DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

EDITORA JURIDICA GRIJLEY

Felipe A. Villavicencio Terreros

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

GRIJLEY

Primera edición: marzo del 2006
Primera reimpresión: julio del 2006

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2006, Felipe Villavicencio T.

© 2006, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Chávarry*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-1339

ISBN 9972-04-078-X

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA
Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 427 3147
Telefax: (51-1) 427 6038
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
Telefax: (044) 471640 / Celular: (044) 967 6885
grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO
San José 1067
Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

A la memoria
de mis padres.

PRÓLOGO

El Prof. Villavicencio Terreros supera en esta obra su exposición en las Lecciones de Derecho Penal *de 1990, moderniza su sistemática, indica y muestra el manejo ágil y profundo de una bibliografía muy considerable, sintetiza con acierto las opiniones ajenas y expone sus propias soluciones con claridad. Los quince años transcurridos nos muestran hoy a un autor mucho más maduro y con una amplitud de conocimientos sinceramente admirable.*

Por regla general, los doctrinarios de tradición europea y latina valoran muy especialmente las obras generales con dimensiones y características de tratados, *en las que largamente se exponen los temas, se cita una bibliografía inmensa y se pretende –inútilmente por cierto– agotar los contenidos. En paralelo, suele subestimarse la obra destinada a la enseñanza, usualmente considerada un* género menor.

Nada es más erróneo, pues en el tratado *al estilo latino, que por regla abarca varios tomos (a diferencia del tratado o* Lehrbuch *alemán), el autor puede extenderse sin límite en cada tema, puede exponer sus propias ideas y remitir en parte a otras o referenciarlas sin mayor profundidad o bien exponer las ideas ajenas* in extenso, *todo según sus preferencias. Pero en la obra destinada a los alumnos los conceptos deben ser transmitidos en un espacio limitado, con suma claridad, en forma que sea asimilable con la menor dificultad y, además, hacerlo del modo más ameno posible. Una obra para estudiantes no puede escribirle sino quien tiene las ideas claras, tanto las propias como el conocimiento y manejo de las ajenas, pues de lo contrario no tiene posibilidad alguna de transmitirlas adecuadamente. Es obvio que nadie puede explicar lo que no comprende.*

Desde esta perspectiva, un tratado *al uso latino sería casi el borrador de la obra didáctica, algo así como el conjunto de notas necesario para poder elaborar los conceptos en forma sintética y clara.*

Por cierto que se puede facilitar la tarea docente mediante la exposición de la sola opinión personal del autor, mostrando su sistema, pero dejando de lado las opiniones o sistemas ajenos, pero de ese modo el estudiante recibe una información parcial, que dista mucho de proporcionarle el panorama actual de la materia. Es verdad que, al explicar las tesis ajenas, se complica mucho la exposición, pero es inevitable hacerlo si un docente quiere cumplir cabalmente su función y no dejar al alumno con un bagaje incompleto de conocimientos.

Por cierto que, a medida que la dogmática jurídico-penal avanza, va complicando y problematizando cuestiones de modo más arduo, lo que dificulta el cuadro general en una exposición de este estilo. Sin duda que es mucho más difícil escribir una obra didáctica en este momento que hace varias décadas. Y, además, debe contarse con que el estudiante sufre una creciente dificultad de lectura, pues la transmisión de imágenes a que acostumbra la comunicación actual debilita el hábito de lectura y comprensión de textos. En síntesis: se deben explicar cuestiones más complejas a un público que tiene más dificultades para comprenderlas.

Se acepten o se rechacen los nuevos planteamientos, es por completo incorrecto ignorarlos, aunque eso complique la exposición y la enseñanza. Es penoso omitir conocimientos acerca de las discusiones actuales, sólo porque el docente considere que no son válidas y, por ende, se limite a exponer reiterativamente las mismas teorías desde hace décadas. Quienes sufrimos ese tipo de enseñanza hace muchos años, por cierto que nos consideramos defraudados como alumnos, pues entonces como ahora, el estudiante debe depositar y creer que el docente le transmite lo más importante de la materia, se ve forzado a depositar esa confianza en el profesor y éste tiene el deber de responder a ella y estar a la altura de esa demanda. No lo hace quien, arbitrariamente, por comodidad o por ignorancia, por aburrimiento o por simplificar la tarea, detiene los conocimientos décadas atrás y se limita a reiterar conceptos muchas veces superados o altamente discutibles, como verdades eternas e inmutables. La actitud anticientífica pasa a la docencia con efectos lamentables. En alguna medida, no se trata sólo de un defecto intelectual sino también ético.

Esta tarea la acomete el autor de esta obra con singular éxito. Logra vencer los obstáculos crecientes y eso es un mérito que revela un dominio muy poco usual de la materia.

Aunque el Prof. Villavicencio no haya publicado un tratado de esas características –por otra parte, cada vez menos útiles– es claro que esta obra presupone una tarea equivalente a ello. Sin esa paciente tarea de lectura, selección, síntesis y fichaje, sería inconcebible la obtención de este resultado.

Nada de lo que actualmente se discute en el plano jurídico-penal escapa a la atención del autor en esta obra general. Se exponen las ideas del pasado y las del presente y se critican y valoran dejando ver con claridad la línea expositiva de la sistemática propia del autor. Sin duda se trata de un producto laborioso, no tanto por el tiempo insumido en la escritura sino, fundamentalmente, por la

preparación previa que denota la madurez del pensamiento del expositor. Si bien no debiera extrañarnos esta condición del Prof. Villavicencio, pues ha sido harto demostrada en obras anteriores, no podemos omitir la reiteración de nuestra admiración por esta magnífica contribución al derecho penal no sólo peruano sino latinoamericano.

Nos sentimos orgullosos cuando el nivel de nuestro derecho penal, puesto de manifiesto en obras como la presente, alcanza y compite con el de otras latitudes. Hemos sido testigos de una buena parte de este formidable desarrollo y creemos que hoy lo podemos mostrar al mundo con legítimo orgullo.

Es verdad y, demás, es una suerte, que no podamos hablar en rigor de una escuela latinoamericana *en derecho penal, pues las diferencias dogmáticas entre los autores son considerables. No obstante, es posible señalar una línea de pensamiento penal en la región, pues no hay obra general importante –y esta es sin duda una de ellas– que no muestre una profunda preocupación por las garantías que corresponden a la vieja tradición del derecho penal liberal. Perfeccionamos sistemas, pero conservamos los mismos objetivos, y eso en el actual momento del mundo, con muchas tesis que ocultan en el fondo una regresión premoderna ataviada de postmodernismo, es un dato muy significativo. Creemos que en el fondo todos tenemos experiencias tristes y a veces trágicas de autoritarismo y dictadura y, por ello, portamos las vacunas necesarias contra las tendencias autoritarias. Es muy importante que esa inmunidad sea transmitida a los estudiantes que depositan su confianza en nosotros. En este sentido, la presente obra constituye una prueba más que reafirma la tendencia general.*

Cabe felicitar al autor, pero también al penalismo y a los juristas peruanos en general, porque siempre en alguna medida una obra es algo más que un producto individual, su nivel está marcado por el medio y las circunstancias que lo exigen y, desde esta perspectiva, esta obra está señalando el singular crecimiento del derecho penal en el Perú, lo que debe ser objeto de profunda y sincera alegría en toda la región.

E. Raúl Zaffaroni

Departamento de Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires
Octubre de 2005

PRESENTACIÓN

Esta obra está dirigida a los operadores del derecho, y presenta una visión actual de los problemas fundamentales de la parte general del Derecho Penal. El libro reúne la actividad académica realizada en los últimos quince años, durante los que se ha alternado la docencia universitaria y la investigación con el ejercicio profesional, tanto nacional como internacional.

Originalmente fue pensado como una revisión de Lecciones de Derecho Penal. Parte General *(1990), obra que estuvo enmarcada en una época de transición, característica del proceso de reforma penal orientada hacia las regulaciones del Código Penal de 1991, aunque por la época de su publicación analizaba las disposiciones del Código de 1924. Pero el resultado es bastante diferente a dicha obra, incluso en la fundamentación e identificación de las denominaciones para cada institución, que han variado con el transcurso del tiempo y el desarrollo del Derecho Penal moderno. El tiempo transcurrido después de la entrada en vigor del Código de 1991 nos permite contar –ciertamente en medida limitada– con elementos de juicio y algunas perspectivas históricas para valorar dicho proceso de reforma y realizar una aproximación, el mismo que se ve afectado por los retrocesos que ha tenido el Código Penal, especialmente en relación a la vigencia garantista del mismo.*

En todo caso, el objetivo ha sido trazar los fundamentos de la imputación penal a partir de la consideración de garantías de la persona humana frente al ejercicio del poder penal. Así, se discuten las diferentes posiciones doctrinales y especialmente su validez sobre la base de los presupuestos propios de un orden libre y democrático y no como una simple aplicación de conceptos de conductas o de sistemas. Para esto ha resultado útil la base que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otros instrumentos internacionales y los principios constitucionales.

Esta vez el libro cuenta con una nueva sistemática y se divide en dos partes. La primera corresponde a las limitaciones al poder penal y la aplicación de la ley penal, y la segunda parte desarrolla la teoría de la imputación penal. Abordamos especialmente la imputación personal y el concurso de delitos, que consideramos centrales en la teoría de la imputación.

Para facilitar la búsqueda de las diferentes instituciones se emplea un sistema de numeración marginal de párrafos, a los que se le ha incorporado una sumilla. Esta información está sistematizada en el índice de materias y jurisprudencias. Esta metodología puede contribuir a la mejor y más rápida ubicación de los temas, aunque en verdad, por las mismas características de los mismos, existen párrafos densos que no ha sido posible reducir a un concepto. En cuanto a la bibliografía utilizada se ha optado por una especializada para cada capítulo y otra general para toda la obra. En la medida de lo posible, se registra el debate que entre los autores nacionales y extranjeros vienen suscitando los temas tratados.

Se ha incorporado una selección de jurisprudencia penal (suprema y superior y del Tribunal Constitucional) para las más importantes instituciones penales estudiadas en la obra, fallos que se están divulgando, especialmente, en trabajos privados de recopilación. Además, se registran los acuerdos de los diferentes Plenos Jurisdiccionales Penales realizados en el país. De esta manera, es posible apreciar el estado de algunas instituciones penales partiéndose esencialmente de la realidad jurídico-penal y del modelo de interpretación y argumentación usado por los operadores del Derecho Penal, quienes con mayor frecuencia vienen empleando las modernas categorías penales.

Para la elaboración de esta obra, también ha sido importante participar en el proceso de reforma penal que ha derivado en el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 y constatar que ante los cada vez más intensos propósitos sobrecriminalizadores, es necesario contraponer una propuesta de limitación al ejercicio del poder penal estatal.

Expreso especial agradecimiento al amigo y maestro Eugenio Raúl Zaffaroni por la gentileza del prólogo, que con el peso de su autoridad y saber ha motivado muchas de las reflexiones que sobre la crítica y validez de los criterios legitimantes del Derecho penal han inspirado en parte la revisión de la teoría de la imputación.

Personalmente sólo me queda agradecer a quienes colaboraron con este texto, especialmente a mi alumno y profesor asistente **Edward García Navarro**, *valioso colaborador que con su inteligencia, dedicación e iniciativa ha contribuido durante varios años a que esta obra sea una realidad. Le auguro un futuro promisorio como estudioso del Derecho Penal.*

Finalmente, como en otas oportunidades, mi agradecimiento al señor Esteban Alvarado Yanac, gerente de la Editora Jurídica Grijley y al señor Edwin Mallqui Herrera por su trabajo editorial.

Felipe A. Villavicencio Terreros

San Isidro, febrero de 2006.

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ADP	*Anuario de Derecho Penal* (Perú)
ADPCP	*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (España)
C.C.	Código Civil
C.P.	Código Penal
C.P.T.	Código Penal Tipo Para Latinoamérica
Cfr.	Confróntese
cit.	cita / citado
Cons.	Consulta
CPC	Código Procesal Civil
ed.	edición
Ej. vin.	Ejecutoria vinculante
Ej.	Ejecutoria
Ibidem	Allí mismo, en el mismo lugar
Idem	el mismo
Infra	posterior
Loc. cit.	En el lugar citado
Num.	numeral
p.	página
Pl. Juris.	Pleno Jurisdiccional
reimpr.	reimpresión
RPCP	*Revista Peruana de Ciencias Penales*

RPDJP	*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*
s/f	sin fecha
Sent.	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
ss.	siguientes
Supra	anterior
Trad.	Traducción
V. gr.	por ejemplo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vot. Sing.	Voto singular

ÍNDICE GENERAL

Prólogo ix
Presentación xiii
Abreviaturas xvii

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN

Capítulo I
PODER PENAL Y DERECHO PENAL

§1. Derecho Penal 7
§2. Poder penal: criminalización primaria y secundaria 10
a. Criminalización primaria 11
b. Criminalización secundaria 11
b.1. La policía 12
b.2. Los fiscales 15
b.3. Los jueces 16
b.4. La defensa 18
b.5. La prisión 20
§3. Sistema penal y seguridad ciudadana 22
§4. Dogmática jurídico-penal, política criminal y criminología ... 24
a. Dogmática jurídico-penal 25
b. Política criminal y pensamiento penal 27
b.1. Política criminal 27
b.2. Pensamiento penal 29
c. Criminología 38

Capítulo II
LA PENA

§5. Teoría de la pena 45
§6. Teorías absolutas de la pena 47
§7. Teorías relativas 54
a. Prevención general 55
a.1. Prevención general negativa 57
a.2. Prevención general positiva 59
b. Prevención especial o individual 61
b.1. Prevención especial positiva o ideológica (Ferri, von Liszt y Ancel) 64
b.2. Prevención especial negativa o neutralizante (Garófalo) ... 65
§8. Teorías mixtas 65
§9. Concepción crítica de la pena 69
§10. La pena en el Código Penal de 1991 71
§11. Medidas de seguridad 75
§12. La reparación como sanción penal 79

Capítulo III
LÍMITES AL PODER PENAL

§13. Función punitiva estatal 87
§14. Límites materiales o garantías penales 89
14.1. Principio de legalidad 89
14.2. Principio de prohibición de la analogía 90
14.3. Principio de irretroactividad 91
14.4. Principio de necesidad o de mínima intervención 91
a. Principio de subsidiaridad 93
b. Principio de fragmentariedad 94
14.5. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos . 94
a. Discusión sobre el concepto de bien jurídico 97
a.1. Concepto jurídico-constitucional del bien jurídico 99
a.2. Concepto sociológico de bien jurídico 101
b. Bien jurídico frente a la lesión al deber 102

14.6. Principio de racionalidad y humanidad de las penas . 107
14.7. Principio de culpabilidad 110
a. Principio de dolo o culpa 111
b. Principio de imputación personal 113
c. Principio de responsabilidad por el hecho 113
14.8. Principio de proporcionalidad 115
14.9. Principio de primado del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y la subordinación de la ley penal sustantiva 118
14.10. Principio de respeto y protección a la diversidad cultural (comunidades campesinas y nativas) 119
14.11. Principio de protección de la víctima 119
14.12. Principio de implementabilidad de la ley penal 120
14.13. Principio de representación popular 121
14.14. Principio de respuesta no contingente 121
14.15. Principios de idoneidad 122
§15. Límites formales o garantías procesales 122
15.1. El debido proceso 122
a. Derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales 124
b. Principio de presunción de inocencia 124
c. Derecho a la defensa y a la asistencia letrada 125
d. Derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación 126
e. Derecho al hábeas corpus 127
15.2. Garantía jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad 128
15.3. Garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena 128

