delito. El hecho punible se consuma cuando se cumple totalmente con lo dispuesto en el tipo penal, mediante el verbo rector del mismo. No existe mayor discusión si se trata de la consumación de delitos de resultado lesivo. Por ejemplo, en el caso del homicidio simple, la realización del acto ejecutivo no debe haber causado la muerte de la víctima. El problema se presenta en los llamados delitos de “mera actividad” y de peligro. En estos casos, formalmente el delito se consuma con la sola realización de la conducta típica y materialmente cuando se haya causado un riesgo concreto al bien jurídico. Por ejemplo, el delito de manejar un vehículo motorizado en estado de ebriedad (art. 274 del CP). Se descarta la tentativa en esta clase de delitos.

Algunos sostienen que sí es posible la tentativa en determinados tipos penales de “mera actividad” y de peligro, en los que se observe, en su descripción normativa, una fragmentación de comportamientos¹⁷. Por ejemplo, en el supuesto de un delito de difamación agravada a través de medios de comunicación social (medio escrito), podría presentarse la tentativa en el caso que un tercero evite la distribución del diario.

12. La tentativa tiene dos clases: la acabada y la inacabada.

- a. **Tentativa inacabada:** En este caso, el autor no debe haber realizado todos los actos ejecutivos necesarios para la consumación del delito, conforme lo había previsto. Los factores pueden provenir de circunstancias ajenas al propósito del agente (proveniente de la

17 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 435.

naturaleza o por la intervención de un tercero) o por el propio agente que decide voluntariamente no continuar (desistimiento), interrumpiendo así la acción típica e impidiendo la consumación del delito. Solo en este último caso (desistimiento), la tentativa no será punible.

Por ejemplo, cuando el agente, quien estaba próximo a sacar un celular de la cartera de una persona, huye al observar que llegaba un policía. En este caso, la tentativa inacabada es punible. A contrario, si el ladrón, que estaba próximo a sacar el celular de la cartera, deja voluntariamente de realizar el plan criminal (no determinado por factores externos), tal hecho no será punible, conforme veremos más adelante.

- b. Tentativa acabada:** En este caso, el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito, pero este no se realiza. La no consumación del delito puede provenir de factores externos (provenientes de la naturaleza o por la intervención de un tercero) o por la propia intervención voluntaria del agente (desistimiento). Solo en este último caso (desistimiento), la tentativa no será punible.

Por ejemplo, se presenta el caso del sujeto que dispara a otro, pero yerra en la dirección. En este caso, la “mala puntería” del agente llevó a que no se produzca el resultado. Este hecho es punible. No será sancionable como autor del delito de homicidio en grado de tentativa si, por ejemplo, luego de haber envenenado a una persona, antes de que la sustancia surta efecto, lleva a la víctima a la clínica donde le salvan la vida. En caso se haya causado a la víctima lesiones, el agente será autor solo de dicho delito (art. 121 del CP). Con mayor detalle, a continuación abordaremos este tema.

13. En el art. 18 del CP se regula el desistimiento de la siguiente forma: “Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”.

Se trata de una causa de no punibilidad. El legislador ha considerado que no es necesaria la sanción cuando el agente voluntariamente evita el resultado, a pesar que previamente realizó una conducta típica (en grado de tentativa), injustificada y tenía la capacidad de ser declarado culpable¹⁸.

Si bien el desistimiento origina la impunidad del hecho inicialmente previsto por el autor, no tiene dicho efecto respecto de los actos practicados que constituyan por sí mismos delitos. Por ejemplo, en el caso que un sujeto ingrese a una casa a hurtar y luego, de modo voluntario, decide salir del lugar. Dicho sujeto no será sancionado como autor del delito de hurto agravado en grado de tentativa (art. 186 inc.1 del CP), pero sí como autor del delito de violación de domicilio (art. 159 del CP).

El desistimiento puede presentarse tanto en la tentativa inacabada como en la tentativa acabada.

- a. **El desistimiento en la tentativa inacabada:** En este caso, el agente voluntariamente deja de ejecutar el plan criminal. Tal como expresa VILLAVICENCIO: “Se presenta el desistimiento en la tentativa inacabada cuando, iniciado el proceso de ejecución, el autor abandona voluntariamente la ejecución. Según su representación de los hechos, él considera que no ha hecho lo que tenía que hacer para consumir el delito y

18 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC afirman que “el desistimiento voluntario del autor de consumir el hecho no hace desaparecer la peligrosidad de su conducta, pero sí evidencia la falta de necesidad de castigarlo en concreto”. ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, p. 263.

decide voluntariamente interrumpir la ejecución”¹⁹. Por ejemplo, una persona pretende matar a otra, cuando estaba a punto de apretar el gatillo del arma, desiste voluntariamente de hacerlo y se retira del lugar. La tentativa en este caso no es punible.

Los requisitos de esta clase de desistimiento son los siguientes:

- a.1. **La abstención:** El sujeto debe dejar de continuar la ejecución del plan criminal. El agente realiza una conducta omisiva. El concepto de omisión no debe ser interpretado en término naturalístico, como un “estar quieto”, sino en clave normativa: “no realizar la conducta prevista inicialmente en el plan criminal”. Por ejemplo, una persona, que está a punto de apretar el gatillo de un arma, desiste voluntariamente de continuar la ejecución del plan homicida, guardando el arma en su bolsillo y retirándose del lugar. En este caso, el sujeto realizó movimientos (guardar el arma y salir del lugar de los hechos), los mismos que no fueron parte del plan inicial, pero sí muestra que se abstuvo voluntariamente de proseguir con su ejecución.
- a.2. **La voluntariedad:** El sujeto debe haber tomado libremente la decisión de no continuar la ejecución del plan criminal. Esta decisión no debe haber sido provocada por circunstancias externas. Por ejemplo, una persona ingresa a una casa para hurtar y, dada la activación de la alarma de seguridad, huye del lugar. En este caso, no deberá considerarse que el sujeto “desistió” de continuar con el plan criminal, ya que el resultado lesivo no se produjo debido a un factor ajeno a su voluntad (al encenderse la alarma de seguridad).