Capítulo IV
FUENTES DEL DERECHO PENAL

§16. Principio de legalidad 133

a. Leyes penales en blanco 136
b. Tipos abiertos 138
§17. Garantías que implica el principio de legalidad 139
a. *Nullum crimen sine lege certa* 140
b. *Nullum crimen sine lege previa* 141
c. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* 142
d. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* 142
§18. La jurisprudencia 145
§19. Principios generales del derecho 147
§20. La costumbre 147
§21. *Excursus*: costumbre, política criminal y legislación penal 148
a. Comunidades y rondas campesinas, comunidades nativas, y pueblos jóvenes 148
b. La responsabilidad penal de personas con pautas culturales diferentes 152
c. El artículo 15 del Código Penal peruano de 1991 153
d. La responsabilidad de las personas que ejercen la jurisdicción especial 154
§22. La doctrina 154
§23. Breve referencia de los códigos y literatura penal peruanos 155
a. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre 155
b. Código Penal de Santa Cruz para la Confederación Peruano-Boliviana 156
c. Código Penal de 1863 156
d. Código Penal de 1924 157
e. Código Penal de 1991 160
f. Anteproyecto de Parte General del Código Penal de 2004 163

Capítulo V
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

§24. Aplicación temporal de la ley penal 167
a. Vigencia y derogación 167

b. Irretroactividad 168
c. Retroactividad de la ley favorable 175
d. Tiempo del hecho delictivo 184
§ 25. Aplicación espacial de la ley penal 186
a. Principio de territorialidad 186
b. Extraterritorialidad de la ley penal 188
b.1. Principio real o de protección de intereses 188
b.2. Principio de personalidad o de nacionalidad 189
b.3. Principio universal (Justicia mundial o justicia universal) .. 191
b.4. Excepciones a los Principios de Defensa y de Personalidad .. 192
c. Lugar de comisión del delito 192
d. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal 195
e. Extradición 197
e.1. Clases de extradición 199
e.2. Fuentes 200
e.3. Requisitos o principios de la extradición 201
e.3.1. En relación al sujeto 202
e.3.2. En razón al delito imputado 204
e.3.3. En función a las penas 207
e.4. Extradición y Derechos Humanos 208
e.5. Aspectos procesales 209
e.5.1. En extradición pasiva 209
e.5.2. En extradición activa 211
f. La entrega 211
g. El asilo 213
g.1. Clases de asilo 214
g.2. Aspectos procesales 214
§26. Ley penal en relación a las personas 215
a. Inviolabilidad 215
b. Inmunidad 216
c. Privilegio procesal del Antejuicio 217
d. Exenciones del Derecho Internacional 218

SEGUNDA PARTE
HECHO PUNIBLE

Capítulo VI
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

§27. Teoría del delito 223
§28. Concepto del delito 226
§29. Niveles de la imputación penal 227
a. Imputación del hecho (lo injusto) 228
a.1. Tipo 228
a.2. Antijuridicidad 228
b. Imputación personal (culpabilidad) 228
§30. Presupuestos que apartan la punibilidad 229
a. Causas personales que excluyen la punibilidad 229
b. Causas personales que cancelan la punibilidad 229
c. Condiciones procesales 230
§31. Infracciones penales (Delito y falta) 230
§32. Evolución de la teoría del delito 231
a. Causalismo naturalista (sistema Liszt-Beling) 234
b. Causalismo valorativo (sistema neo-clásico) 237
c. Sistema finalista 242
d. Sistema funcionalista 248
d.1. Funcionalismo mesurado (sistema postfinalista político-criminal) 249
d.2. Funcionalismo extremo 252
d.3. Escuela de Frankfurt 257

Capítulo VII
LA ACCIÓN

§33. Concepto 261
§34. La acción como límite al poder penal 265
§35. Formas básicas de imputación 266
§36. Capacidad de conducta 267

§37. Problemática de las personas jurídicas 268
§38. Ausencia de acción 272
a. Fuerza física irresistible 273
b. Movimientos reflejos 274
c. Estado de inconsciencia 275
§39. Polémica sobre la acción 277
a. Antecedentes 277
b. Concepto causal de acción 278
c. Concepto final de acción 280
d. Concepto social de acción 284
e. Concepto negativo de acción 286
f. Concepto funcional de la acción 287
g. Concepto personal de acción (manifestación de la personalidad) 288

Capítulo VIII
IMPUTACIÓN OBJETIVA

§40. Teoría del tipo 295
a. Tipo y tipicidad 295
b. Funciones del tipo 297
c. Tipo y antijuridicidad 299
d. Formación del tipo 300
e. Breve evolución del concepto de tipo 300
§41. Imputación objetiva y subjetiva 302
§42. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo ... 304
a. Los sujetos 304
b. La conducta 308
c. Aspectos descriptivos y normativos 314
d. Objeto de la acción 315
§43. Imputación objetiva 317
a. Causalidad 317
a.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones 318
a.2. Antecedentes a la imputación objetiva (teorías individualizadoras) 319

a.2.1. Teoría de la causalidad adecuada 319
a.2.2. Teoría de la relevancia típica 320
b. Imputación objetiva 321
b.1. Imputación objetiva de la conducta 324
b.1.1. Riesgo permitido 324
b.1.2. Disminución del riesgo 326
b.1.3. Riesgo insignificante 326
b.1.4. Principio de confianza 327
b.1.5. Prohibición de regreso 328
b.1.6. Ámbito de responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima) 330
b.2. Imputación objetiva del resultado 330
b.2.1. Relación de riesgo 331
b.2.2. Nexos causales desviados 331
b.2.3. Interrupción del nexo causal 332
b.2.4. Resultados producidos a largo plazo 332
b.2.5.Fin de protección de la norma penal 333
b.2.6. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto 334
b.2.7. Cumplimiento de deberes de función o de profesión . 335
b.2.8. Obrar por disposición de la ley 338
b.2.9. Consentimiento 339
§44. *Excursus*: tipo y adecuación social y tipo conglobante 345
a. Tipo y adecuación social 345
b. Teoría del tipo conglobante 347

Capítulo IX
IMPUTACIÓN SUBJETIVA

§45. Imputación subjetiva 353
§46. El dolo 353
a. Elemento cognitivo (intelectual) 356
a.1. Error de tipo (ausencia de dolo) 361

a.2. Otras modalidades de error 364
b. Elemento volitivo del dolo 368
b.1. Clases de dolo 369
b.1.1. Dolo directo de primer grado (dolo inmediato) 369
b.1.2. Dolo directo de segundo grado (dolo mediato) 369
b.1.3. Dolo eventual 370
c. Elementos subjetivos del tipo (o del injusto) diferentes al dolo 374
c.1. Tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención) 375
c.2. Tipos de tendencia interna intensificada (delitos de tendencia) 376
c.3. Delitos de expresión 376
§47. Atipicidad 376
a. Atipicidad objetiva 377
b. Atipicidad subjetiva 377

Capítulo X
IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

§48. Introducción 381
§49. Técnica legislativa 382
§50. Fundamento de punibilidad 385
§51. Imputación objetiva 386
a. Imputación de la conducta 387
b. Imputación del resultado 397
§52. Imputación subjetiva 402
§53. Ampliación de la imputación 406
a. Tipo imperfectamente realizado 406
b. Autoría y participación 408
§54. Estructuras típicas compuestas 409
a. El llamado delito preterintencional 409
b. Delitos cualificados por el resultado 410

Capítulo XI
AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN: TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

§55. Formas imperfectas de realización del tipo 414
§56. Fases del delito (*iter criminis*) 415
a. Ideación 416
b. Actos preparatorios 417
c. Tentativa 420
d. Consumación 422
e. Delito agotado 423
§57. Tentativa (fundamento de su punición) 423
a. Teoría objetiva 423
b. Teoría subjetiva 424
c. Teoría de la impresión 425
d. Teoría funcionalista 426
§58. Tipo de la tentativa 427
a. Tipo subjetivo 427
b. Comienzo de ejecución (tipo objetivo) 428
b.1. Teoría objetiva 429
b.1.1. Teoría formal-objetiva 429
b.1.2. Teoría material-objetiva 430
b.2. Teoría subjetiva 430
b.3. Teoría objetivo-individual 431
b.4. Posición de Jakobs 434
c. Falta de consumación del tipo 435
§59. Formas de tentativa 435
a. Tentativa inacabada 436
b. Tentativa acabada 436
§60. Desistimiento 437
a. Desistimiento en tentativa inacabada 437
a.1. Fundamento de la impunidad 438
a.2. Naturaleza 439

a.3. Requisitos 439
a.4. Efectos 442
b. Desistimiento en tentativa acabada 443
b.1. Requisitos 443
b.2. Consecuencia penal 445
§61. Desistimiento en caso de varios intervinientes 445
§62. Interrupción externa 447
a. Interrupción externa en tentativa inacabada 447
b. Interrupción externa en tentativa acabada 448
c. Consecuencia penal 449
§63. Tentativa inidónea 449
§64. Delito putativo 452
§65. Tentativa irreal o supersticiosa 453

Capítulo XII
AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN: AUTORÍA Y PARTICIPACION

§66. Introducción 458
§67. Sistemas delimitadores entre autoría y participación 461
a. Sistema unitario 461
b. Sistema diferenciador 463
b.1. Concepto extensivo de autor 463
b.2. Concepto restrictivo de autor 464
b.2.1. Teoría objetivo-formal 465
b.2.2. Teoría objetivo-material 466
b.2.3. Teoría del dominio del hecho 466
§68. Autoría en delitos de dominio 469
a. Características generales 469
b. Características especiales 470
§69. Autoría mediata 470
a. Características de la autoría mediata 472
c. Casos de autoría mediata 473

c.1. Intermediario que actúa sin realizar lo injusto 473
c.1.1. Intermediario que actúa sin realizar el tipo objetivo .. 473
c.1.2. Intermediario que actúa sin realizar el tipo subjetivo ... 474
c.1.3. Intermediario que actúa en cumplimiento del deber ... 475
c.1.4. Intermediario que actúa justificado 476
c.2. Intermediario que actúa sin posibilidad de imputación personal 476
c.2.1. Intermediario menor de edad o inimputable 477
c.2.2. Intermediario en error de prohibición 477
c.2.3. Intermediario inexigible 477
c.3. Intermediario que actúa dentro de un aparato de poder 478
§70. Coautoría 481
a. Requisitos 482
a.1. Decisión común 483
a.2. Realización común (aporte objetivo del hecho) 485
b. Elementos especiales 487
c. Coautoría sucesiva 488
d. Coautoría alternativa 488
e. Coautoría aditiva 489
f. Tentativa 489
§71. Autoría accesoria 490
§72. Autoría en los delitos de infracción de deber 490
§73. Participación 492
a. Fundamento de la punición de la participación 494
a.1. Teoría de la participación en la culpabilidad (H. Mayer, Trechsel) 494
a.2. Teoría pura de la causación (Lüdersen, Schmidhäuser) 495
a.3. Teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito (promoción o causación) 496
a.4. Teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico tutelado 497
b. Principios elementales 497
b.1. Principio de convergencia 497
b.2. Principio de accesoriedad 498

b.3. Principio de exterioridad 500
b.4. Principio de comunicabilidad 501
c. Imputación objetiva en la participación 509
§74. Instigación 511
§75. Complicidad 520

Capítulo XIII
ANTIJURIDICIDAD

§76. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico 528
§77. Causas de justificación 530
§78. Legítima defensa 534
a. Agresión ilegítima 537
a.1. Agresión es conducta humana 537
a.2. Actualidad de la agresión 539
a.3. La ilegitimidad de la agresión 540
a.4. Realidad de la agresión 541
b. Necesidad de la defensa 541
c. Falta de provocación suficiente 545
d. Elemento subjetivo de la legítima defensa 546
e. Legítima defensa incompleta (artículo 21, Código penal) y legítima defensa putativa 546
f. Defensa con medios mecánicos u otros 547
g. Legítima defensa de terceros 548
h. Legítima defensa presunta 548
§79. Estado de necesidad agresivo 549
a. La situación de peligro 552
b. Acción necesaria 553
c. Elemento subjetivo 554
d. Estado de necesidad incompleto y putativo 554
§80. Ejercicio legítimo de un derecho 555
§81. Justificación en los delitos imprudentes 557
a. Legítima defensa 558
b. Estado de necesidad agresivo 559
§82. Justificación en los delitos omisivos 559

Capítulo XIV
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL

§83. Concepto de culpabilidad 563
§84. Evolución histórica del concepto de culpabilidad 566
a. Concepción psicológica de la culpabilidad 566
b. La explicación en el positivismo italiano 570
c. Evolución de la concepción normativa de la culpabilidad 573
d. La concepción funcionalista de culpabilidad 579
d.1. La «responsabilidad» en Roxin 579
d.2. El concepto funcional de la culpabilidad de Jakobs 583
e. Culpabilidad en la teoría penal latinoamericana 586
e.1. Culpabilidad por la vulnerabilidad 586
e.2. Culpabilidad como teoría del sujeto responsable 589

Capítulo XV
IMPUTABILIDAD

§85. Concepto 594
§ 86. Minoría de edad 596
§87. Causas de inimputabilidad 598
a. Anomalía psíquica 599
b. Grave alteración de la conciencia y *actio libera in causa* 603
c. Grave alteración de la percepción 606
§88. La imputabilidad disminuida 606

Capítulo XVI
PROBABLE CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

§89. Concepto 613

§90. Evolución de la conciencia de la antijuridicidad 615
§91. Error de prohibición 616
§92. Error de comprensión culturalmente condicionado 622
a. Vencibilidad 625
b. Crítica a la solución del error 627
c. Soluciones de la inimputabilidad y de las causales de justificación 629
d. La solución de la inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante 631
e. Nuestra opinión 631
f. Condicionamiento cultural que origina error de tipo y justificación putativa 632
§93. Conciencia disidente 633

Capítulo XVII
EXIGIBILIDAD

§94. Concepto 638
§95. Estado de necesidad exculpante 639
a. Requisitos 640
§96. Miedo insuperable 641
§97. Obediencia jerárquica 644
a. Relación de subordinación 645
b. Competencia del superior jerárquico 645
c. Obrar por obediencia 646
d. La orden debe estar revestida de formalidades legales 646
e. La orden debe ser antijurídica 646
§98. Inexigibilidad por condicionamiento cultural y costumbres que no provienen de error 647
§99. Inexigibilidad por carencias sociales 647

Capítulo XVIII
IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS

§100. Concepto 651
§101. Omisión propia y omisión impropia 653
a. Delito de omisión propia 653
b. Delito de omisión impropia 653
§102. Imputación de la omisión propia 656
a. Imputación objetiva 656
a.1. Situación Típica 656
a.2. No realización de la conducta ordenada 657
a.3. Capacidad para realizar la acción ordenada 657
b. Imputación subjetiva 658
b.1. Error de tipo 659
§103. Imputación del delito de omisión impropia 660
a. Imputación objetiva 660
a.1. Posición de garante 661
a.1.1. Injerencia (hecho precedente) 663
a.1.2. Deberes de aseguramiento 666
a.1.3. Deberes de salvación o auxilio 667
a.1.4. Aceptación voluntaria de protección 667
a.1.5. Relaciones familiares 669
a.1.6. Especial confianza 670
a.1.7. Deberes estatales 671
a.2. Equivalencia jurídica 671
b. Imputación subjetiva 674
§104. Ampliación de la imputación 674
a. Tentativa 674
b. Autoría y participación 675
§105. Imputación de la omisión imprudente 676

Capítulo XIX
CONCURSO DE DELITOS

§106. Introducción 680
§107. Unidad de acciones 681
§108. Supuestos de unidad de acción 683
§109. Delito continuado 685
a. Requisitos objetivos 690
a.1. Pluralidad de acciones u omisiones 690
a.2. Igual norma violada 691
a.3. Unidad del sujeto activo 691
a.4. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo 692
a.5. Conexión temporal y espacial 692
b. Requisitos subjetivos 693
c. Delito masa 695
d. Consecuencia penal 695
§110. Concurso ideal 696
a. Requisitos 698
a.1. Unidad de acción 698
a.2. Se requiere una doble o múltiple desvaloración de la ley penal 698
a.3. Identidad del sujeto activo 699
a.4. Unidad y pluralidad de sujetos pasivos 699
b. Concurso ideal por enganche 700
c. Consecuencia penal 701
§111. Concurso real 702
a. Requisitos 703
a.1. La existencia de una pluralidad de acciones 703
a.2. La existencia de una pluralidad de lesiones de la ley penal 704
a.3. La existencia de una unidad de sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto pasivo 704

a.4. Que sea juzgado en un mismo proceso penal 705
b. Concurso medial 706
c. Consecuencia penal 707
d. Concurso real retrospectivo 708
§112. Unidad de ley (concurso aparente de leyes) 711
a. Principios 712
a.1. Principio de especialidad (Lex specialia derogat lex generalis) 712
a.2. Principio de subsidiariedad (Lex primaria derogat legi subsidiariae) 713
a.3. Principio de consunción (Lex consumens derogat legi consumptae) 714
a.4. La problemática de la alternatividad 715

Indice de Jurisprudencia 717
Indice de Materias 725
Bibliografía 749

Primera parte
INTRODUCCIÓN

Capítulo I
PODER PENAL Y DERECHO PENAL

Sumario: §1. Derecho Penal. **§2.** Poder Penal: Criminalización primaria y secundaria. **§3.** Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. **§4.** Dogmática jurídico-penal, Política Criminal y Criminología.

Bibliografía

Peter-Alexis Albrecht: *El derecho penal en la intervención de la política populista,* **en** La insostenible situación del derecho penal, dirigido por Carlos Romeo Casabona, Comares, Granada 2000. / Lola Aniyar De Castro: *Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso,* **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 14, Edersa, Madrid 1981; Idem, *Criminología de la reacción social,* Maracaibo 1977. / Gustavo A. Arocena: *El derecho penal y el problema de la inseguridad ciudadana,* **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / Alessandro Baratta: *Criminología crítica y crítica del derecho penal,* Siglo XXI Editores, México 1986; Idem, *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal,* **en** Política Criminal y Reforma del Derecho penal, Temis, Bogota 1982. / Marino Barbero Santos: *Marginación social y derecho represivo,* Bosch, Barcelona 1980. / Roberto Bergalli (coordinador): *Introducción: Control social y sistema penal,* J. M. Bosch, Barcelona 1996; Idem, *El control penal en el marco de la sociología jurídica,* **en** Doctrina Penal, Año 11, Buenos Aires 1988; Idem, *La instancia judicial,* **en** El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá 1983; Idem, *Crítica a la criminología (Hacia una criminología de la liberación para América Latina. La cuestión criminal en América Latina),* Temis, Bogotá 1982. / Alberto M. Binder - Jorge Obando: *De las "Repúblicas aéreas" al Estado de derecho,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004. / Juan Bustos Ramírez: *Obras completas. Control social y otros estudios,* T. II, Ara, Lima 2004; Idem, *Sentido y fin del sistema de derecho penal,* **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, Lima 2004; Idem, *La criminología,* **en** El Pensamiento Criminológico, T. I, Temis, Bogotá 1983; Idem, *Los medios de comunicación de masas,* **en** El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá 1983; Idem, *Estado y control: La ideología del control y el control de la ideología,* **en** El Pensamiento Criminológico, T. I, Temis, Bogotá 1983; Idem, *La instancia policial,* **en** El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá 1983. / Milton Cairoli Martínez: *Algunas reflexiones acerca del necesa-*

rio estudio del control social como introducción a la consideración de la parte general del derecho penal, en Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, Año VI, Nº 8, Montevideo 1987. / JUAN CARLOS CARBONELL MATEU: *Reflexiones sobre el concepto de derecho penal*, en Estudios jurídicos en Memoria al profesor doctor don José Ramón Casabó Ruiz, Primer Volumen, Universitat de Valencia, Valencia 1997. / DINO CARLOS CARO CORIA: *Principio de lesividad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / ELÍAS CARRANZA (coordinador): *Delito y seguridad de los habitantes*, ILANUD/Comisión Europea, Siglo Veintiuno Editores, San José 1997. / EDUARDO CASTILLO C.: *¿Hacia dónde va la policía en el Perú? Análisis de la Ley Orgánica de la Policía Nacional*, en Debate Defensorial, Revista Nº 2, publicación de la Defensoría del Pueblo, 1999-2000. / CIJA: Boletín del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, Nº 25-26 (número especial), abril-octubre 1990. / JUÁREZ CIRINO DOS SANTOS: *A criminología da repassáo*, Forense, Río de Janeiro 1979; IDEM, *A criminología radical*, Forense, Río de Janeiro 1981. / TERESA CIUDAD - ALONSO ZARZAR: *El juez peruano en el banquillo*, en La Administración de Justicia en América Latina, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima 1984. / COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Seguridad ciudadana. Cambios necesarios*, Lima 1999; IDEM, *Formación de magistrados y derechos humanos*, Lima 1999; IDEM, *Los sistemas de defensa en Perú, Bolivia y Colombia. Un análisis comparado*, Lima 1998. / CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO: *Medidas de seguridad. Legalidad y ejecución: Funciones de la jurisdicción de vigilancia*, en Ministerio Fiscal y Sistemas Penitenciarios 9, Centro de Estudios Judiciales 1992. / JAIME CURBET: *La policía y la prevención de la criminalidad*, en JOSÉ M. RICO (Recopilador), Policía y Sociedad Democrática, Editorial Alianza Universidad, Madrid 1983. / DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Derechos humanos y sistema penitenciario. Supervisión de derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-2000*, Serie Informes Defensoriales, Nº 29, Lima 2000; IDEM, *Transparencia, responsabilidad y buen gobierno*, Segundo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1998-1999, Lima. / MIREILLE DELMAS-MARTY: *Modelos actuales de política criminal*, trad. bajo la dirección de Marino Barbero Santos. Colección Temas Penales Serie A, Nº 4, Centro de Publicaciones. Secretaria General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid 1986. / ROSA DEL OLMO: *América Latina y su criminología*, Siglo XXI Editores, México 1981; IDEM, *Ruptura criminológica*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas 1979. / ÁNGEL DE SOLA DUEÑAS: *Política social y política criminal*, en El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá 1983. / JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS: *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nº 103, México 2002. / ANDRÉS DOMÍNGUEZ VIAL: *Policía y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santiago 1996. / CARLOS ALBERTO ELBERT (coordinador): *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999; IDEM, *Criminología latinoamericana*, Parte Primera, Editorial Universidad, Buenos Aires 1996. / JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: *Conceptos y límites del derecho penal*, 2ª ed., Temis, Bogotá 1994. / LUIGI FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995. / LUIS GERARDO GABALDÓN: *El control social y las tendencias criminológicas actuales. Perspectivas del abandono del enfoque etimológico de la delincuencia*, en Derecho Penal y Criminología, Nº 34, Bogotá 1988. / LUIS GERARDO GABALDÓN – BIRKBECK - BETTIOL: *La policía en el vecindario*, Mérida 1990. / EMILIO GARCÍA MÉNDEZ: *Autoritarismo y control social*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987; IDEM, *La dimensión política del abolicionismo*, en Nuevo Foro Penal, Nº 32, Bogotá 1986. / ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 1994. / LUIS GRACIA MARTÍN: *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, núm. 07-02, http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf. / WINFRIED HASSEMER: *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"*, en Persona,

mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en un derecho penal, Temis, Bogotá 1999; IDEM, *Persona, mundo y responsabilidad*, en ibidem; IDEM, *La policía en el estado de derecho*, en ibidem. / WINFRIED HASSEMER - FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia 1989. / MYRIAM HERRERA MORENO: *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la postmodernidad penal*, Grijley, Lima 2002. / ROLAND HEFENDEHL: *¿La criminalizada organizada como fundamento de un derecho penal del enemigo o de autor?*, en Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Volumen XXV Nº 75, enero-junio 2004. / FÉLIX HERZOG: *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (Perspectivas más allá del derecho penal)*, en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003. / LOUK HULSMAN - JACQUELINE BERNAT DE CELIS: *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, trad. de la ed. francesa (1982) por Sergio Politof, Ariel, Barcelona 1984. / MANUEL JAÉN VALLEJO: *La legitimación del derecho penal y su función social*, en Estudios jurídicos en Memoria al profesor doctor don José Ramón Casabó Ruiz, Primer Volumen, Universitat de Valencia, Valencia 1997. / GÜNTHER JAKOBS/MANUEL CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid 2003. / GÜNTHER KAISER: *Criminología*, trad. de la 2ª ed. alemana por José Belloch Zimmermann, Espasa-Calpe 1983. / HILDE KAUFMANN: *Ejecución penal y terapia social*, Depalma, Buenos Aires 1979. / MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ: *Jueces y reforma judicial*, Gaceta Jurídica, Lima 1999. / JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *El papel del derecho penal en la segunda modernidad*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / NORBERT LÖSING: *Realidad y perspectiva de la policía en América Latina. Resumen y reflexión*, en Justicia en la Calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín 1996. / MAURICIO MARTÍNEZ: *El estado actual de la criminología y de la política criminal*, en La Criminología del Siglo XXI en América Latina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999. / GIORGIO MARINUCCI - EMILIO DOLCINI: *Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2001. / JULIO MAZUELOS COELLO: *Política criminal y derecho penal funcional desde una perspectiva sistémica*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2004; *Control social y dogmática penal: Sociedad y delito*, Editorial San Marcos, Lima 1995. / SERGIO MOCCIA: *Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, José María Bosch, Barcelona 1995. / MANUEL MOREIRA: *Antropología del control social*, Editorial Antropofagia, Buenos Aires 2001. / TERESA MIRALLES: *El Estado y el individuo. La disciplina social*, en El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá 1983; IDEM, *Métodos y técnicas de la criminología*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1982. / LORENZO MORILLAS CUEVA: *Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro*, en Normas Legales, Nº 333, febrero, Trujillo, 2004. / IGNACIO MUÑAGORRI: *Sanción penal y política criminal*, Reus, Madrid 1977. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, Reimpresión, Temis, Bogotá 2004; IDEM, *Derecho penal y control social*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 21, Madrid 1983; IDEM, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en Política criminal y reforma del derecho penal, Temis, Bogotá 1982. / NACIONES UNIDAS: *Comisión de derechos humanos. La posible utilidad, el alcance y la estructura de un estudio especial sobre el tema de la privatización de las cárceles*, Reseña preparada por Claire Palley, Doc. E/CN.4/Sub.2/1883/25 de junio de 1993; IDEM, *Las Naciones Unidas y la prevención del delito*, Nueva York 1991. / CORNELIUS NESTLER: *El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad*

de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes, en La insostenible situación del derecho penal, dirigido por Carlos ROMEO CASABONA, Comares, Granada 2000. / LUIS FERNANDO NINO: *Sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 55, Madrid 1995. / PIETRO NUVOLONE: *O sistema do direito penal*, Volumen 1, trad. de Ada Pellegrini G., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1981. / LUIS PÁSARA: *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, compilador, Consorcio Justicia Viva, Lima, 2004; IDEM, *Idoneidad en los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, en Justicia Viva, Lima 2003; IDEM, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, CEDYS, Lima 1982. / DANIEL R. PASTOR: *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / MASSIMO PAVARINI: *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México 1983. / ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: *Curso de Criminología*, 5ª ed., Forum Pacis, Ibagué 1997; IDEM, *Curso de Criminología*, 3ª ed., Temis, Bogotá 1991; IDEM, *La perspectiva abolicionista*, Monografías Jurídicas Nº 65, Temis Bogotá. / CORNELIUS PRITTWITZ: *Sociedad del riesgo y derecho penal*, en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003. / CARLOS RIVERA PAZ: *Las atribuciones policiales en el nuevo Código Procesal penal*, en Justicia Viva, Informativo Nº 16 Lima 2004. / CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA: *La vinculación entre dogmática penal y política criminal: De la realidad presente a las necesidades del futuro*, en Las transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio, Volumen I, Serie Concepciones contemporáneas del derecho penal y de la criminología, Adrus, Arequipa 2004. / CLAUS ROXIN: *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / LUIS E. ROY FREYRE: *Derecho penal peruano. Parte especial*, T. I, Editoriales Unidas, Lima 1974. / NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS: *Escuelas judiciales*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1998. / ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: *La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea*, en El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra 2001. / EMILIO SANDOVAL HUERTA: *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá 1985. / ALFONSO SERRANO MAILLO: *Introducción a la criminología*, 2ª ed., Dykinson, Madrid 2004; IDEM, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia: acerca de su construcción*, Dykinson, Madrid 1999. / JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ: *Conocimiento científico y fundamento del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima 1999. / GABRIELA M. SIERCK: *Kriminalität und Soziale kontrolle in Perú*, Lit. Verlag, Münster 1997. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2001; IDEM, *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*, en Estudios de derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley Lima 2000; IDEM, *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, en Estudios de derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley Lima 2000; IDEM, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona 1992. / SANTOS ALFONSO SILVA SERNAQUÉ: *Control social, neoliberalismo y derecho penal*, UNMSM, Lima 2002. / ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: *Ciencia penitenciaria*, Lima 1986; IDEM, *Anotaciones criminológicas al proyecto de código penal peruano de 1986*, en Debate Penal, Nº 2, Lima 1986. / CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ: *Derecho penal y riesgos tecnológicos*, en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003. / GRESHAM M. SYKES: *El crimen y la sociedad*, versión castellana de Elizabeth Gelin, Paidós, Buenos Aires 1961. / CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Huma-*

nos, Trotta, Madrid 2002. / FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Introducción a la criminología*, primera reimpresión, Lima 2000. / EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: *En busca de las penas perdidas*, Afa, Lima 1989; IDEM, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Depalma, Buenos Aires 1984; IDEM, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá 1988. / HEINZ ZIPF: *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Izquierdo Masías Picabea, Edersa, Madrid 1979. / LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Política criminal*, Colex, Madrid 2001.

§1. Derecho Penal

El **control social** comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen [1], a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia. Así, el control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización [2]. En nuestra sociedad se pueden diferenciar formas de control social formal [3] e informal [4].

1. Control social

---

[1] WOLFF **en** KAISER, 1983, p. 83. El control social es una condición básica de la vida social, pues, con él se aseguran las expectativas de conducta y las normas que rigen la convivencia. El control social precisa los límites de la libertad humana en la sociedad, y es también un instrumento de enculturación y socialización de sus miembros. Debe agregarse que la *violencia* es una característica de todos esos mecanismos creados para la defensa o protección de determinados intereses de la sociedad. "La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social" (MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, 2002, p. 30). El *objeto* de estudio del control social es doble: la conducta, que es valorada negativamente dentro de un orden social determinado (comportamiento desvalorado); y la respuesta social, de la sociedad frente a la conducta cometida (BUSTOS, 2004, I, p. 489).

[2] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 2.

[3] El *control social informal* (control social secundario) comprende la disciplina social, la familia, educación, las normas sociales, religión, medios masivos de comunicación, la actividad política, la actividad artística, investigación, etc. En esta forma de control social, el sistema normativo está conformado por los usos, costumbres, tradiciones y, con frecuencia, apelaciones a un código moral no escrito, y también a la reciprocidad (BUSTOS, 2004, I, pp. 492-493). Las sanciones o castigos son impuestas por las personas significativas dentro del ambiente social inmediato del individuo, es decir, compañeros de trabajo, familiares, vecinos, etc. En realidad, todos estos medios de control social informal no son más que "mecanismos naturales de regulación social" (HULSMAN/BERNAT DE CELIS, 1984, p. 119), pero cuando estos medios o modos naturales fallan, los interesados se ven obligados a recurrir a mecanismos artificiales como el llamado sistema penal. Por esta razón se afirma que las sanciones penales son sólo un medio de control social y probablemente ni siquiera el más importante (STRATENWERTH, 1982, p. 9. *Vid.* IDEM, 2005, p. 28, num. 1-2).

[4] El *control social formal* es el sistema penal. "Las sanciones del control social formal, a diferencia de las que imponen las agencias informales, nunca son neutras, sino

2. Derecho penal y control social

En el orden social, el **Derecho Penal** es un instrumento de control social, para ser usado en todo *proceso de criminalización.* Es pues "una forma de control social lo suficientemente importante como, para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal" [5].

3. Concepto jurídico de Derecho Penal

Desde el *ángulo jurídico,* Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores.