19 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 437.

a.3. El desistimiento tiene que ser eficaz: Es importante que la consumación del delito no se produzca. De lo contrario, el desistimiento será irrelevante, pudiendo sancionarse al agente como autor del delito consumado. Por ejemplo, el sujeto que voluntariamente deja de añadir veneno en el vaso de una persona a quien pensaba matar, será sancionado como autor del delito de homicidio consumado si la víctima finalmente muere a causa de haber bebido del vaso con la dosis inicialmente colocada.

b. El desistimiento en la tentativa acabada: Esta se presenta cuando el sujeto, luego de haber ejecutado todos los actos idóneos para causar el resultado (conforme lo había previsto), decide voluntariamente impedirlo mediante conductas positivas. Por ejemplo, una persona pretende matar a otra ahogándola en el río. Luego de haber empujado a la víctima al río, el sujeto decide evitar el resultado, rescatándola. El sujeto no será autor del delito de homicidio en grado de tentativa, pero sí de lesiones, en caso se haya causado algún daño a la integridad corporal de la víctima.

Los requisitos de esta clase de desistimiento son los siguientes:

b.1. La conducta positiva: El agente, luego de haber realizado todos los actos idóneos para causar el resultado, debe *actuar* a fin de evitarlo. A diferencia del desistimiento en la tentativa inacabada, fundada en la abstención del agente de continuar la ejecución del plan criminal, en el desistimiento en la tentativa acabada, el agente impide, mediante actos positivos, que se consuma el delito. En el ejemplo anterior, el sujeto impidió la muerte de la víctima arrojándose al río, logrando rescatarla.

No es necesario que el acto de impedir finalmente el resultado lo realice quien se desiste. En algunos casos, es posible que un tercero sea quien logre evitar la consumación, previa actividad salvadora de quien

provocó la situación de riesgo. En el ejemplo anterior, el sujeto que empujó y rescató del río a la víctima, luego la llevó a una clínica, donde finalmente, dada la experiencia y conocimiento de los médicos, lograron salvarla. En este caso, el desistimiento es válido. En caso la víctima haya sufrido lesiones, el agente responderá solamente por dicho delito.

- b.2. La voluntariedad:** El agente debe voluntariamente orientar su conducta a fin de evitar la consumación del delito. Ello no sucederá si el agente actuó motivado por factores externos. Por ejemplo, cuando el sujeto actúa al verse descubierto por parte de un tercero o por la policía. En caso el agente considere erróneamente haber sido descubierto, el desistimiento será válido, siempre que haya impedido el resultado. Lo mismo en el caso que el agente haya actuado creyendo falsamente que fue descubierto.
 - b.3. El desistimiento tiene que ser eficaz:** Los actos realizados por quien se desiste deben evitar el resultado, a fin de que se le exima de pena. Por ejemplo, si una persona decidió volver al lugar donde colocó veneno en el vaso de una persona (a fin de darle aviso), solo podrá ser eximido de pena si es que evita que la víctima tome la sustancia letal. En caso no logre evitar el resultado, a pesar de su esfuerzo, consideramos que el sujeto debe ser sancionado como autor de un homicidio consumado. En todo caso, el cambio de actitud debería ser tomado en cuenta al momento de determinar la cantidad de pena²⁰.
14. De otro lado, el desistimiento en caso de varios intervinientes en el hecho se encuentra regulado en el art. 19 del CP de la siguiente forma: “Si varios agentes participan en el hecho,

20 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 831-832.

no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquel que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación”.

El desistimiento, en tanto causa de no punibilidad (resulta inalterable la condición de la conducta como típica, injustificada y culpable), solo exonera de pena a quien se aleja voluntariamente del plan criminal, impidiendo el resultado (por ejemplo, se exime de pena al sujeto que enciende voluntariamente la alarma de seguridad de una casa y provoca que su compañero, con quien había planificado previamente cometer el delito, huya y no tome los bienes de terceros), o a quien se esfuerce seriamente para que ello no ocurra. Respecto a este último supuesto, el “esfuerzo serio” debe ser interpretado, como indica VILLAVICENCIO, según “las circunstancias y las posibilidades con que cuenta una persona para impedir el delito”²¹. Por ejemplo, en el caso anterior, a pesar de que el sujeto encendió voluntariamente la alarma de seguridad e intentó detener a su compañero, este logró apropiarse de algunos bienes, antes de huir. Se podría considerar que el agente trató seriamente de evitar el resultado, por lo que no sería sancionado como autor del delito de hurto agravado (sí sería responsable por la comisión del delito de violación de domicilio).

15. El delito imposible se encuentra regulado en el art. 17 del CP de la siguiente forma: “No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito por la ineficacia absolu-

21 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 446. Quien agrega que: “De *lege ferenda*, en este último aspecto, la introducción del Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 (numeral 16) señala que ‘el problema reside en la expresión utilizada por la fórmula legal del artículo 19 del Código Penal de 1991: *se esforzara seriamente*, que entiende que la valoración del desistimiento se realizará de acuerdo a los medios y posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el delito. Por ello, en el Anteproyecto se emplea la expresión *con los medios a su alcance*”.

ta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”. No resulta correcto denominar a esta circunstancia como “tentativa inidónea”, ya que, por definición, la tentativa supone la ejecución de actos idóneos para lograr la consumación del delito (existió tal posibilidad), pero esta no se produjo, como se ha visto, por razones ajenas a la voluntad del agente. En cambio, en el delito imposible, el medio utilizado por el sujeto es absolutamente inidóneo o el objeto sobre el que recae la conducta es absolutamente impropio para producir el resultado (nunca será posible consumir el delito).

El delito imposible, según el legislador peruano, se presenta en dos casos: por la “ineficacia absoluta del medio utilizado” o la “absoluta impropiedad del objeto”.

- a. **La ineficacia absoluta del medio empleado:** Los instrumentos utilizados por el sujeto o la propia actividad desplegada resultan absolutamente ineficaces para lograr la consumación del delito. Por ejemplo, si una persona pretende envenenar a otra echando azúcar en un vaso con agua, pensando que es un veneno. El medio tiene que ser absolutamente inidóneo. Al respecto, deben tenerse en cuenta las circunstancias que se presentan en el caso concreto, colocándose en el lugar del autor en el momento que ejecuta la conducta. Por ejemplo, si el sujeto conoce que la víctima está enferma gravemente de diabetes y le da un vaso con azúcar, en cantidad excesiva, al sujeto se le puede sancionar como autor de un homicidio en grado de tentativa si se logra salvar la vida del enfermo.