4. Derecho Penal: Finalidades

El Derecho Penal, y los otros mecanismos de control social, tienen las *mismas finalidades*: buscan evitar aquellas conductas que la sociedad considera indeseables y, en contrapartida, estimular otras conductas que se ajustan a las normas de convivencia social. También responden siempre a un sistema de valores que están en concordancia con el ordenamiento constitucional [6]. Pero la *diferencia* entre estos mecanismos del control social, se deriva por "la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma" [7].

5. *Ultima ratio legis*

El Derecho Penal, como instrumento de control social, tiene una naturaleza secundaria, es decir, es la "***ultima ratio legis***". En otras palabras, el Derecho Penal sólo actuará cuando los otros medios del control social resulten insuficientes [8]. Pero esto no afecta su independencia en cuanto a su contenido. "La razón por la que se estima que sólo se debe recurrir al Derecho Penal cuando, frente a la conducta dañosa de que se trate, ha fracasado el empleo de otros instrumentos sociopolíticos, radica en que

---

negativas, estigmatizante" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 4), pues atribuyen al individuo un singular *status*, ya sea de desviado, de peligroso, de delincuente, etc. El *modus operandi* y las sanciones, en ambas formas de control social, difieren sensiblemente. Por ello, las agencias de control social formal no pueden actuar con la flexibilidad que asisten a los mecanismos de control social informal (*ibidem*). La diferenciación entre ambas formas de control social no hay que buscarla en los niveles de formalización e institucionalización de los mecanismos de control, sino en la naturaleza del órgano que ejerce el control (BUSTOS, 2004, I, p. 492).

[5] MIR PUIG, 2004, p. 50, num. 1.

[6] Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 2.

[7] BACIGALUPO, 1990, p. 9. En sentido diferente: VILLA STEIN, quien considera que otros instrumentos de control social pueden también apelar al castigo y fundamentarlo con igual o más racionalidad. Este autor expresa que lo verdaderamente diferenciador del Derecho Penal con otros recursos del control social es: la predeterminación de su intervención; las garantías que se otorgan al infractor; y la magnitud, naturaleza y legitimidad de las penas y medidas de seguridad (1998, p. 91).

[8] MIR PUIG, 2004, pp. 49-50, num. 1.

el castigo penal pone en peligro la existencia social del afectado, se le sitúa al margen de la sociedad y, con ello, se produce también un daño social. (...) Esta idea suele expresarse con la fórmula que el Derecho Penal ha de ser la última ratio de la política social"[9] [10].

6. Función del Derecho Penal

Es fundamental considerar que la **función del Derecho Penal** es la protección de los *bienes jurídicos* [11]. Para ello, el Derecho Penal previamente crea principios y reglas según las cuales se ha de tratar el delito, describe las conductas prohibidas, prevé las penas y medidas de seguridad, la manera cómo se ejecutarán, las garantías que tendrá el sujeto durante el proceso, etc.[12].

7. Denominación del Derecho Penal

En cuanto a la **denominación**, la más usual en la literatura peruana es, precisamente, Derecho Penal [13], y es también ésta la que predomina en la literatura comparada de habla hispana [14]. En España hasta principios del siglo XIX predominaba el término *Derecho Criminal*, sin embargo en la actualidad se ha impuesto el término *Derecho Penal*. En Italia, los positivistas optaron por denominarle *Diritto Criminale* aun-

---

[9] ROXIN *et al.*, 1989, p. 23.

[10] "Desde el punto de vista de la política jurídica el derecho penal debería de ser una verdadera *ultima ratio*, encontrándose en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuese indispensable para la conservación de la paz social. De ellos se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia política-jurídica dirigida al legislador" (MAURACH/ZIPF, 1994, p. 34).

[11] *Infra*, núm. marg. 200.

[12] "De un lado, el Derecho penal realiza su tarea de defensa de la Sociedad castigando las infracciones jurídicas ya cometidas: en este sentido es de naturaleza represiva. De otro, cumple dicha misión previniendo infracciones jurídicas de comisión futura: en este aspecto tiene la naturaleza preventiva. Sin embargo, las funciones represivas y preventivas del Derecho penal no son contradictorias, sino que deben entenderse como una unidad: mediante la conminación, la imposición y la ejecución de la pena justa" (JESCHECK, 1993, p. 3).

[13] CORNEJO (1936), BRAMONT ARIAS (1950, 1978), BENÍTEZ (1958), PEÑA CABRERA (1964, 1997), ROY FREYRE (1974), HURTADO POZO (1978, 1987, 2005), VILLA STEIN (1998).

[14] "El cambio terminológico producido a comienzos del siglo XIX, del Derecho Criminal al Derecho Penal, no fue una mera casualidad, desde el punto de vista histórico-jurídico. La palabra Derecho penal atañe a la ley, por medio de su solo mandato una conducta desvalorativa es sometida al poder estatal, penalizada, edificada como delito, por sobre el derecho consuetudinario, el poder limitado del juez y la arbitrariedad de un gabinete. En este cambio lingüístico del derecho criminal al derecho penal subyace el principio que dominó todo el derecho penal del siglo XIX: el principio '*nulla poena sine lege*'" (MAURACH/ZIPF, 1994, p. 5). ROXIN, basándose en las consecuencias jurídicas, considera mejor hablar de "Derecho penal y medidas" que de "Derecho penal" (1999, p. 42, num. 4).

que ahora se usa la expresión *Diritto Penale* [15]. En Alemania se ha abandonado prácticamente la denominación "*Kriminalrecht*" optándose por la de "*Strafrecht*". En Francia se utiliza "*Droit penal*" o "*Droit Criminal*". En Inglaterra se utiliza el término "*Criminal Law*".

8. Derecho penal de hecho y de autor

Existe diferencia entre el **Derecho Penal de hecho** (de acto), que entiende que lo principal es la lesión al orden jurídico o al orden social y otorga menor importancia a las características personales del autor, las mismas que son consideradas por sí solas insuficientes para aplicar una pena; y el **Derecho Penal de autor**, que le da mayor importancia a las características personales del autor. Nuestro derecho vigente es decididamente un Derecho Penal de hecho, a partir que nuestra Constitución sólo ordena sanción por actos u omisiones (artículo 2º, numeral 24, inciso d) por ende, el Derecho Penal de autor resulta inconstitucional.

§2. Poder penal: criminalización primaria y secundaria

9. Sistema Penal

El **Sistema Penal** es el conjunto de agencias y sus actividades –tanto internas como externas– que intervienen en la creación (*criminalización primaria*) y aplicación (*criminalización secundaria*) de norma penales, concebidas éstas en su sentido más extenso dentro de la criminalización [16].

10. Medio de socialización sustitutivo

El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado o formalizado [17]. Este sistema emerge como **medio de socialización sustitutivo** cuando los controles informales fracasan [18]. Gráficamente, se podría decir que "la maquinaria pesada del Estado debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Los conflictos de menor entidad pueden ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos" [19].

11. Control social duro

Se caracteriza porque el Estado ha legalizado o institucionalizado la violencia que, en este caso, se manifiesta a través de la sanción o pena [20]. Este es, pues, el *control social duro*.

---

[15] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1994, pp. 6-7.

[16] PÉREZ PINZÓN, 1991, p. 226; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 6. Cfr. IDEM, 2005, pp. 11-12, nums. 6-7.

[17] ZAFFARONI, 1984, p. 7; HASSEMER, 1984, p. 391.

[18] ANIYAR DE CASTRO, 1981, p. 345. *Vid.* STRATENWERTH, 2005, p. 28, num. 1.

[19] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 5.

[20] Es por ello que se ha ampliado el concepto de violencia física o interindividual (ejercida por una persona o por un grupo de ellas sobre un determinado sujeto) a

Para el funcionamiento de este sistema, el Estado organiza **agencias** de control penal, v. gr. policía, jueces, fiscales, procuradores, sistemas penitenciarios; y las delimita con **medios normativos** (códigos penal, procesal penal, de ejecución penal; leyes orgánicas de las respectivas instituciones, etc.), económicos, administrativos, etc.

12. Estructura del sistema penal

Su función es atribuir a cada individuo los prototipos de comportamiento y las informaciones correspondientes a los diversos *status* sociales y, con ello, distribuir los *status* mismos [21].

13. Función de atribución

Es necesario estudiar a los grupos humanos, ideologías, métodos, etc., propios de las diferentes agencias de control penal que integran el sistema penal en un país subdesarrollado, a fin de conocer su intervención en el **proceso de criminalización**. Dadas las características del trabajo, sólo haremos breves referencias a los sectores que integran el sistema en el entendido que éste no sólo es un conjunto estático de normas penales sino un complejo dinámico de funciones (proceso de criminalización) al cual concurre la actividad de las diversas instancias oficiales, desde la del legislador hasta la de los órganos de ejecución penal y de los mecanismos informales de la reacción social [22].

14. Proceso de criminalización

a. Criminalización primaria

La **criminalización primaria** viene a ser el poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas [23]. "Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción *debe ser penada*, se enuncia un *programa*, que *debe ser* cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan" [24]. Aquí intervienen las agencias políticas, en especial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

15. Criminalización primaria

b. Criminalización secundaria

La **criminalización secundaria** es el poder de asignación en el que la calidad de delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley (policías, fiscales, jueces, etc.) [25]. Estas instituciones buscan cumplir

16. Criminalización secundaria

---

una violencia estructural o institucional (ejercida a través de la intervención punitiva del Estado) (Bergalli, 1996, pp. 15 y ss.).

[21] Baratta, 1982, pp. 177-178.

[22] *Ibidem*, p. 41.

[23] Villavicencio Terreros, 2000, pp. 165 y ss.

[24] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 6.

[25] Villavicencio Terreros, 2000, pp. 187 y ss.

el programa que enuncia la criminalización primaria, pero éste suele ser irrealizable [26].

b.1. La policía

Es uno de los organismos institucionalizados del control penal, está encargada de garantizar, mantener y restablecer el orden interno (salvo en los *estados de emergencia* –artículo 137, numeral 1, Constitución política–, durante los cuales el control interno lo asume las fuerzas armadas); presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado; previene, investiga y combate la delincuencia; vigila y controla las fronteras (artículo 166, Constitución política); entre otras tareas. En el Perú, la policía fue creada el 31 de diciembre de 1873, por el Presidente Manuel Pardo, y se denominaba en sus inicios Guardia Civil. Actualmente, existe la Policía Nacional (Ley 24949 del 25 de noviembre de 1988).

17. Concepto y función de la Policía

18. Concentración del Poder Penal

La policía constituye el órgano inmediato de aplicación del control penal y uno de los más importantes del control en general [27]. Es el organismo que concentra y ejerce el mayor espacio del poder del control penal.

19. Instrumento del Poder Ejecutivo

Pero también hay que señalar que la policía es un *instrumento del Poder Ejecutivo* y por lo tanto, no dispone de ninguna autonomía de funcionamiento [28]. Esta posibilidad de influencia depende del desarrollo en que se encuentre su marco legal y su sistema de controles interno y externo policiales, es decir, cuanto más estén desarrollados su normatividad y control, mayor será la influencia del Poder Ejecutivo [29].

20. Policía y libertades fundamentales

"La policía es, en efecto, una actividad administrativa formalmente organizada como dependiente del poder ejecutivo. Pero, al contrario que otras ramas de la administración pública, actúa en contacto directo con las libertades fundamentales; y de ahí tiene que actuar no sólo como función auxiliar de la jurisdicción, sino también en ejercicio de competencias propias y autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos. Por ello, su 'fuerza' se manifiesta como 'violencia' y de ahí proviene su latente ilegitimidad con respecto al paradigma del Estado de derecho" [30].

---

[26] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 6-7.

[27] BUSTOS, 2004, II, p. 463.

[28] LOSING, 1996, p. 398; DOMÍNGUEZ VIAL, 1996, p. 98.

[29] LOSING, 1996, p. 398.

[30] FERRAJOLI, 1995, p. 766.

En América Latina, la ideología policial se ha visto fuertemente influenciada por la llamada teoría de la **"seguridad nacional"** [31]. Por ello, la indagación sobre la función policial no puede ser neutral o puramente técnica que no la ponga en conexión con todo el sistema político [32]. Así, la ideología policial debe limitarse en el sentido de protección de los derechos humanos y de los principios constitucionales.

21. Seguridad nacional

En el campo de la *criminalización secundaria*, la policía realiza una actividad selectiva, relacionada en cierta medida con algunas variables sociales (por ejemplo, criterios para detectar sospechosos); la policía tiene la decisión de determinar "quiénes serán las personas que criminalice y, al mismo tiempo, quiénes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe" [33] [34]. Además, la policía cuenta con mecanismos autónomos de solución e incluso sanción de infracciones, que no están suficientemente estudiados [35].

22. Función selectiva

Por otro lado, no existe una completa interrelación entre el subsistema policial y el judicial a los fines del control, particularmente represivo de infracciones penales [36]. Se requiere pues, un marco teórico para enten-

23. Relación policía y jueces

---

[31] ZAFFARONI, 1984, p. 55.

[32] BUSTOS, 1986, p. 165. Este autor considera que, para poder precisar las "relaciones entre la función policial y el sistema constitucional, habría que distinguir los siguientes aspectos: 1) papel de la policía dentro de la intervención penal del Estado; 2) papel de la policía dentro de la intervención general sancionatoria del Estado, y 3) las relaciones entre estos cometidos y la libertad y seguridad de los ciudadanos" (BUSTOS, 2004, II, pp. 463-464).

[33] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 7. BUSTOS considera que la policía debe incorporarse a la vida colectiva en forma activa, transformando sus órganos y funciones, con el objeto de eliminar en lo posible los procesos de criminalización (los policías señalan quien es un criminal) que atentan contra el principio de igualdad (1983, II, p. 65).

[34] En el Código Procesal Penal del 2004, se ha adelantado la vigencia de las reglas del *control de identidad policial* (artículo 205), que establece que sin necesidad de orden del fiscal o del juez se podrá requerir la identificación de la persona. Además el artículo 209 regula una nueva institución denominada "*retención*" que podrá ser ejercida por la policía dando cuenta al fiscal para retener a una persona durante cuatro horas. Se trata de ampliaciones de las atribuciones policiales que sin embargo están sujetas a ciertas dudas de su constitucionalidad (*Vid.* RIVERA PAZ, 2004, p. 2).

[35] Formalmente cuenta con un Código Administrativo de Contravenciones de Policía (D. S. Nº 005-2000-IN) que en la actualidad no se aplica y se encuentra en proceso de reforma. En este dispositivo legal se señalan las conductas que son consideradas contravenciones (artículo 26), y las atribuciones para que los efectivos policiales puedan investigar y sancionar (artículos 27 al 32) con las medidas correctivas que dicho dispositivo normativo les confiere (artículos 7 al 13).

[36] Los censos sobre la criminalidad y el sistema de justicia penal preparados por las Naciones Unidas (1985) indican que mientras los países desarrollados destinan

der estos procesos de "captación y selección" policiales frente a los casos que se presenten, así como comprender sus propios mecanismos de sanción [37]. Estos ángulos del control social requieren un estudio especial.

24. Funciones de la Policía

En resumen, las **funciones de la policía** suponen "prevenir peligros para el orden y la seguridad pública e investigar y perseguir delitos y faltas" [38]. Debemos considerar también que tales funciones de la policía constituyen un servicio público a la comunidad con la finalidad de garantizar a toda la población del libre ejercicio de los derechos y libertades en que se funda.

25. Modernización policial

En Latinoamérica, instituciones policiales han sido frecuentemente organizadas con disciplina militar y dependientes del Poder Ejecutivo. En el Perú, la Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley 27238) plantea un nuevo modelo policial y busca conciliar un conjunto de necesidades y demandas [39]. También es de resaltar la situación del personal policial caracterizada por una serie de limitaciones de sus derechos [40]. En nuestro país, en los últimos tiempos no se lograron mayores cambios institucionales, debido a la falta de interés de los gobernantes de turno por promover modelos policiales basados en los nuevos principios de seguridad democrática, ya que "estuvieron orientados más bien a asegurar el dominio gubernamental sobre esta institución que a lograr su modernización" [41]. En la actualidad, resulta cada vez más necesario el impulso de una reforma orientada a la **modernización policial** [42] [43].

---

como promedio el 4% del total de recursos humanos del sistema penal al subsistema judicial, el 19% a las cárceles y el 77% a la policía, en los denominados "países en vías de desarrollo" solo el 1% es destinado al subsistema judicial, el 5% a las cárceles y el 94% a la policía.

[37] GABALDÓN, 1988, p. 153. *Vid.* también: GABALDÓN/BIRKBECK/BETTIOL, 1990.

[38] LOSING, 1996, p. 387.

[39] *Vid.* CASTILLO C., 1999-2000, p. 160.

[40] Problemas de reducidas remuneraciones, sistemas disciplinarios que no se adecuan a las reglas del debido proceso y que originan abusos, discriminación y abusos a las mujeres policías, desatención al personal con discapacidad, exceso de burocracia en los sistemas administrativos internos en desmedro del pronto reconocimiento de los derechos del policía, etc. Esta realidad del policía peruano ha originado la creación de la *Defensoría del Policía* (Ombudsman del Policía) dedicada a velar por los derechos del personal policial (2002).

[41] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999, p. 61.

[42] La Carta Europea de la Policía de 1993 (DOMÍNGUEZ VIAL, 1996, p. 168) ha señalado una serie de principios institucionales que debe asumir el Estado para este tipo de agencias: ausencia de cualquier tipo de injerencia política indebida de las actuaciones policiales; la desmilitarización en todos sus aspectos del servicio policial; el respeto absoluto de los derechos fundamentales de los ciudadanos; la transparen-

b.2. Los fiscales

El artículo 158 de la Constitución Política declara al **Ministerio Público** como un organismo autónomo. Este sector del sistema penal está encargado de la defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho, vela por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; representa a la sociedad en los procesos judiciales; conduce desde su inicio la investigación del delito (con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Publico en el ámbito de sus funciones); ejercita la acción penal de oficio o a petición de parte; emite dictámenes previos a las resoluciones judiciales y ejerce iniciativa en la formación de las leyes (artículo 159, Constitución política).

26. Concepto de función fiscal

Actualmente, las **reformas procesales penales** latinoamericanas están dirigidas a afirmar el denominado *sistema acusatorio* frente al modelo inquisitivo. Esto implica una propuesta de cambio notable del rol del Ministerio Público y supone contar con una organización preparada para asumirlo. Sin embargo, en la actualidad se viene observando una serie de dificultades para poner en práctica los postulados de las reformas propuestas que suponen modificaciones estructurales del Ministerio Público [44]. Precisamente, las experiencias de las diferentes reformas procesales penales en Latinoamérica deben servir para formular la reforma aún pendiente en nuestro país [45]. "La gran mayoría de los países de la región

27. Reformas procesales penales

---

cia de actuaciones y el control de sus actividades y centros de dirección por parte de los poderes ejecutivos y legislativos; la limitación de la acción de la policía del sector de la criminalidad; a esas características se debe agregar la del monopolio del uso de la fuerza en la vida social.

[43] Un avance importante en esta dirección es el *Informe de la Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional del Perú* de fecha 22 de febrero de 2002 (aprobado por la Resolución Suprema 0200-2002 de 22 de marzo del mismo año), que contiene constataciones y recomendaciones sobre doctrina policial, formación, capacitación y perfeccionamiento; marco normativo, control interno y lucha contra la corrupción, estructura orgánica, la comisaría y su importancia, relaciones con la comunidad, administración de recursos humanos, política de bienestar, atención de la salud, problemas particulares de la mujer policía, administración de recursos económicos y logísticos.

[44] Para el caso de los países que han iniciado ese proceso de cambio, BINDER afirma que "nos encontramos con el hecho de que los fiscales deben comenzar a actuar dentro de un contexto del sistema inquisitivo, dentro del cual no tienen verdadera cabida y se corre el gran peligro de que absorban la cultura inquisitiva –mucho más aún sabiendo el tiempo de varios años que insume una reforma procesal penal– de tal modo que luego se convierten en adversarios del modelo acusatorio en lugar de ser pilares de la transformación" (**en** PAZ *et al.* 1994, p. 87; *vid.* también *ibidem*, pp. 65 y ss.).

[45] El Código Procesal Penal del 2004 señala entre las funciones del Ministerio Público (artículo 60) que la institución es la titular del ejercicio de la acción penal y

busca cambiar su sistema procesal, otorgándoles a los fiscales un papel relevante en la dirección de las investigaciones criminales y una responsabilidad directa en la presentación del caso ante los tribunales" [46].

b.3. Los jueces

28. Función judicial

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el **Poder Judicial** a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución Política y a las leyes (artículo 138). La función jurisdiccional la ejercen la Corte Suprema de Justicia, Cortes Superiores y Juzgados (artículo 143, Constitución política).

29. Interferencias políticas

Si bien la Constitución garantiza la independencia de los magistrados judiciales (artículo 139, inciso 2), durante mucho tiempo se ha venido denunciado graves interferencias políticas que atentan contra la autonomía del Poder Judicial. Lo más resaltante de esta dependencia ha sido al poder político. Cuanto más dependientes son los jueces frente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, más fuertes son las presiones y menor su capacidad de crítica.

30. Modelo del sistema judicial

Todo modelo de sistema judicial, en términos generales, debe contener un sentido e idea de justicia, a través de dos conceptos básicos: la perspectiva de los derechos humanos y la preocupación por afianzar la seguridad jurídica [47]. La ausencia de estas dos perspectivas en las sociedades políticas responde a un grave problema común en nuestros países: la interferencia política a la administración de justicia, y, por ende, la carencia de independencia del Poder Judicial [48].

31. Indepedencia judicial

En los sistemas de administración de justicia latinoamericanos resulta evidente que el poder de los jueces es escaso y se ve en gran medida debilitado por las diversas limitaciones que tienen para el ejercicio de su actividad. En muchos casos, los jueces carecen de independencia externa e incluso, interna en relación a los organismos judiciales. En el ámbito internacional, son cada vez mayores los esfuerzos para contar con normas rectoras de la independencia de los jueces: *"Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura"* [49],

---

conduce la investigación del delito desde su inicio y dirige a la Policía Nacional en función de Policía Judicial.

[46] BINDER/OBANDO, 2004, p. 229.

[47] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999a, p. 98.

[48] *Ibidem*, p. 98.

[49] A/RES/40/32 de 29.11.1995. *Vid. Boletín del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados* - CIJA Nº 25-26 (número especial), abril-octubre 1990.

"Procedimientos para una Aplicación Eficaz de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura" [50].

En este sentido, resulta central en la problemática judicial la **selección de los magistrados**. Existen diferentes mecanismos, desde aquellos modelos en los que un solo agente realiza la tarea de selección (Poder Ejecutivo, Legislativo, Consejo de la Magistratura, Escuela Judicial, etc.), y modelos complejos donde intervienen dos, tres, y hasta más entes electivos (Poderes del Estado, Colegios de Abogados, de magistrados, Escuelas Judiciales, Municipalidades, Comisiones técnicas, electorales, etc.) [51]. En el Perú, según el artículo 150 de la Constitución Política, la labor de selección y nombramiento está en manos del Consejo Nacional de la Magistratura (salvo que la elección recaiga en voto popular) [52]. La formación y capacitación de jueces para efectos de la selección y los estudios especiales que se requieren para el ascenso están encargadas a la Academia de la Magistratura (artículo 151, Constitución política).

32. Selección de magistrados

La **formación profesional del juez**, muchas veces condicionada a aplicar la ley mecánicamente en relación al riguroso formalismo que el proceso y la ley penal le exigen, hace necesario contar con una formación adecuada de aspirantes y magistrados, en función al perfil del juez de un Estado democrático.

33. Formación profesional del juez

En el marco de la *criminalización secundaria*, el juez penal cumple una función de selección de los individuos mediante una sentencia condenatoria (que relega a una persona a la prisión). Es evidente que la delincuencia no es una entidad preconstituida respecto a los jueces, sino una cualidad atribuida por estos últimos a ciertos individuos, los que resultan así seleccionados [53].

34. Función de selección

Actualmente, "no hay país latinoamericano que no esté envuelto en un proceso de reforma del sistema judicial" [54]. Esta reforma judicial aparece como un proceso de reconstrucción de la institución judicial en cada

35. Reforma judicial

---

[50] Resolución 44/162 de 15.12. 1989. *Vid.* IDEM.

[51] SAGÜÉS, 1998, p. 29.

[52] En cuanto a la idoneidad de los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura en los recientes concursos para magistrados, Luis PÁSARA (2003, p. 27) sostiene que "el impacto de los nombramientos realizados a través de este proceso de selección difícilmente podrán contribuir a la transformación del sistema de justicia".

[53] BERGALLI, 1983, p. 79. *Vid.* VILLAVICENCIO, 2000, pp. 195-201.

[54] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999a, p. 97. *Vid.* más ampliamente BINDER/OBANDO, 2004.

país, debido a la crisis por la que atraviesa en su misión y visión de la justicia [55]. Opera a partir del proceso (ya que a través de este se vincula la ciudadanía con el Estado) y no tan sólo busca la reforma del Poder Judicial sino del servicio de justicia en general [56]. Se ha buscado desarrollar, en la región andina, esfuerzos para elaborar programas concretos de reforma y modernización de los aparatos judiciales [57]. Así, se han señalado a nivel general que los programas en actual implementación contienen las siguientes *ideas-fuerza* de la reforma en la región [58]: separación en casi todos los sistemas judiciales entre las labores estrictamente administrativas y las jurisdiccionales; reforma del sistema penal; informatización del sistema judicial, con una marcada tendencia a la generación de redes internas y sistemas de seguimiento de casos; programas de capacitación y especialización para magistrados y servidores de la administración de justicia; mejora del despacho judicial; difusión y promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos armados desde el Estado y por iniciativa de los sectores organizados de la sociedad civil; mejorar la infraestructura física disponible; preocupación por aumentar el nivel de acceso de justicia [59] [60].

b.4. La defensa

36. Abogado y control social

Si bien el **abogado**, formalmente, no es un agente del control penal, sin embargo, el ejercicio de esta profesión es un elemento del poder y resulta decisiva su influencia en los procesos selectivos que realizan policías, jueces, tribunal (los agentes del sistema penal), e incluso los condicionan.

---

[55] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999a, p. 100.

[56] LEDESMA NARVÁEZ, 1999, pp. 56-57.

[57] "Se trata de una tendencia regional que busca construir sistemas judiciales más eficientes que posibiliten políticas sostenidas en el campo de la inversión y el comportamiento de los agentes en el mercado económico, pero también que garanticen los derechos ciudadanos" (COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999a, p. 102).

[58] *Ibidem*, pp. 102-103.

[59] Para una apreciación del estado de las reformas judiciales en América Latina, *vid.* BINDER/OBANDO, 2004.

[60] La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) creada por la Ley 28083 (30 de octubre de 2003) ha elaborado un Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia (23 de abril de 2004) cuyas áreas de trabajo son: acceso a la justicia; política anticorrupción; eticidad y transparencia; modernización de los despachos jurisdiccional y fiscal; recursos humanos; gobierno, administración y presupuesto; predictibilidad y jurisprudencia; reforma del sistema penal y adecuación normativa.

El derecho a disponer de la asistencia de un abogado (artículo 139, inciso 14, Constitución política) en apoyo del discurso de defensa del acusado, se debe a que el defensor conoce el lenguaje que domina el discurso, conoce los criterios de selección con los que los juristas construyen el caso (sabe "a dónde" quiere ir el Tribunal), conoce el escenario, las reglas expresas y tácticas que se siguen en el proceso. Además, proporciona seguridad al acusado, puede actuar en su nombre y aconsejarle. Esencialmente, el abogado defensor eleva considerablemente las oportunidades reales del acusado para participar en la *comprensión escénica* [61].

37. Derecho de defensa

En la **defensa penal** es muy frágil la frontera entre la defensa necesaria y el apoyo prohibido a las conductas delictivas. Incluso la defensa exitosa de quien efectivamente es un delincuente puede constituir un delito contra la administración de justicia; v. gr. simular pruebas (artículo 402, Código penal), procurar la desaparición de huellas o pruebas del delito (artículo 405, Código penal); por ello, el Derecho Procesal Penal limita las tareas o funciones que el abogado realiza en el proceso: se le permite investigar por sí mismo, pero no influir sobre testigos, solicitar la absolución de su cliente cuando, a pesar de conocer su responsabilidad, las pruebas en su contra no son suficientes y no, por ejemplo, porque esté convencido de su inocencia [62].

38. Defensa penal

Precisamente, la importancia del papel que cumple la defensa en la *criminalización secundaria* ha motivado que en el ámbito internacional se generen los *"Principios Básicos sobre la Función de los Abogados"* [63] que desarrollan normas relativas al acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos, las salvaguardas especiales en asuntos penales, competencia y preparación de los abogados, obligaciones y responsabilidades, garantías para el ejercicio de la profesión, libertad de expresión y asociación, asociaciones profesionales de abogados y actuaciones disciplinarias.

39. Defensa y criminalización secundaria

En el Perú, la **defensa pública** (defensa de oficio) se encuentra en "una etapa de unificación organizacional, en una tendencia a abandonar la doble dirección funcional que existía entre el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia" [64] con relación a los defensores. Por ello, el artículo 300 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga la facultad al Ministerio de Justicia para el nombramiento de los defensores de oficio. En este senti-

40. Reforma de la defensa pública

---

[61] HASSEMER, 1984, p. 177.

[62] *Loc. cit.*

[63] Aprobado por el Octavo Congreso sobre el delito celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990. *Vid.* NACIONES UNIDAS, 1991, pp. 120-124.

[64] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1998, p. 83.

do, en los países andinos, que cuentan con diferentes sistemas de defensa publica, se vienen formulando recomendaciones para adoptar un modelo de defensa pública más adecuado a las exigencias de cada país de la región [65]. Sin embargo, un programa de modernización de la abogacía es ineludible para la reforma judicial y es también una tarea pendiente [66].

b.5. La prisión

Esta parte del control social formal somete al infractor al peso de los sistemas carcelarios, con fines resocializadores para el delincuente. En el Perú, el subsistema carcelario está a cargo del *Instituto Nacional Penitenciario* (INPE). El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139, inciso 22, Constitución política). A estos se debe agregar el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados (artículo 139, inciso 21, Constitución política).

41. Instituto Nacional Penitenciario

Este sector del sistema penal es el más estigmatizante y segregativo. Su finalidad es resocializar al delincuente e integrarlo a la sociedad como sujeto obediente a las normas y al orden establecido por el Estado. Se considera que tales fines resocializadores o rehabilitantes "necesariamente son intensos, personalizados, de gran perseverancia y buscan fortalecer la personalidad del condenado, otorgándole capacidades propias de acción y desarrollando un proceso paulatino de articulación con el medio libre, que lo habilite lo antes posible a salir del encierro" [67]. La finalidad resocializadora está en permanente crisis. La **resocialización** sólo tiene sentido cuando la sociedad a la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estime correcto [68]. Por el contrario, el sujeto que ingresa a la prisión encuentra un conjunto de valores diferentes, una subcultura [69] que lo obliga a cambiar su modo de vida. "En lo que atañe al encarcelamiento, suponer que todo los presos encerrados en una institución pueden ser regenerados constituye la falacia fundamental del enfoque sentimental de la penología, en particular si tenemos en cuenta que es el criminal empedernido el que tiene más probabilidades de permanecer en la prisión" [70]. Por tanto, sigue siendo válido afir-

42. Resocialización

---

[65] *Loc. cit.*

[66] *Vid.* BINDER/OBANDO, 2004, pp. 537-567.

[67] DOMÍNGUEZ VIAL, 1996, p. 93.

[68] MUÑOZ CONDE, 1982, p. 135. Además en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 7, Madrid 1978, p. 93. Cfr. ZIPF, 1979, p. 74.

[69] Sobre este concepto: Hilde KAUFMANN, 1979.