La conducta será sancionable si el medio utilizado es relativamente inidóneo. Se presentan estos casos cuando el medio es normalmente eficaz, pero no causa el resultado por una circunstancia excepcional. Por ejemplo, cuando una persona dispara a otra, quien logra salvar su vida al tener chaleco antibalas. Otro ejemplo,

cuando a una persona se le atasca el revólver, no logrando emitir el disparo. Estos casos son sancionables a modo de tentativa.

- b. La impropiedad absoluta del objeto:** No se sancionará al agente cuando el objeto sobre el cual recae la conducta criminal es impropio, de modo absoluto, para configurar el delito. Las razones pueden ser de índole fáctica o jurídica. De índole fáctica, por ejemplo, al pretender el aborto de una persona que no estaba embarazada o al buscar matar a una persona que ya se encontraba muerta. De índole jurídica, por ejemplo, al pretender hurtar un bien mueble ignorando que el propietario consintió que se lo apropiara.

La impropiedad del objeto tiene que ser absoluta. En esa medida, será sancionable la conducta del agente si es que en el momento de los hechos existió la probabilidad de consumar el delito, pero por circunstancias ajenas a su voluntad, el resultado no se produjo (impropiedad relativa del objeto). Por ejemplo, si una persona dispara sobre la cama de la víctima, quien había estado allí segundos antes.

16. En el “delito” putativo, la persona cree que está realizando un delito, pero en realidad está realizando un comportamiento que no es sancionado por el Derecho penal. Lógicamente, este hecho es impune. La razón es que conforme al principio de legalidad, solo se sancionará aquella conducta que esté prevista previamente por la Ley. Por ejemplo, una persona cree estar cometiendo un delito cuando engaña a su esposa con otra mujer (adulterio).

A diferencia del delito imposible (en el que el delito nunca llegará a cometerse por las características del medio utilizado o las del objeto), en el delito putativo no existe norma penal que sirva para sancionar el comportamiento que el agente considera delictivo.

17. La “tentativa” irreal, por su parte, no tiene relevancia penal pues el agente utiliza medios “mágicos” o “supersticiosos” con el fin de alcanzar un resultado delictivo. Evidentemente, la conducta del agente no pone en peligro bien jurídico alguno. Por ejemplo, cuando alguien pretende matar a otra, realizando ritos religiosos o colocando alfileres sobre un muñeco.

Estos casos son asimilables al delito imposible por la ineficacia absoluta del medio. Por ejemplo, cuando una persona pretende derribar un avión lanzándole piedras.

II.3. LA CONSUMACIÓN Y EL AGOTAMIENTO

18. La consumación surge cuando se cumplen totalmente los requisitos exigidos por el tipo. No obstante, este momento no solo debe comprenderse desde una visión estrictamente formal, sino también material. En el caso de los “delitos” de “mera actividad”, no es suficiente la realización de la conducta antinormativa para considerar que el delito se consumó, sino es imprescindible tener en cuenta si se puso en peligro concreto el bien jurídico protegido. Por ejemplo, si una persona maneja en estado de ebriedad en el desierto, cumple las exigencias del tipo (art. 274 del CP), pero materialmente no causa un riesgo a la seguridad pública.
19. De otro lado, en los delitos de resultado lesivo, existen casos en los que la concreción del resultado se encuentra separada temporalmente, de manera significativa, de la realización de la conducta disvaliosa. Las repercusiones de esta situación fáctica son importantes no solo para el aspecto procesal (en orden a los problemas que puede conllevar en las instituciones de la cosa juzgada y de la prescripción)²²,

22 Vid. SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, pp. 100-101. Nos dice que alguien que fue sancionado en su día por la realización de un homicidio frustrado corre el riesgo de ser condenado, una vez muerta su víctima, por homicidio consumado. Por lo que a la prescripción

sino también para considerar si el tipo se encuentra o no consumado.

En efecto, el largo periodo de tiempo que media entre conducta y resultado hace teóricamente factible una intervención de cursos causales salvadores dirigidos a la evitación de la lesión²³, ¿podría imputarse al sujeto el acto tentado del delito de resultado al frustrarse el mismo por la conducta del tercero? En este caso subsistiría el desvalor del resultado de la tentativa²⁴ siempre que la conducta del agente en sí misma sea prohibida por el derecho y el agente haya actuado con el propósito de alcanzar el resultado.

20. La etapa de agotamiento surge cuando el agente consigue satisfacer la intención que perseguía al idear, ejecutar y consumir el hecho criminal. Con relación al delito cometido, tal hecho resulta irrelevante. Por ejemplo, si una persona planificó robar un celular para venderlo, ya que necesitaba dinero, el hecho se habrá agotado cuando, luego de haberse apropiado del bien, efectivamente lo vende. Este momento es irrelevante respecto del delito de hurto, que se consumó cuando el agente tuvo la mínima posibilidad de disponer del bien mueble (Sentencia Plenaria n° 1-2005/DJ-301-A). De otro lado, la persona que haya adquirido el bien será pasible de ser sancionado por la comisión del delito de receptación (art. 194 del CP). Se trata de un tipo penal autónomo, aun cuando para su configuración, el agente debe saber que el bien proviene de un delito.

se refiere, el problema radica en decidir si los plazos de la misma han de comenzar a correr a partir de la realización de la acción o solamente a partir de la producción del resultado.

- 23 Por ejemplo, el descubrimiento de la cura del SIDA y sus efectos en la imputación a un enfermo por contagio a un tercero (ya sea como lesiones o tentativa de homicidio). Sobre este tema, vid. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *Responsabilidad penal por contagio de SIDA. Aspectos político criminales y problemas de tipicidad*, pp. 48-70.
- 24 Cfr. LUZÓN PEÑA, "Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español", p. 18.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3° edición, Lima, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español”, en *Problemas jurídicos penales del SIDA*, Barcelona, 1990.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10° edición, Barcelona, 2016.

ORTS BERENGUER, Enrique / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6° edición, Valencia, 2016.

PÉREZ FERRER, Fátima, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Madrid, 2008.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos, *Responsabilidad penal por contagio de SIDA. Aspectos político criminales y problemas de tipicidad*, Lima, 2004.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002.

EL CONCURSO DE DELITOS Y EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

I. APUNTE PRELIMINAR

1. En ocasiones sucede que una o varias personas cometen, con uno o varios comportamientos, dos o más delitos. Para estos casos existe en nuestro CP un conjunto de reglas a seguir para lograr un tratamiento adecuado. Así, en el Capítulo II (arts. 48 al 51 del CP), se regulan los casos de concurso ideal y real de delitos, así como el delito continuado y el concurso real retrospectivo.

De esta manera, se proponen vías de solución al caso en que un mismo sujeto sea condenado por varios delitos, debido a uno o varios comportamientos. Como señala HURTADO POZO, la “manera compleja como tienen lugar los comportamientos y la propia índole de la labor legislativa, hacen que el juez, con frecuencia, enfrente el dilema de si el agente ha cometido una o varias acciones y, en consecuencia, si hay que aplicarle una o diversas disposiciones”¹.

De otro lado, conforme al principio de legalidad, también se pretende resolver la problemática que suscita la concurrencia

1 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 917.

de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un hecho, pese a que solo una de ellas debe tomarse en consideración.

Todos estos temas, de ninguna forma constituyen problemas secundarios al interior de la dogmática penal, pues de su adecuado tratamiento dependerá la atribución de una pena justa que guarde sintonía con el hecho realizado.

2. La ubicación sistemática de las reglas sobre concurso de delitos y concurso aparente de normas no significa que esta sea una materia referente exclusivamente a la determinación de la pena y a su aplicación individual al caso en concreto, sino que cada una de dichas disposiciones supone la determinación de la unidad o pluralidad de comportamientos penalmente riesgosos, lo que es propio de la teoría del delito.
3. Así, todo ello obligará a decidir previamente en qué casos concurre unidad y cuándo pluralidad de delitos, lo que presupone la cuestión de la unidad y pluralidad de hechos, y a distinguir, como se ha mencionado, al “concurso ideal” y al “concurso real” de delitos.

II. UNIDAD Y PLURALIDAD DE COMPORTAMIENTOS

4. De manera previa, debe determinarse cuándo es que concurre un hecho y cuándo concurren varios. Esta cuestión es importante porque de ella depende la clase de concurso de delitos, toda vez que “cuando concurren varios hechos que dan lugar a varios delitos se habla de ‘concurso real’, mientras que cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, tenemos un ‘concurso ideal’”². Además, ello también tiene importancia para el caso del delito continuado, toda vez que este presenta una variedad de acciones³ y unidad de delitos.

2 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 667 y ss.

3 Utilizaremos indistintamente el término acción o comportamiento.

5. En ese sentido, son distintos y variados los criterios que se han propuesto para determinar la unidad de hecho. De plano, consideramos que se debe descartar la posibilidad de atender exclusivamente a datos naturalísticos, pues ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos, ni este es el punto de vista que se utiliza normalmente para afirmar que existen una o varias acciones⁴.

En esa línea, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN señalan que “de entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, la agresión sexual intimidatoria, el robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción”⁵.

Por ello, consideramos que el concepto de unidad de hecho ha de ser valorativo, esto es, que dependerá de la interpretación que se realice de los movimientos musculares a fin de determinar si forman una unidad⁶. Sin embargo, pese a existir consenso sobre dicho punto en la doctrina, las opiniones se dividen al momento de decidir qué factores deben tomarse en cuenta al momento de realizar dicha valoración.

4 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 639: “Sería absurdo pretender que los innumerables movimientos musculares que llevan a disparar sobre una persona constituyen otros tantos hechos en el sentido del Derecho penal: si el disparo causa la muerte de la víctima hablaremos de una sola acción homicida. El concepto de unidad de hecho es, pues, valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración según la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad. En esto habría acuerdo en la doctrina. Las opiniones se separan a la hora de decidir qué punto de vista es el que decide dicha valoración”.

5 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 460.

6 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 667.

A criterio de un sector de la doctrina, son dos los factores que han de tomarse en cuenta para fijar el concepto de unidad de acción: El primero de ellos es el “factor final”, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (por ejemplo, en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como adquirir y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar). De otro lado, el segundo factor es el “normativo”, en atención a la estructura del tipo delictivo en cada caso particular⁷. De ese modo, a decir de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos”⁸ (por ejemplo, la tenencia ilícita de un arma de fuego, comportamiento que es sancionado en el art. 279 de CP).

Otro punto de vista que sigue un importante sector de la doctrina es el criterio de la “concepción natural de la vida”, en donde la determinación de que varios movimientos corporales constituyen una sola acción quedará confiada al punto de vista de la sociedad, según los usos normales, destacándose así dos elementos: La unidad de propósito y la conexión espacio-temporal⁹. Esta posición resulta cuestionable por dar un amplio margen al juzgador para determinar que existe una unidad de hecho. Se trata de una propuesta que crea inseguridad jurídica.

Para MIR PUIG resulta más acertado apostar por un criterio “jurídico” para valorar un hecho como unitario en el Derecho penal: “el sentido del tipo”. Así, como indica dicho autor, esta es la solución preferible, ya que es lógico

7 Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 460.

8 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 460.

9 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 667-668.

que el Derecho penal elija de entre distintos puntos de vista posibles para decidir socialmente la presencia de un solo hecho, el que le es propio¹⁰: “La descripción típica opera, pues como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho”¹¹.

GARCÍA CAVERO sostiene que solo una comprensión de la unidad de acción que utilice una perspectiva jurídica (jurídica-penal) resulta adecuada para resolver la problemática del concurso de delitos: “Desde consideraciones jurídico-penales, la unidad de acción tiene lugar cuando existe una unidad subjetiva y una unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante”¹². Al respecto, VILLAVICENCIO señala que se presenta la unidad subjetiva cuando el autor pretende desde el principio una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente, a lo mucho, durante la ejecución del comportamiento precedente. De otro lado, la unidad de la ejecución, “presupone además una sucesión de los diversos actos de modo que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente da comienzo directamente a la realización subsiguiente”¹³.