[70] SYKES, 1961, p. 83.

mar que el llamado proceso resocializador no alcanza a cumplir sus límites mínimos y, dado el estado actual del sistema, la regulación constitucional asume el carácter de norma imposible [71].

43. Población penal

La mayor parte de la población penal está representada por personas de los sectores sociales más marginados [72].

44. Prisonización

En la cárcel, la persona encuentra barreras casi insuperables que le impiden ejercer su autodeterminación, la autonomía y la libertad de acción. Se rompe con toda la programación de sus roles sociales; ya que "se le impone una rutina o pena, que lo fuerza a desarrollar papeles con los que no se identifica, produciéndose una identificación física entre su entorno inmediato y su yo, que le impide desarrollar la autonomía con su entorno que se vive en el exterior" [73]. Por el fenómeno de **prisonización** [74] el interno adopta en mayor o menor intensidad los usos, costumbres, culturas, tradiciones de la prisión rechazando inclusive los valores mínimos que busca el llamado proceso resocializador. Además, la prisión emite violencia interna (homicidio entre internos, bandas, etc.) y externa (develamientos de motines). En otras palabras, en la prisión se condiciona, en cierto modo, la vida presente y futura del recluso [75].

45. Situación penitenciaria

En el Perú, en los últimos años, en materia de infraestructura penitenciaria se ha priorizado el criterio de seguridad en perjuicio de las áreas destinadas al trabajo y la educación. En materia alimenticia, las previsiones presupuestales resultan insuficientes para una adecuada alimentación de los internos. La mayor parte de la población penal se encuentra en estado de indefensión legal. Las enfermedades de mayor incidencia son las digestivas, bronquiales, venéreas y pulmonares (sólo existe información de infectados por VIH en Lima), y se presenta un generalizado desabastecimiento de medicinas en todo el país. Los ambientes dedicados al trabajo y la educación son limitados [76]. La mayoría de los penales no cuentan con ambientes especiales para la visita íntima. También el traslado de internos de un penal a otro ha sido permanente (producto de la lucha contra la subversión, como mecanismo de redistribución de la población o más frecuente-

---

[71] Baratta, 1986, p. 94.

[72] Hasta mayo del año 2005 el total de la población penitenciaria asciende a 33, 236 internos. Los procesados son 23, 480 (70,6%) y los sentenciados suman 9, 756 (29,45%). Fuente: Diario *El Comercio*, Lima 3 de julio de 2005, p. A-19.

[73] Domínguez Vial, 1996, p. 92.

[74] Barbero Santos, 1980, p. 124. Entre nosotros: Solís Espinoza, 1986, p. 214.

[75] Conde-Pumpido Ferreiro, 1992, p. 193.

[76] A junio de 1999 el 49.54% de la población realizaba alguna actividad laboral.

mente como medida disciplinaria). En suma, "si bien en los últimos años se ha restituido el principio de autoridad en los penales y se ha mejorado la infraestructura penitenciaria como consecuencia de la política de construcción de nuevos penales, la crisis en la prestación de los servicios básicos se ha acentuado. Al crecimiento sistemático de la población penal, no se acompañó la correspondiente ampliación de los servicios penitenciarios, que en la actualidad se encuentran desbordados" [77].

46. Privatización de las cárceles

Se mencionan experiencias de privatización de las cárceles que no han sido adoptadas en nuestro país. Por **privatización de las cárceles** se entiende "la participación del sector privado en el tratamiento, la custodia o el castigo de personas detenidas o presas y en la administración de cualquier forma de trato o castigo que sea distinta de la reclusión, impuesta en virtud de una orden o sentencia de una corte o tribunal establecido por la ley" [78].

§3. Sistema penal y seguridad ciudadana

47. Seguridad ciudadana

La **seguridad ciudadana** es la protección que debe brindar el Estado a las personas respetando sus derechos y libertades fundamentales [79]. Tiene por objetivo cumplir con el propósito central que justifica todo Estado democrático de Derecho: conservar y desarrollar a los seres humanos del modo más completo posible. Para este fin, busca la satisfacción de sus derechos humanos a la seguridad personal y colectiva [80].

48. Seguridad ciudadana democrática

La noción de seguridad ciudadana puede ser delimitada democráticamente planteando una serie de factores dentro de los diferentes sectores del sistema penal. En ese sentido, resultará necesaria que la actuación de la policía deba adecuarse a los límites que se encuentran en las normas internas e internacionales de protección de los derechos humanos, sin descuidar el logro de límites aceptables de eficiencia a través de la formación y la preparación de sus cuadros y el uso de técnicas más modernas de investigación. En el campo judicial, será necesario buscar una administración de justicia pronta, justa y, fundamentalmente, independiente. Todo ello implica modernización de la legislación penal (sustantiva, pro-

---

[77] DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2000, p. 176 (último informe a nivel nacional).

[78] NACIONES UNIDAS, 1993, p. 15 núm. 26. Sobre los argumentos a favor y en contra de la privatización. *Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, 2000, pp. 206-210.

[79] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999, p. 165

[80] DOMÍNGUEZ VIAL, 1996, p. 76.

cesal y penitenciaria). Sólo así será posible hablar de una noción de seguridad ciudadana de límites democráticos que sea acorde a las exigencias impuestas por las normas protectoras de los derechos humanos.

49. Seguridad ciudadana en los países andinos

En las Constituciones de los países andinos se hace referencia a la "seguridad ciudadana" bajo diferentes términos, restringiéndose a señalar las competencias en que se basan. Así, estos textos constitucionales utilizan términos como "orden público", "seguridad pública", "orden interno" y sólo el Perú hace una referencia en el artículo 195 de la Constitución Política a la "Seguridad Ciudadana" [81] [82].

50. Creciente inseguridad

Este tema constituye una preocupación central debido a la creciente inseguridad en la que vive la mayoría de la población como efecto de un crecimiento desmesurado de la delincuencia común y organizada, que afecta sobre todo a las grandes ciudades como también a zonas rurales de los diferentes países.

51. Sobrecriminalización

En el Perú, como consecuencia de la creciente inseguridad ciudadana, la *criminalización primaria* se ha manifestado en una tendencia a la **sobrecriminalización** en la legislación penal. Una experiencia, en este sentido, estuvo representada por la decisión del Congreso de la República de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo a través de la Ley 26950, la misma que originó la expedición de once decretos legislativos que creaban delitos, aumentaban la competencia de la justicia militar, incrementaban penas, disminuían la edad para la responsabilidad penal, eliminaba beneficios penitenciarios y en general debilitaba al debido proceso [83]. Si bien es cierto, que en la época de su expedición se dieron condiciones de grave incremento de la violencia e inseguridad

---

[81] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999, p. 72.

[82] "En nuestro país la cuestión de la 'seguridad ciudadana' ha sido incorporada con dos características particulares: primero, se ha hecho dentro de un contexto de continuidad antes que de reforma de la seguridad pública; y segundo, su incorporación ha generado una serie de conflictos al interior del Estado debido a la ambigüedad en que ha sido redactado el artículo 195 de la Constitución. Lo primero se refleja claramente en la forma como la policía conceptúa la seguridad ciudadana: 'El conjunto de medidas, acciones y previsiones que adopta el Estado, a través de sus organismos e instituciones, dentro del marco de la Constitución y las leyes, a fin de lograr el normal desenvolvimiento de las actividades de la población dentro de un clima de tranquilidad y paz social'. Como se ve, esta definición hace hincapié en las medidas y acciones que puedan ser tomadas desde el Estado, antes que preponderar una mayor participación de la sociedad civil" (*Ibidem*, pp. 61-62).

[83] Estos Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacional fueron los siguientes: 895 Delito de terrorismo agravado; 896 Delitos agravados (homicidio calificado –artículo 108, Código penal–, secuestro –artículo 152–, violación sexual de menores de catorce años –artículo 173–, violación sexual de menores de catorce años seguida de

ciudadanas, sin embargo, las críticas al modelo adoptado fueron manifiestas [84]. En este sentido, se ha reducido el monto de la pena para los delitos agravados [85] y el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 15 de noviembre de 2001, declaró la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 895 (Ley contra el terrorismo especial) y 897.

52. Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana

Actualmente, se encuentra vigente la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Ley 27933), que busca proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar la seguridad, la paz, tranquilidad, el cumplimiento y respeto de las garantías individuales y sociales a nivel nacional (artículo 1). Dicha ley define a la seguridad ciudadana como "la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas" (artículo 2). Para la coordinación eficaz de la acción estatal y la promoción de la participación ciudadana, esta ley establece la creación del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC) que cuenta con cuatro instancias: el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana, Comités Regionales de Seguridad Ciudadana, Comités Provinciales de Seguridad Ciudadana, y Comités Distritales de Seguridad Ciudadana. Aun así, la situación de la seguridad ciudadana en nuestro país "sigue siendo simplemente un agregado discursivo que intenta dar una imagen de modernidad y democracia a una institución en crisis" [86].

§4. Dogmática jurídico-penal, política criminal y criminología

53. Ciencias Penales

Se requiere una constante y estrecha colaboración entre la Criminología, la Política Criminal y la Dogmática jurídico-penal que son los

---

muerte o lesión grave –artículo 173 A–, robo –artículo 188–, robo agravado –artículo 189– y, extorsión –artículo 200–); 898 Posesión de armas de guerra; 899 Ley contra el pandillaje pernicioso.

[84] *Vid.* DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 1998-1999, p. 719.

[85] Ley 27472 de 5 junio de 2001 que modifica los Decretos Legislativos 896 (Ley contra los delitos agravados) y 897 (se refiere a los procedimientos especiales para la investigación y el juzgamiento de los delitos agravados del Decreto Legislativo 896). Esta ley ha sido modificada por la Ley 27507 (restablece el texto de los artículos 173 y 173-A del Código Penal, modificó el artículo 46 del Código de Ejecución Penal y el artículo 1 de la Ley 26689, y prohibió el indulto en los casos de violación sexual).

[86] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1999, p. 63.

tres pilares del sistema de las **Ciencias Penales**, inseparables e interdependientes [87].

La Criminología, la Política Criminal y la Dogmática Penal son autónomas en cuanto campos científicos, "más ligados en una unidad funcional en el complejo del procedimiento de realización del derecho penal" [88]. En este proceso decisivo, la Criminología aporta el conocimiento empírico sobre el surgimiento de la criminalidad y la lucha contra ella. La Política Criminal busca transformar la experiencia criminológica en opiniones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos. La Dogmática Penal presenta las posibilidades de configuración del derecho para fines políticos criminales. Una vez que la decisión ha obtenido vigencia jurídica por obra del legislador, la sistematización y la interpretación son tarea de la Dogmática Penal [89].

54. Autonomía de las Ciencias Penales

a. Dogmática jurídico-penal

Es la disciplina que se ocupa del estudio general, abstracto, sistemático, crítico y axiológico de las normas del Derecho Penal positivo, a través de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de tales disposiciones legales, como también de las opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal [90]. Está encargada de formular reglas para la decisión jurídico-penal de un caso a un nivel de abstracción medio [91]. Es pues, el estudio normativo o jurídico del delito; con ella trabajan la Ciencia del Derecho Penal y la jurisprudencia penal, por ejemplo, cuando plantea la exposición del delito imprudente, sus presupuestos procesales y de ejecución.

55. Concepto de dogmática penal

"El verdadero objeto de la dogmática penal –como las dogmáticas jurídicas en general– son las cuestiones jurídicas del derecho penal y no en

56. Objeto de la dogmática penal

---

[87] Hay algunos autores que, para identificar la relación del Derecho Penal con estas disciplinas, utilizan el modelo de la estructura tridimensional del derecho: norma, hecho y valor. Así se establece que la *Dogmática Jurídico-Penal* se ocupa del derecho penal como norma, la *Criminología* como hecho y la *Política Criminal* como valor (MIR PUIG, 2004, p. 60, num. 32). "Pero aclarando que cada una de las tres dimensiones del derecho indicado constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al derecho penal" (*ibidem*).

[88] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 55.

[89] *Loc. cit.*

[90] ROXIN, 1999, p. 192, num. 1. Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, p. 18; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, pp. 32-33.

[91] HASSEMER, 1984, p. 250.

primer término las normas" [92]. Por lo tanto, la misión primordial de esta disciplina es averiguar y determinar el contenido del Derecho Penal, a través de su estudio normativo [93].

57. Interpretación penal

Una de las funciones de la dogmática del Derecho Penal es la *interpretación* del Derecho Penal positivo [94], donde determina el verdadero sentido y alcance de las normas penales; como también las integra y correlaciona en coherentes totalidades. Esta disciplina "no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un 'todo ordenado' y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos" [95].

58. Función garantista

Como una de sus más importantes funciones, sirve también de *garantía* para la aplicación racional, segura y uniforme del Derecho Penal como límite a la arbitrariedad. Con esta disciplina, se extrae "los principios generales que rige la norma y los grupos racionales que de ellas se forman" y desentraña "las valoraciones políticas, constitucionales e internacionales en que esas normas descansan o se inspiran" [96].

59. Objetivos político-criminales

En el marco político-criminal, la dogmática tiene como función conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales, de manera que la Política Criminal tenga un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática [97].

60. Dogmática creadora o crítica

La importancia de la dogmática penal se encuentra en que nos da un mejor conocimiento y aplicación del sistema normativo vigente y garantiza su aplicación coherente e igualitaria, favoreciendo así la seguridad jurídica en el campo del Derecho Penal [98]. En este sentido, se acepta

---

[92] BACIGALUPO, 1998, p. 35.

[93] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 93.

[94] CEREZO MIR, 2003, I, p. 62. "Para determinar el sentido objetivo de la ley, el intérprete se sirve de los medios tradicionales de interpretación: interpretación gramatical, lógico-sistemática, histórica y teleológica, cuyo estudio, así como el de otros métodos desarrollados en la doctrina moderna (algunos de ellos de gran importancia para la Ciencia del derecho penal, como el teleológico-valorativo y la naturaleza de las cosas), rebasa el marco de la Parte General del Derecho Penal y pertenece a la Teoría General del Derecho" (*Ibidem*, I, p. 64).

[95] ROXIN, 1999, p. 193, num. 2.

[96] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998, I, p. 19.

[97] ZIPF, 1979, p. 6.

[98] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 93. *Vid.* HURTADO POZO, 2005, p. 67, num. 156.

una *dogmática creadora* o *crítica*, como un sistema abierto de ideas en permanente reelaboración y discusión de sus postulados, cuya principal finalidad debe ser garantizar la dignidad de las personas.

b. Política criminal y pensamiento penal

b.1. Política criminal

61. Concepto de Política criminal

La Política Criminal es la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia penal (ZIPF). Para otros, la Política Criminal busca modelos [99] de regulación y adopta decisiones sobre ellos en una constante revisión en orden a las posibilidades de mejora de la justicia penal, sobre la base de los resultados que aporta la Criminología y la crítica del actual sistema punitivo [100]. Es una disciplina con fundamento empírico que forma parte de la política jurídica del Estado, que a su vez integra su política general. Se le puede entender como una institución de naturaleza práctica y teórica.

62. Tratamiento de la criminalidad

Cuando se habla de la Política Criminal como *disciplina práctica* se le entiende como un conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. La praxis de la política criminal "se integra del conjunto de actividades –empíricas– organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito" [101]. Cada ordenamiento jurídico responde a una determinada orientación político-criminal [102]. En cambio, a la Política Criminal como *disciplina teórica* se la define como aquella rama del saber –que es resultado de la interdisciplinariedad entre las Ciencias Políticas y el Derecho

---

[99] Sobre los diferentes modelos político-criminales, *vid.* Mireille DELMAS-MARTY, 1986.