Consideramos, desde una perspectiva jurídica, que existirá unidad de acción cuando, dos o más comportamientos,

10 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 668.

11 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 668.

12 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 780. El mencionado autor agrega que: “Algunos autores entienden necesario incluir el resultado típico en esta perspectiva, de manera que se pueda hablar de varias acciones si la misma conducta típica produjese varios resultados. No obstante queda claro que, pese a la pluralidad de resultados, la acción, desde el punto de vista del tipo penal, ha sido única, por lo que dicha pluralidad no puede llevar a afirmar una pluralidad de acciones. En consecuencia, el concepto jurídico de acción debe limitarse a la conducta típica ejecutada, sin una referencia necesaria a las diversas consecuencias que se puedan derivar de la misma”.

13 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 682-683.

conforme a la representación del autor, hayan creado riesgos prohibidos para el Derecho penal que por razones de necesidad de pena son interpretados como uno solo. De esta forma, se resalta no solo la unidad subjetiva, sino también la unidad objetiva o ejecutiva, ya mencionadas.

6. De otro lado, existe cierto consenso en que el concepto de unidad de acción materia de análisis no es el mismo que el concepto de acción de la teoría del delito, toda vez que no se trata de definir la acción como tal, sino de encontrar una perspectiva de análisis que permita afirmar una unidad de sentido¹⁴.

III. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

7. Existe un concurso ideal de delitos cuando el autor, a través de la misma acción, infringe varias normas penales o una misma repetidas veces. En el art. 48 del CP se indica lo siguiente: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”.

El concurso ideal presupone, por un lado, la “unidad de acción (...) y, por otro, a través de la acción tiene que haber tenido lugar una pluralidad de infracciones legales. Para ello se tienen en cuenta tanto la aplicabilidad de distintas normas penales como también la posibilidad de que la misma norma penal sea aplicada varias veces”¹⁵.

8. En el concurso ideal de delitos, una sola acción puede generar la infracción de varios tipos delictivos que tutelan bienes jurídicos homogéneos (el lanzamiento de una granada mata a varias personas) o heterogéneos (cuando el lanzamiento

14 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 779.

15 JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 774.

de la granada, además de matar a varias personas, también produce daños en las paredes de los edificios cercanos).

9. Ahora bien, un problema en la aplicación del concurso ideal es establecer qué se entiende por “un solo hecho”. Así, para cierto sector de la doctrina, la unidad de hecho se presentará cuando “la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal”¹⁶. A esto, agregan que, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos (en nuestro texto punitivo se exigen varias infracciones aplicables a tal circunstancia), por lo que “el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos”¹⁷.
10. Ahora bien, los requisitos para que se configure el concurso ideal son los siguientes: a) la unidad de acción (el autor se sirve de una sola acción para lograr su propósito múltiple); b) se realice una doble o múltiple desvaloración de la ley penal (se entiende que existe una pluralidad de delitos, porque respecto a cada una de las acciones se complementa perfectamente tanto el tipo objetivo como el subjetivo); c) la identidad del sujeto activo (debe ser solo un agente el que cometa la acción única que genera la doble o múltiple desvaloración de la ley penal); y d) la unidad y pluralidad de sujetos pasivos (afectación reiterada de bienes jurídicos –concurso homogéneo– o de una pluralidad de bienes jurídicos –concurso heterogéneo–)¹⁸.

16 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 462.

17 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 462-463.

18 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 698-700.

11. De cara a la consecuencia penal del concurso ideal, en el art. 48 del CP se prevé que para tal caso se aplica el máximo de la pena más grave, la que puede incrementarse hasta en una cuarta parte sin que en ningún caso pueda excederse de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Se adopta el “principio de exasperación de las penas y una combinación de las consecuencias jurídicas del delito”¹⁹.

En efecto, conforme al principio ya mencionado, la pena se determina a partir de la pena del delito más grave con la posibilidad de incrementarla en casos en los que la dicha gravedad lo amerite. Al determinar la pena más grave se debe observar también las circunstancias agravantes y atenuantes.

No obstante ello, debe advertirse también que la absorción que realiza en base al marco penal más grave no impide que los delitos absorbidos sean considerados en la individualización de la pena²⁰ (en tanto incrementan la intensidad del injusto y de la culpabilidad). Luego, una vez establecida la pena más grave, el juez penal podrá incrementar esta pena hasta en un cuarto, sin poder exceder en ningún caso los treinta y cinco años.

Por otro lado, en cuanto al principio de combinación en el concurso ideal de delitos, este se manifiesta de dos maneras: “Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo del delito más grave. Por otra parte, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos por el tipo penal con la pena más grave. En este sentido, el espectro de consecuencias jurídicas no se reduce al establecido por el tipo penal absorbente, sino que incluye aspectos de los otros tipos penales”²¹.

19 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 784.

20 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 785.

21 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 785-786.

IV. EL CONCURSO REAL DE DELITOS

12. El concurso real de delitos se presenta cuando concurren varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, que provienen de un mismo agente y que son enjuiciables en el mismo proceso penal. Con mayor precisión, en el art. 50 del CP se señala lo siguiente: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta”.
13. De esa manera, a primera vista, el mencionado instituto podría dar la impresión de no plantear ningún problema teórico importante, ya que cada acción por separado constituiría un delito y, en principio, el tratamiento penal sería el “principio de acumulación”. Sin embargo, se advierte que tal principio, entendido de un modo aritmético, conduciría, si es que no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica²².

Lo expuesto explicaría el que en la redacción original del CP no se haya optado por un sistema de acumulación de penas ante la comisión de distintos ilícitos llevados a cabo por un mismo individuo, sino que se prefiriese la sola aplicación de la sanción prevista para el delito más grave, exigiéndosele al juez que tenga “en cuenta” la realización de todos los demás delitos que también se produjesen.

Sin embargo, debe resaltarse que en el año 2006 se realizó un cambio radical en el sistema de determinación de penas,

22 Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 464.

pues a través de una modificatoria al referido texto legal²³, que abogaba por un “sistema de absorción”, se instauró el “sistema acumulativo” para casos de concurso real (art. 50 del CP). A partir de dicha modificación, cada delito concurre en el proceso con su pena individual, acumulándose las mismas, con ciertos límites: a) El doble de la pena más grave y b) El máximo de los treinta y cinco años.

Además, en el Acuerdo Plenario n° 04-2009/CJ-116, la Corte Suprema estableció que deben darse tres requisitos para que se configure el concurso real: 1) la pluralidad de acciones, 2) la pluralidad de delitos independientes, y 3) la unidad de autor. Al respecto, consideramos que es acertado que se indiquen determinados criterios, con los que, combinando los diversos principios antes citados, se llegue a penas proporcionadas a la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos.

En ese sentido, la exigencia de una “pluralidad de acciones” hace referencia a la realización de varias conductas independientes y punibles, pudiendo concursar acciones con acciones, omisiones con omisiones y omisiones con comisiones, sean dolosos o imprudentes. Asimismo, la exigencia de la “existencia de una pluralidad de delitos o lesiones a la ley penal” nos indica que a través del presente concurso se pueda afectar varias veces la misma disposición penal o disposiciones diferentes, incluso, algunas de estas no necesitarán ser consumadas, bastando, en tales casos, con la tentativa. Otro requisito a tomar en cuenta es la existencia de una “unidad de sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto pasivo”, por lo que necesariamente debe ser un solo sujeto quien realice las acciones típicas. De otro lado, el sujeto pasivo del delito, puede ser único o plural.

23 Tal modificación se llevó a cabo vía el art. 3 de la Ley n° 28730, publicada el 13 de mayo de 2006.

Además de dichos criterios, también deben tomarse en cuenta que “el agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –en –juiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo”²⁴. Esto ha permitido que en doctrina se trate a esta figura como un concurso real procesal.

14. En resumen, este sistema, a diferencia de lo que sucedía con la anterior redacción del art. 50 del CP, trae como consecuencia la acumulación de penas y no se rige por los principios de absorción o de exasperación²⁵. Ya se indicó que la acumulación de penas responde a ciertos límites, como el doble de la pena más grave y el máximo de los treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

V. EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO

15. El concurso real retrospectivo es una forma especial del concurso real de delitos²⁶, cuya peculiaridad –de carácter procesal– consiste en que el sujeto, que ya ha sido sentenciado por la realización de un delito, puede ser de nuevo juzgado si se descubre un nuevo delito cometido antes de la sentencia²⁷.

24 Vid. Acuerdo Plenario n° 04-2009/CJ-116 (FJ. 6).

25 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 787. Indica que hace algunos años la regulación penal del art. 50 del CP no aceptaba la acumulación de penas, sino que solo admitía que se aplique la pena del delito más grave. Tampoco contemplaba la posibilidad de una pena global que faculte el aumento de la pena individual que correspondía al delito más grave (principio de exasperación).

26 La Corte Suprema sostiene que “el concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio o condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron sucesivamente, descubriendo” (Acuerdo Plenario n° 04-2009/CJ-116).

27 De acuerdo al precedente vinculante instaurado a través de la sentencia recaída en el R.N. n° 367-2004-Santa, el concurso real retrospectivo se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un

Debe tomarse en cuenta, que nuestra jurisprudencia utiliza la institución de la refundición de penas para el concurso real retrospectivo, “que consiste en el tratamiento único de la pena impuesta al condenado, es decir, que las sentencias pronunciadas en las causas por delitos conexos, en este caso por delito que entran en concurso real, sean objeto de un tratamiento único”²⁸.

La Corte Suprema considera como presupuestos para la aplicación de esta figura los siguientes: pluralidad de delitos, juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso y unidad de autor (Acuerdo Plenario n° 04-2009/CJ-116). Así, “para la imposición de la pena en esta forma especial de concurso real de delitos, se debe asumir como regla esencial y límite punitivo implícito, el que al agente no se le debe imponer como pena concreta final, luego de ser sometido a los juzgamientos sucesivos, una penalidad que resulte ser más grave o de mayor extensión que la que hubiese correspondido aplicarle de haber sido juzgado en el mismo proceso por todos los delitos que cometió y que integraron el concurso” (R.N. n° 2116-2014-Lima). De esta manera, la pena a imponerse estará acorde con la tutela de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

16. En la actualidad, toda vez que la determinación de la pena en el concurso real se guía por el principio de acumulación, la regulación del concurso real retrospectivo establece una sola regla: “El sentenciado será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo excederse de treinta y cinco años. Si uno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará solamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”.

solo proceso, esto es, el procesado ha sido autor de varios delitos, pero inicialmente solo se le juzgó y condenó por uno o algunos de los ilícitos producidos.

28 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 704.

VI. EL DELITO CONTINUADO

17. El delito continuado es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la *praxis* jurisprudencial medieval de considerar que solo había un delito de hurto para evitar las graves penas que habrían de imponer a los autores del tercer ilícito²⁹. Esta institución se encuentra regulada en el art. 49 del CP de la siguiente forma: “Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave (...). La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”.
18. Hoy en día, la noción de delito continuado es considerada como un concepto sumamente confuso, en donde los esfuerzos realizados en la legislación, doctrina y jurisprudencia para precisar sus elementos no han tenido el éxito deseado³⁰. HURTADO POZO señala que “el hecho de que haya sido o no regulado en la ley no es el factor determinante de la inmensa discusión que ha provocado, pues si, en general, existe acuerdo entre los autores sobre cuáles son sus elementos, lo cierto es que, con frecuencia, discrepan sobre la manera cómo deben ser concebidos”³¹.
19. Pese a todo, se indica que el delito continuado “se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito”³².

29 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 465.

30 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 943.

31 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 943.

32 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 465.

De esta manera, se trata como un solo delito a una serie de comportamientos concretos cometidos por el mismo autor, aun cuando cada uno de ellos debería configurar un injusto típico propio. Dicho de otra forma, el delito continuado supone que varias acciones penalmente relevantes “se consideran un solo delito por una relación de continuidad”³³. Por ejemplo, habrá delito continuado si un sujeto, que trabaja como cajero de un Banco, durante un largo período se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero. Dicho sujeto, no cometería varios hurtos entendidos de manera que generen varios injustos, sino un solo delito continuado de hurto.