[100] "Como puede verse, existen grandes diferencias de contenidos entre una y otra definición. Mientras la primera establece que son respuestas del Estado, la segunda considera que lo son de la Sociedad. Mientras la primera tiene como ámbito la justicia criminal, la segunda considera el fenómeno criminal no sólo desde el aspecto jurídico. En definitiva, mientras ZIPF plantea que la Política Criminal es el conjunto de respuestas penales del Estado, DELMAS-MARTY considera que se trata del conjunto de respuestas de la Sociedad frente a un fenómeno que es social, la criminalidad. Indudablemente, la forma de entender la Política Criminal en ambos autores es totalmente distinta, ya que mientras ZIPF parte de una concepción jurídico-penal del delito, DELMAS-MARTY parte de una concepción social del fenómeno criminal. Esto condicionará, necesariamente las respuestas, los métodos o herramientas de la Política Criminal" (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001, p. 23).

[101] SILVA SÁNCHEZ, 2000, pp. 189-190. "Conjunto de actividades del Estado encaminado a reducir –ya que no a eliminar– la criminalidad" (DE SOLA DUEÑAS, 1983, p. 247).

[102] MIR PUIG, 2004, p. 60, num. 31. Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 59, num. 131.

Penal– [103] que cuenta por objeto de estudio la política criminal que sigue el Derecho Penal o que éste debería expresar [104].

63. ¿Política criminal como disciplina científica?

Existe cierta confusión en la determinación de la Política Criminal como una disciplina científica. Algunos autores consideran que se trata de una ciencia que tendría por objeto la crítica y propuestas de reformas del Derecho Penal vigente [105]. Para otros, la Política Criminal no es una ciencia, sino más bien son lineamientos políticos generales [106]. Por último, algunos criminólogos pretenden que la Política Criminal sea una parte de la Criminología [107].

64. Promoción de reformas legislativas

La Política Criminal se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las institucionales que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva. Para ello, promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, es decir, examina si corresponde o no tales mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes. "Así surge un derecho penal dinámico, que va remozándose de acuerdo con los avances de la ciencia" [108]. También otorga a los poderes públicos las programaciones científicas concretas, que elabora en la lucha contra la delincuencia, más adecuadas para el eficaz control del delito [109].

---

[103] "Y en especial con la ingeniería institucional" (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 149).

[104] MIR PUIG, 2004, p. 60, num. 31. "Aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base *racional* a la referida *praxis* de lucha contra el delito; en donde la clave radica precisamente en determinar qué significa 'racional' y cuáles pueden ser los criterios de racionalidad" (SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 190).

[105] CEREZO MIR, 2003, I, p. 77. Cfr. LUZÓN PEÑA, 1999, p. 98.

[106] VILLA STEIN, 1998, p. 51.

[107] "La política criminal no puede ser una parte de la Criminología porque la crítica y las propuestas de reforma del Derecho positivo no se pueden realizar sin un conocimiento previo, profundo, del mismo y este conocimiento es ajeno al objeto de la Criminología" (CEREZO MIR, 2003, I, p. 78).

[108] LABATUT GLENA, 1979, p. 33.

[109] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 88; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 51. Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 62, num. 139. "La política criminal se ocupa de cómo deba conformarse el derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la sociedad. La política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el derecho penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho Penal para no restringir la esfera de la libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indis-

Con los postulados de la Política Criminal se construye un sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política criminal tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización [110]. Sin embargo, también apoya sus demandas en las leyes empíricas de la Criminología para la mejora del Derecho Penal en vigor. De ahí que se establece que la Política Criminal sirve de puente eficaz entre el Derecho Penal y la Criminología [111] y también, entre la Dogmática Penal y la Criminología. El Derecho Penal con relación a la Política Criminal cumple la función –como expresaba VON LISZT– de "barrera infranqueable". Si la Política Criminal se convierte en un puro discurso, entonces se necesitará de un Derecho Penal que frene las campañas ideológicas; pues por tales necesidades políticas podrían arrasarse derechos constitucionales [112].

65. Relaciones entre Política criminal, Criminología y Dogmática Penal

b.2. Pensamiento penal

El origen de la denominación Política Criminal se ubica en el movimiento que encabezara Franz von LISZT [113] y que tuvo gran influencia como tendencia técnica a principios del siglo pasado en Italia y Alemania.

66. Política Criminal: origen

Desde esa época, el resurgimiento de la Política Criminal experimentada ha tenido diferentes expresiones. En Francia, la **Nueva Defensa Social** de Marc ANCEL vinculada al pensamiento positivista se colocó en una posición ecléctica con respecto al Derecho Penal, no pretendiendo anularlo o negarlo, sino transformarlo, tratando de colocar al hombre como centro de la discusión, como un ente social y, desde este punto, edificar un sistema penal [114] contra las ficciones jurídicas, la desjuridización de al-

67. Nueva Defensa Social

---

pensable, y examina si el derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal" (JESCHECK, 1993, p. 18).

[110] BACIGALUPO, 1990, p. 45.

[111] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 88.

[112] MARTÍNEZ, 1999, p. 278.

[113] MARTÍNEZ considera que estaba constituido por el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionada (1999, p. 276). Su punto de partida (de VON LISZT), era una concepción determinista del hombre, una visión del delito como reflejo de la peligrosidad del mismo (social e individual determinada) y una fe positivista en la posibilidad de corregir los factores individuales (por la psiquiatría o la instrucción) y las estructuras sociales (por la política social) que conduce al delito (SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 185).

[114] MUÑAGORRI, 1977, p. 100.

gunos conceptos, una nueva óptica sobre la personalidad del delincuente y de las penas y el concepto de acción social en la reacción contra el delito (ANCEL).

En Italia, GRAMATICA fue el exponente más extremista de la defensa social (eliminación del Derecho Penal, la responsabilidad penal, sanción y el sistema tradicional del proceso penal). En la línea de Marc ANCEL se ubica Pietro NUVOLONE [115]. El nacimiento de la revista ***La Questione Criminale*** (1975) y los trabajos del llamado Grupo de Bologna (Franco BRICOLA, Alessandro BARATTA) plantearon una política criminal alternativa. La política criminal alternativa es la denominación dada a los instrumentos que un sector de la criminología crítica utilizaba, y que correspondía a su finalidad última que se concreta en el cambio del sistema económico-político. Esta tendencia se edificó partiendo de una concepción socialista del Estado [116].

68. Grupo de Bologna

En Holanda, el profesor Louk HULSMAN propuso una **perspectiva abolicionista** [117] del sistema penal, en base al conjunto de sus graves defectos y falacias. Por ejemplo, que la policía debe cumplir su papel de asistencia a la población como custodio de la paz. La magistratura quedaría consagrada por entero a los asuntos considerados "civiles", todo ello acompañado de una nueva mentalidad. La administración penitenciaria debería ser convertida en servicios de asistencia con lo que se asegura que muy pocas personas quedarían sin trabajo por la desaparición del sistema penal. En suma, la abolición significaría la reanimación de las comunidades, de las instituciones y de los hombres. Para lograr la nueva mentalidad, HULSMAN, entre otras propuestas, considera necesario cambiar el lenguaje, pues no se puede superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica: el nuevo lenguaje debe ser apto para expresar una visión no estigmatizadora sobre personas y situaciones (ejemplo, no existen crímenes ni delitos, sino "situaciones problemáticas"), pero ello no será suficiente, será necesario buscar otra lógica o soluciones de recambio: devolver a las personas implicadas el manejo de sus conflictos, a través de "mecanismos naturales de regulación social", ciertas formas "cara a cara" de arreglo de conflictos, etc. [118].

69. Abolicionismo penal

---

[115] NUVOLONE, 1981.

[116] BARATTA, véase sus cuatro indicaciones estratégicas para una política criminal de las clases subalternas (1986, p. 213).

[117] *Vid.* más ampliamente: VILLAVICENCIO, 2000, pp. 99-106.

[118] HULSMAN/BERNAT DE CELIS, 1984, pp. 70, 81, 84, 85, 90, 119, 122. Sobre "la necesidad de politizar la perspectiva abolicionista", véase: GARCÍA MÉNDEZ, 1986, pp. 178 y ss. Sobre el carácter utópico de la propuesta abolicionista, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 23.

El **Derecho Penal mínimo** [119] que parte del supuesto de la inadecuada manera que tiene el Derecho Penal para afrontar los problemas sociales considera que la duración del Derecho Penal es temporal. Por ello, se halla casi cerca de la perspectiva abolicionista y cabe dentro de la forma conocida como reduccionismo penal (es una especie abolicionista que tiende a limitar al Derecho Penal concibiéndolo como la *última ratio*) [120]. Esta tendencia busca "minimizar la violencia en la sociedad, evitar la venganza privada, extender la libertad con la reducción de las conductas prohibidas y hacer efectivos los derechos del imputado dentro del proceso" [121].

70. Derecho Penal mínimo

En Alemania reapareció el movimiento político-criminal a mediados de los años sesenta del siglo pasado en relación al proyecto alternativo de Código Penal en 1966 y vinculado a la nueva escuela sociológica de von LISZT. El más importante representante es Claus ROXIN, quien revisó el sistema del delito, introduciendo dinamismo a sus diferentes elementos, con criterios político-criminales [122]. La influencia en el proyecto alternativo alemán de 1966 fue decisiva y originó una renovación político-criminal [123].

71. Política criminal en Claus Roxin

En este país, el desarrollo del actual pensamiento penal se encuadra en el marco del funcionalismo de la teoría sistémica cuya expresión ha sido elaborada por Günther JAKOBS [124] en lo que se ha llamado "*Teoría de la Prevención General Positiva*" [125] sobre la base del pensamiento de LUHMANN en el sentido que el derecho es un instrumento de estabilización del sistema social, orientador de las acciones y de la institucionalización de las expectativas [126].

72. Funcionalismo en Günther Jakobs

La llamada **Escuela de Frankfurt** reúne a diferentes autores de clara diferencia ideológica, pero unidos bajo la idea del rechazo a la normativización dogmática propuesta por el funcionalismo [127]. La visión científica del Derecho Penal no se reduce a simples conocimientos sistematizados en

73. Escuela de Frankfurt

---

[119] *Vid.* sobre el *minimalismo*: VILLAVICENCIO, 2000, pp. 95-99.

[120] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 143.

[121] PÉREZ PINZÓN, 1997, p. 194.

[122] *Vid.* ROXIN, 1999, pp. 218 y ss.

[123] *Vid.* BUSTOS, 2004, I, p. 451.

[124] JAKOBS, 1983 y 1995.

[125] BARATTA la identifica como "teoría de la prevención-integración" (1986, p. 80); MIR PUIG señala otras denominaciones como teoría "estabilizadora" o "integradora" (2004, p. 92, num. 19).

[126] *Vid.* JAKOBS, 2000, p. 20.

[127] GARCÍA CAVERO, 2003, p. 103.

un método determinado, sino que además debe estar dirigida a lo social. Con ello el Derecho Penal se halla vinculado estrechamente con las Ciencias Sociales [128], siendo rechazados, del ámbito de su estudio, definiciones metafísicas especulativas. En este Derecho Penal se resaltan las observaciones críticas al orden imperante, como lo hacen las Ciencias Sociales. Así, los *frankfurtianos* identifican el marcado condicionamiento político de las legislaciones penales, abandonando lo científico, afectándose la eficacia del Derecho Penal y el olvido de los principios y garantías [129]. En este sentido, "el *uso político* del Derecho penal se presenta como un *instrumento de comunicación*. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del Derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal" [130].

74. Lesividad en la Escuela de Frankfurt

Otra de las críticas acogidas es la identidad de la funcionalización del bien jurídico-penalmente protegido. "Se pretende cubrir con un manto de modernidad un proceso empíricamente injustificado de (neo) criminalización, impulsado por una política populista, orientada a la obtención y al mantenimiento del poder, así como a otras intenciones pragmáticas de corto plazo" [131]. Ante ello, los *frankfurtianos* plantean la denomi-

---

[128] *Loc. cit.*

[129] *Ibidem*, pp. 104-105.

[130] ALBRECHT, 2000, p. 479.

[131] GARCÍA CAVERO, 2003, pp. 105-106. "En este momento, el derecho penal, tanto en la teoría como en la praxis, está pasando de la formalización y la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social, y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político, sobre todo en ámbitos como el económico y financiero, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado" (HASSEMER, 1999, p. 9). La reforma del Derecho Penal material se caracteriza porque muestra un interés por combatir los problemas más ampliamente difundidos por los medios de comunicación (criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas), la protección de bienes jurídicos universales (salud pública, medio ambiente) en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales; el creciente empleo de delitos de peligro abstracto que prescinden del resultado de la causalidad e imponen una pena si el sujeto realiza una determina acción peligrosa; la eliminación de diversos grados de imputación penal, como por ejemplo los de tentativa y consumación o los de compli-

nada "política criminal ilustrada o científica" donde buscan un Derecho Penal orientado por sus consecuencias, a los resultados obtenidos por las ciencias empíricas [132]. Por ende, el bien jurídico debe limitarse a lo aprehensible y empíricamente medible [133]. La Escuela de Frankfurt, bajo esta dirección, rechaza las formas de delitos de peligro abstracto al carecer de justificación empírica, pretendiendo ser, más bien, un marcado abandono a la protección de bienes jurídicos, ya que no se pena la lesión misma, sino meras conductas estipuladas socialmente negativas [134]. "Los delitos de peligros abstracto despiertan recelo no sólo porque renuncian al daño y a la prueba de la causalidad, reduciendo de este modo considerablemente los presupuestos de la punición; su función dentro del Derecho penal también es objeto de análisis y de crítica porque, como mínimo, despiertan una cierta sospecha de engaño, al aparentar una utilidad mayor de la que en realidad pueden prestar" [135].

El discurso del **Derecho Penal simbólico** desarrollado por HASSEMER resalta de manera objetable que las nuevas tendencias de criminalización en las legislaciones penales responden a simples efectos simbólicos. Esta visión entiende que "determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta" [136]. En algunos supuestos, las legislaciones penales conllevan un efecto simbólico obtenido con su promulgación. Esta tendencia identifica una especial importancia de la labor del legislador con dichas normas como comunicación política a corto plazo [137]. Se constituye un Derecho Penal que no opera para disminuir la criminalidad, su efecto simbólico lo limita a calmar los temores y miedos de la sociedad. "Esta transformación del Derecho penal se puede constatar claramente en el paulatino abandono del principio de subsidiaridad, en tanto ya no se utiliza el Derecho penal como *última ratio*, sino muchas veces como *prima ratio* y, más aún, como *sola ratio*"[138]. La intervención del Derecho Penal como instrumento sim-

75. Derecho Penal simbólico

---

cidad y autoría; y un aumento de las penas con finalidades preventivo generales intimidatorias (*Loc. cit.*).

[132] GARCÍA CAVERO, 2003, p. 106.

[133] *Loc. cit.*

[134] *Ibidem*, p. 108.

[135] NESTLER, 2000, p. 64.

[136] *Ibidem*, p. 68.

[137] *Ibidem*, p. 77.

[138] GARCÍA CAVERO, 2003, p. 109.

bólico a efectos de prevención general, en el sentido de transmitir el mensaje de una vida de fidelidad al derecho, permite que se destaque, quizás, el cumplimiento de la función pedagógica en la sociedad fortaleciendo la conciencia jurídica de ésta, pero de contrapartida podría resultar riesgosa si de ella se limita su utilización para imponer una tendencia política o ideológica [139].

76. Política criminal del riesgo

La tendencia de una **Política Criminal del riesgo** tiene como ámbito de desarrollo las investigaciones de la realidad social y los importantes cambios que el desarrollo tecnológico acarrea [140]. El fundamento material en una sociedad de riesgo para la nueva configuración de las estructuras de la imputación penal, residen en la necesidad de estar orientadas a la realidad y a las finalidades político-criminales [141]. Así, la explicación de la producción de la efectiva lesión de un bien jurídico no es más convincente que la de su peligro. "Esta concepción de la 'Sociedad de riesgos' plantea importantes cambios en la concepción de las conductas punibles y en las reglas de atribución de la responsabilidad. Ya no es posible, según esta perspectiva hablar de la causación de resultados, sino de 'riesgos' de 'peligros' para bienes jurídicos, por lo cual si tradicionalmente se imputaban las conductas por la causación de un resultado lesivo, ante la perspectiva del 'riesgo' dominante en las relaciones sociales, tienen que cambiar las reglas de causalidad, culpabilidad y responsabilidad" [142]. La nueva configuración de la imputación penal acogería como paradigma a los delitos de peligro [143]. Uno de los puntos tratados por esta tendencia, es la legitimación de los delitos de peligro abstracto y que si bien resultan, en general, atentadores del principio de lesividad, su justificación es persistente por la modernización del Derecho Penal [144]. Así, los seguidores de la Política Criminal del riesgo amparan su constitucionalidad y legitiman la incriminación bajo ciertos requisitos [145]: *primero,* el comporta-

---

[139] Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2001, p. 720.