20. Para la existencia del delito continuado se exigen los siguientes elementos: a) unidad de sujeto activo, b) pluralidad de acciones u omisiones, c) igual norma violada, d) unidad o pluralidad del sujeto pasivo, e) bien jurídico no eminentemente personal, f) conexión temporal y espacial y g) unidad de resolución criminal³⁴.

En efecto, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, lo cual no debe entenderse en el sentido de que el actor solo tenga que ser una persona, pues la conducta continuada puede ser obra de varias que, mancomunadamente, tengan esta calidad. Por ejemplo, se puede cometer un delito continuado en coautoría. De otro lado, no es posible la continuidad entre acciones de partícipe y de autor, pues se exige que la intervención en la infracción penal se lleve a cabo bajo un mismo título de imputación³⁵.

33 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 792.

34 En la Casación n° 1121-2016-Puno se indicó lo siguiente: “los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: 1) pluralidad de acciones delictivas —posibles de individualización—; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor; y, 4) unidad de designio criminal”

35 VELÁZQUEZ VELÁSQUEZ, “El delito continuado en el Código Penal peruano”, s/n.

Asimismo, para la configuración del delito continuado se exige una pluralidad de acciones u omisiones. Cada uno de los comportamientos realizados por el sujeto activo puede ser susceptible de ser categorizado como un delito independiente³⁶. Sin embargo, en el terreno de la antijuridicidad material, dichos comportamientos serán tratados colectivamente, de forma unitaria, siendo indiferente el grado de ejecución alcanzado³⁷.

Otra exigencia es el que la norma violada por las diferentes conductas corresponda a delitos iguales. Sin embargo, este criterio es más flexible, llegándose a admitir que sean normas de naturaleza semejante, no interesando que los delitos sean totalmente diferentes. Dicho de otra manera, será suficiente con que las variadas conductas afecten un mismo bien jurídico (unidad de bien jurídico). Por ejemplo, cuando una persona hurta, otra vez hurta con astucia y una tercera vez lo hace durante la noche, pues los tipos penales utilizados en el delito continuado pueden encontrarse en su forma básica, atenuada o agravada³⁸.

Así también, se exige que la conducta recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico, de manera que no se admite delito continuado alguno cuando los actos parciales inciden sobre diferentes sujetos pasivos. Por ejemplo, el homicidio de diferentes personas o las violaciones de distintas mujeres.

Además, debe ponerse atención en el elemento de la conexión temporal y espacial. No obstante, este no es en sí un elemento, sino una característica del delito continuado.

36 Cfr. CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, p. 37. Quien además agrega que “la situación fáctica a la que se aplica el delito continuado es idéntica a la que da lugar a la aplicación de las normas del concurso real; con ello se quiere poner de relieve que lo que realmente se está exigiendo, cuando se habla de pluralidad de acciones, es una pluralidad de delitos”.

37 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 690.

38 Cfr. BARRETO, “El delito continuado. Dificultades dogmáticas y procesales”, p. 101.

Por el lado subjetivo, se advierte que nuestra legislación requiere expresamente que el autor realice actos de la misma resolución criminal, lo que parece conducir a la necesidad de un dolo global³⁹.

La consecuencia jurídica, una vez comprobados en el caso en concreto los elementos objetivos y subjetivos mencionados, de acuerdo al art. 49 del CP, será que todos los actos en relación de continuidad se castiguen con la pena aplicable al delito más grave.

VII. EL DELITO MASA

21. El delito masa se regula en el art. 49 del CP, de la siguiente forma: “(...). Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”. Político criminalmente, su creación responde a la necesidad de imponer una pena de cierta gravedad a los denominados fraudes colectivos. Un ejemplo de delito-masa serían las diversas estafas cometidas en contra de un grupo de personas a quienes se les ofrece la construcción de viviendas en terrenos que pertenecen al Estado o la venta de un producto que ocasione graves daños a la salud de los usuarios finales.
22. La base de esta figura son los requisitos del delito continuado con la particularidad de que se presenta una pluralidad de sujetos pasivos. Asimismo, la consecuencia penal, como se ha visto, será la pena que se asigne al tipo penal vulnerado más grave aumentada en un tercio.
23. Esto último nos advierte acerca de la mayor intensidad represiva prevista por el legislador penal para dicho supuesto. Sin embargo, consideramos que bastaría con la correcta aplicación de la actual regulación del concurso real

39 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 797.

de delitos, que hoy en día asume un sistema de acumulación de penas, para castigar severamente el hecho realizado, sin necesidad alguna de recurrir al delito masa.

24. A ello también podemos agregar que en el Acuerdo Plenario n° 8-2008/CJ-116 se ha indicado que el delito masa es una circunstancia agravante específica del delito continuado.

VIII. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

25. A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en donde para valorar plenamente la gravedad de un hecho deben aplicarse varias disposiciones legales, en el llamado concurso de normas, de las diversas disposiciones aparentemente aplicables a un mismo hecho, solo una de ellas es la que se tomará en consideración⁴⁰.
26. El concurso de normas no tendría nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, “cuando ante un mismo supuesto de hecho aparentemente son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás”⁴¹.
27. MIR PUIG refiere que esta figura se presenta cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que “solo uno puede aplicarse”, ya que su estimación conjunta supondría un *bis in ídem*. Ello sucede “siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes”⁴².

40 Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 466.

41 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 467.

42 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 682.

28. Asimismo, existe en la doctrina dos concepciones distintas sobre el concurso de normas. Según la doctrina mayoritaria el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque solo uno de ellos será aplicable. De otro lado, otro sector doctrinal entiende que la concurrencia de los distintos preceptos es solo aparente, ya que una correcta interpretación de los mismos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad solo concurre uno de ellos⁴³.

JESCHECK y WEIGEND señalan, con razón, que junto con la clases de concurrencia propia (concurso ideal y real) tiene lugar otra serie de casos en los que varias normas penales concurren solo en *apariencia*, siendo así que en realidad una excluye a la otra (concurso impropio), de manera que la idea básica común a este grupo de supuestos será que el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción punible se hallará completamente abarcado por una de las normas penales que entran en consideración⁴⁴.

29. En la doctrina nacional, VILLAVICENCIO se adhiere a esta última postura señalando que “es más adecuado referirnos al concepto de unidad de ley en lugar de concurso aparente de leyes. Unidad de ley se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por *uno solo* de dichos tipos penales”⁴⁵.

En la doctrina existen distintos criterios respecto de los principios aplicables para solucionar los casos de concurso de normas. La mayor parte de los autores optan por los principios de alternatividad, especialidad, consunción y el de subsidiaridad. Sin embargo, HURTADO POZO indica que

43 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 682.

44 Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 788-789.

45 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 704.

dichos principios son –en realidad– “reglas destinadas a ayudar al juez en su labor de interpretar y aplicar la ley”⁴⁶. Así, de acuerdo al citado autor, las discrepancias existentes se deberían al afán de enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan en el momento de interpretar las leyes, así como de “establecer o determinar las relaciones existentes entre sus disposiciones”⁴⁷.

En buena cuenta, consideramos que, así se les denomine reglas o principios (alternatividad, especialidad, consunción y subsidiariedad), lo cierto es que existen determinadas pautas sobre cómo se han de resolver los casos que se enmarquen dentro del tema bajo análisis. De esta forma, dichos criterios tienen como propósito determinar cuál de las normas es la que con mayor precisión y plenitud comprende todas las circunstancias del hecho delictivo, es decir, la que subsuma adecuadamente el hecho penalmente relevante, tutelándose el principio de legalidad.

VIII.1. EL PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

En cuanto al “principio de alternatividad”, no existe consenso sobre su contenido. Algunos sostienen que este principio se aplica cuando los elementos de dos tipos legales son opuestos entre sí. De otro lado, se indica que dicho principio o regla se aplicaría cuando se trate de casos en que la misma acción esté contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una vendría a ser aplicable en la medida en que la otra no estatuya una pena más grave⁴⁸.

Al respecto, HURTADO POZO comenta que los casos “comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternatividad, son en realidad errores legislativos, que

46 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 959.

47 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 959.

48 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 961.

consisten ya sea en “considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente”⁴⁹.

Por ejemplo, el delito de marcaje o reglaje (art. 317-A del CP) sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años a quien para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, *acopia o entrega información*, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos. Asimismo, en el segundo párrafo del tipo penal de extorsión (art. 200 del CP), se reprime con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, *suministra información* que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la realización del mencionado delito.

En ambos casos nos hallamos ante la prohibición y castigo del suministro de información como medio para facilitar la comisión de una extorsión. En este caso, de acuerdo al “principio de alternatividad”, habría que aplicar la pena prevista en el segundo párrafo del art. 200 del CP.

VIII.2. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El “principio de especialidad” se presenta cuando de los varios preceptos aparentemente concurrentes, uno de ellos

49 HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 962.

contempla más específicamente el hecho que los demás. De esta forma, el problema se resuelve aplicando la ley más especial, en lugar de la ley general. En ese sentido, un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional: “si un precepto requiere los presupuestos a + b y otro los presupuestos a + b + c, el segundo es más especial que el primero. Todo aquel hecho que realiza el precepto especial realiza necesariamente el tenor literal del general, pero no todo hecho que infringe el precepto general realiza el tenor literal del especial”⁵⁰.

Por ejemplo, se podría aplicar este principio cuando se otorga preferencia al delito de asesinato (art. 108 del CP), en vez del de homicidio simple (art. 106 del CP) o el de robo (art. 188 del CP), en lugar del ilícito de hurto (art. 185 del CP).

VIII.3. EL PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN

El “principio de consunción” se presenta cuando un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente, porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte⁵¹. Por ejemplo, la tentativa queda consumida por el delito consumado. También el delito de lesiones se subsume en el delito consumado de homicidio doloso.

VIII.4. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El “principio de subsidiariedad” se presenta cuando un precepto penal solo pretende regir en caso de que no entre en juego otro precepto penal. De ese modo, se afirma que el primer precepto es entonces “subsidiario” respecto del segundo, quedando desplazado cuando este aparece. Asimismo, debe advertirse que la subsidiariedad puede ser

50 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 467-468.

51 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 468.

expresa o tácita, según se halle prevista expresamente por la misma ley o haya de deducirse de su sentido. Para MIR PUIG existe subsidiariedad expresa cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave; mientras que la subsidiariedad tácita se presenta cuando la interpretación del sentido de un precepto deja en claro que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir este “una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico”⁵².

Un ejemplo de subsidiariedad expresa es el caso del delito de falsedad genérica, pues en su propia disposición señala lo siguiente “El que de cualquier modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad (...)”, de manera que condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave. Para el caso de la subsidiariedad tácita, podemos mencionar, a modo de ejemplo, a los delitos de peligro concreto frente a los de resultado.

Ahora bien, de acuerdo a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, cuando el mencionado problema no puede ser resuelto con los criterios anteriormente señalados, hay que acudir simplemente al precepto que imponga al hecho una pena más grave. Sin embargo, tal respuesta se halla condicionada en atención a que el Código Penal español prevé, vía su art. 8, lo siguiente: “en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Esta posición no es aplicable al caso peruano.

No obstante, los mencionados autores ofrecen razones para defender la logicidad de dicho criterio, “por cuanto si

52 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 684.

de un mismo hecho se ofrecen dos valoraciones distintas y ninguna queda excluida por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, la valoración de mayor gravedad parece traducir más fielmente la voluntad del legislador”⁵³. Dicha respuesta no vendría a ser otra cosa que el recurso al “principio de alternatividad”. Los propios autores lo reconocen e indican lo siguiente: “Este cuarto criterio, llamado de *alternatividad*, debe siempre tenerse en cuenta para evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica”⁵⁴.

53 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 469.

54 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 469.

BIBLIOGRAFÍA

BARRETO, Marco, “El delito continuado. Dificultades dogmáticas y procesales”, en *AJ* (141), Lima, 2005.

CASTIÑEIRA, María Teresa, *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Lima, 2012.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3° edición, Lima, 2005.

JESCHECK, Hans – Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5° edición, (trad. OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7° edición, Valencia, 2007.

VELÁZQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *El delito continuado en el Código Penal peruano*. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_16.pdf.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

*Se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2018,
en los talleres gráficos de Jurista Editores,
Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima.*