[140] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001, p. 257. La "*sociedad de riesgo*" es la manera de caracterizar a las sociedades post industriales revestidas de nuevas fuentes de peligro. Dicha denominación fue acuñada por el sociólogo Ulrich BECK en su obra *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad* [Paidós, Barcelona, 1998 (1ª ed. en alemán: 1986)], a partir de ello se identifican a las sociedades industrializadas como sociedades de riesgo (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2001, p. 711).

[141] GARCÍA CAVERO, 2003, p. 117.

[142] HILGENDORF, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001, pp. 258-259.

[143] Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2001, p. 712.

[144] *Vid.* CARO CORIA, 2004, pp. 142-143, relativo a la incorporación del artículo IV del Título Preliminar en el Anteproyecto de Parte General del Código Penal del 2004.

[145] GARCÍA CAVERO, 2003, p. 118.

miento prohibido debe hallarse señalado claramente; *segundo*, que sea identificable su referencia a un bien jurídico; y *tercero*, que no vulnere el principio de culpabilidad.

Sobre el dilema de la actual expansión del Derecho Penal, SILVA SÁNCHEZ plantea la posibilidad de un **Derecho Penal de dos velocidades** [146]: Así, "la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que (...) deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de la imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derecho –tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño–, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas 'clásicos' "[147]. Probablemente, esta diferenciación resulta útil para quienes vienen construyendo un Derecho Penal económico como otra velocidad, con las flexibilidades aludidas que se extienden a la imputación, a la problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas, las sanciones aplicables, entre otros aspectos. Con independencia del Derecho Penal de dos velocidades, recientemente, se induce a identificar una *tercera velocidad* en el que se mantiene la sanción con penas privativas de libertad pero se pretende flexibilizar los principios político-criminales y las reglas de imputación (se denomina *Derecho Penal del enemigo*) [148].

77. Derecho Penal de dos velocidades

JAKOBS pretende identificar dos polos o tendencias en el Derecho Penal: el **Derecho Penal del ciudadano**, donde la función de la pena es la contradicción manteniendo la vigencia de la norma, y el **Derecho Penal del enemigo** (*Feindstrafrecht*) [149] que es la eliminación o el combatir de los peligros. Estas formas ideales no pueden tender a una configuración pura, "ambos tipos pueden ser legítimos" [150]. "No puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas

78. Derecho Penal del ciudadano y del enemigo

---

[146] SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 159-162.

[147] CANCIO MELIÁ **en** JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, pp. 82-83.

[148] SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 163-164; CANCIO MELIÁ **en** JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, pp. 82-83. *Vid.* GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, pp. 106 y ss.

[149] Para CANCIO MELIÁ, el Derecho Penal del enemigo surge de la unión del Derecho Penal simbólico y el punitivismo (**en** JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, p. 78).

[150] JAKOBS, **en** JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, p. 55.

otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros"[151].

79. Derecho Penal del enemigo

En el *Derecho Penal del enemigo*, la pena entendida como coacción [152] busca ser efectiva contra el individuo peligroso. La coacción se puede limitar en un doble sentido: *Primero*, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. *Segundo*, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior "acuerdo de paz" [153]. La relación entre personas titulares de derechos y deberes se denomina Derecho, mientras que la relación con un enemigo se determina por la coacción [154]. "El Derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad" [155]. A ello se entiende que el Estado tiene dos formas de proceder con los delincuentes: como personas que han cometido un error o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico [156]. "El Derecho Penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, sólo coacción física, hasta llegar a la guerra" [157].

---

[151] JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, p. 22.

[152] "La pena es coacción, de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la normas, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniendo ser, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho" (JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, p. 23).

[153] *Ibidem*, p. 33.

[154] *Ibidem*, pp. 25-26.

[155] *Ibidem*, p. 32.

[156] *Ibidem*, p. 47.

[157] *Ibidem*, p. 33.

Para esta tendencia, frente a la seguridad de las personas, el sujeto que "no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas" [158]. "Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido" [159].

80. Concepto de «enemigo»

Una regulación propia de los delitos por parte del Derecho Penal del enemigo no es el daño en la vigencia de la norma, sino en hechos futuros. La ubicación del daño actual a la vigencia de la norma es reemplazada por el peligro de daños futuros [160]. "Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de conformar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad" [161] [162].

81. «Combate al enemigo»

---

[158] *Ibidem*, p. 47.

[159] *Ibidem*, pp. 55-56. Cancio Meliá describe que "la esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una relación de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos" (**en** Jakobs/Cancio Meliá, 2003, p. 86).

[160] Jakobs **en** Jakobs/Cancio Meliá, 2003, pp. 49-50.

[161] *Ibidem*, pp. 42-43.

[162] Para Jakobs, la punición internacional (Tribunal para la antigua Yugoslavia en La Haya, el Estatuto de Roma y el Código Penal Internacional) o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho Penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima (Jakobs, **en** Jakobs/Cancio Meliá, 2003, pp. 51 y 56). Por nuestra parte, creemos que la *lucha contra la impunidad* de las graves violaciones a los derechos humanos, ha sido ampliamente desarrollada y justificada a través del Derecho Internacional de los Derecho Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, por lo que la Comunidad Internacional viene aceptando al nuevo Derecho Internacional Penal y adecuándolo a las legislaciones internas (sobre la impunidad y el surgimiento de los Tribunales de Derechos Humanos, *vid.* en detalles: Villán Durán, 2002, pp. 511 y ss.). Este también es el caso del Perú, donde se han registrado innumerables violaciones a los derechos humanos. (Por ejemplo, *vid.* sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Barrios Altos"). *Vid.* también Pastor, 2005, p. 789.

Las *críticas* formuladas al Derecho Penal del enemigo son diversas: *Primera*, implica un apartamiento de los fines ordinarios del Derecho Penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento de la norma infringida –siguiendo la línea de la prevención general positiva– [163]. *Segunda*, la identificación de la condición de enemigos del sistema social, presupone la privación y negación de la condición de *personas* a tales individuos y la consideración de los mismos como *no–personas* [164]. En este sentido, "un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal "ordinario" tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano" [165]. *Tercera*, al identificar al enemigo en base a su perversidad, se inclina el Derecho Penal del enemigo a un Derecho Penal de autor y no de hecho [166]. *Cuarta*, a las regulaciones del Derecho Penal del enemigo no se les puede reconocer ya el carácter de *Derecho*. "A esta conclusión tiene que conducir ya inmediatamente, y por sí mismo, el propio paradigma sobre el que pretende construirse semejante ordenamiento, esto es, la negación a sus destinatarios de la condición de personas. De acuerdo con un general convencimiento del presente, únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si ésta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable" [167]. *Quinta*, el Derecho Penal del enemigo es incompatible con un Derecho Penal democrático o del Estado de Derecho, pues no es *lícito* un ordenamiento que niegue objetivamente la dignidad del ser humano [168].

82. Críticas al Derecho Penal del enemigo

c. Criminología

83. Objeto de la Criminología

El objeto de la Criminología es estudiar al proceso de la **criminalización** y a la realidad de las conductas socialmente dañosas y las situaciones conflictivas y problemáticas [169]. Es una ciencia empírica o fáctica de carácter interdisciplinario.

---

[163] GRACIA MARTÍN, 2005a, p. 8.

[164] *Ibidem*, p. 22.

[165] *Ibidem*, pp. 41-42.

[166] CANCIO MELIÁ, **en** JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2003, pp. 87-88, 94 y 100-102.

[167] GRACIA MARTÍN, 2005a, p. 30.

[168] *Ibidem*, p. 42.

[169] VILLAVICENCIO TERREROS, 2000, p. 3. Es posible estudiar etiológicamente las situaciones o hechos sociales de naturaleza problemática, siempre que las mismas no

El pensamiento criminológico clásico o tradicional, en la versión de la escuela positivista italiana, analizaba las causas del delito como producto de la conducta de un autor individual. Se explicaban estas causas del delito en relación a factores antropológicos o biológicos del autor (antropología y psicología criminal) o por el medio social en el que desarrollaba su vida (sociología criminal) [170]. Buscaba las causas de la criminalidad a partir de la personalidad del infractor, de su entorno personal y de sus condiciones sociales de existencia. Aquí, trabaja con métodos de las ciencias naturales o experimentales. La principal dificultad que presentaba la **criminología positivista** se encuentra en la delimitación de su objeto, "pues sin duda el delito, el delincuente y la pena son fenómenos que dependen de las valoraciones legales, pero que no tienen existencia real por fuera de la ley" [171]. Esta dependencia de la criminología tradicional al sistema penal le resta independencia y le imposibilita la asunción de posturas críticas frente al mismo [172].

84. Criminología positivista

Si bien el planteamiento de la Criminología clásica [173] no ha desaparecido por completo, la **Criminología crítica** [174] vino a rechazar esta explicación y centrar su atención en el **proceso de criminalización** y en el estudio crítico de los diversos niveles del control social, entendiendo que el Derecho Penal es sólo un factor del proceso de criminalización. De manera que sus postulados no son teorías de la criminalidad sino de la criminalización. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por tanto, el comportamiento del autor, sino el de los organismos del control social [175]. No se trata de ampliar el objeto de la Criminología –en comparación con la Criminología tradicional– pues plantear el estudio del control social representa todo un giro metodológico de gran

85. Criminología crítica

---

sean tomadas de las definiciones legales (*Ibidem*, p. 4). Además, este objetivo incluye el estudio de la definición y selección que realiza el sistema penal (control social formal del delito) y otros controles sociales existentes (*Loc. cit.*).

[170] Para informarse cómo surge y se desarrolla la criminología en América Latina, véase: Del Olmo, 1981.

[171] Fernández Carrasquilla, 1994, p. 39.

[172] Martínez, 1999, p. 275.

[173] Mir Puig, 2004, p. 59, num. 29.

[174] Las teorías criminológicas basadas en el *labelling approach* con las teorías conflictuales marcan el paso de la Criminología liberal a la Criminología crítica. Baratta, 1986, pp. 165-166; Villavicencio Terreros, 2000, p. 91.

[175] Miralles, 1982, p. 87; Bacigalupo, 1998, p. 42; Pérez Pinzón, 1997, p. 111.

importancia [176]. Por ello, la Criminología crítica sustituye el método causal-explicativo por un método socio-político [177]. "Según esta concepción, la Criminología ha de convertirse en *Sociología del control social*, que se ocupe del Derecho Penal como uno de los medios de control social" [178] [179].

86. Teorías criminológicas

Pueden clasificarse las teorías criminológicas en tres grupos: *Primero*, las *teorías criminológicas de la integración social* (paradigma etiológico de la interpretación positivista, teorías psicoanalistas, teorías funcionalistas de la anomía y de las subculturas criminales). *Segundo*, las *teorías criminológicas de la sociedad pluralista* (teoría de la asociación diferencial y la criminalidad de cuello blanco, teoría interaccionista del encasillamiento: *labelling approach*). *Tercero*, las *teorías criminológicas de la interpretación conflictiva de la sociedad* (nueva criminología materialista o marxista, criminología crítica) [180].

87. Teorías criminológicas y sociedad

El primer grupo de teorías entiende a la sociedad como unidad cultural; el segundo, a la sociedad compuesta por diversos grupos sociales entre los que existe un consenso general sobre las reglas que sirven para resolver los conflictos; y, el tercer grupo interpreta a la sociedad compuesta por diversos grupos sociales pero que carecen de dicho acuerdo y se hallan en conflicto.

88. Criminología latinoamericana

En América Latina, diversos estudios sobre Criminología tomaron el camino de las teorías de la sociedad conflictiva en el sentido de la Criminología crítica, pero adecuada a las peculiaridades propias de los diferentes países de nuestro continente [181].

---

[176] VILLAVICENCIO TERREROS, 2000, p. 5.

[177] BACIGALUPO, 1998, p. 42.

[178] MIR PUIG, 2004, p. 59, num. 30.

[179] El aporte de la criminología crítica ha sido fundamental para las ciencias penales. En la década de los ochenta del siglo pasado entró en una época de confusión, división y desánimo. Confusión, debido a las reconsideraciones producidas por las ideas de los setenta y recuperar algunas de ellas y la necesidad de revisar nuevamente al *labelling approach*; división por la aparición de las tendencias en la Criminología Crítica (realistas de izquierda, abolicionistas y minimalistas) y desánimo, por que los grandes objetivos de la transformación social esperada parecen fuera de alcance (las alternativas a la prisión originan la reacción de una sociedad disciplinaria). (*Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, 2000, pp. 107 y ss., 179).

[180] PAVARINI, 1983, pp. 93 y ss. Véase: BARATTA, 1986.

[181] ANYAR DE CASTRO, 1977; DEL OLMO, 1979; SANTOS, 1979 y 1981; BERGALLI, 1982; SANDOVAL HUERTA, 1985; GARCÍA MÉNDEZ, 1987; ZAFFARONI, 1988 y 1989. ELBERT, 1996 y 1999. *Vid.* la revista *Capítulo Criminológico*, Universidad de Zulia Maracaibo, Venezuela.

89. Criminología y Derecho Penal

Por otro lado, la relación de la Criminología con el Derecho Penal depende necesariamente de la cooperación que existe entre ambas [182]: la Criminología como disciplina examina y explica los hechos, en tanto que el Derecho Penal es una ciencia que elabora normas jurídicas. Así, responden a una relación equilibrada debido a la evolución de la propia Criminología que en los últimos años se ha hecho mucho más diferenciada en sus planteamientos y principios de solución [183]. "El Derecho penal es ciego sin la Criminología, y la Criminología carece de límites sin el Derecho penal" [184].

90. Criminología del desarrollo

Una tendencia de la Criminología contemporánea viene proponiendo teorías y enfoques integrados frente a los más tradicionales de carácter unitario tales como las teorías de la asociación diferencial, la tensión o el control [185]. Así, en este proceso de integración surge la llamada **Criminología del desarrollo** que sobre la base del paradigma de las carreras criminales impulsa a la teoría y la investigación contemporánea en una profunda preocupación por el *factor edad* y la curva de la edad. "La Criminología del desarrollo es una corriente bastante amplia, que en general considera que los factores relevantes para la criminalidad pueden ser distintos según la edad de las personas, y así pueden construirse tipos –frente a lo que defendería una teoría general– siguiendo criterios como la fase de la vida en que alguien se encuentra, la edad a la que se comenzó a delinquir, patrones de agravación, especialización de existencia, etc. que pueden tener causas diferentes (...). La Criminología del desarrollo parte de la base de que las teorías criminológicas tradicionales son estáticas, en el sentido de que recurren a causas que quedan fijadas en un determinado momento, generalmente propio en la vida de las personas, y tiende a no verse alteradas ya" [186]. Así se trata de propuestas dinámicas que reconocen diferencias notables entre los distintos individuos y asume que ello puede deberse a causas al menos en parte biológicas o genéticas. Propone el análisis en tres etapas: *activación, agravación* y *desistencia,* insistiendo en la continuidad y generalidad que se presenta en la carrera criminal de los sujetos. Esta Criminología del desarrollo está especialmente vinculada al enfoque de los factores de riesgo.

---

[182] La pérdida de terreno que antes se temía carece de todo fundamento desde este punto de vista, en los tiempos de la escuela antropológico-criminal de LOMBROSO que proponía tirar por la borda todo el derecho penal, pertenecen al pasado (MAURACH/ZIPF, 1994, p. 47).

[183] *Loc. cit.*

[184] JESCHECK, 1993, p. 35. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 45.

[185] SERRANO MAÍLLO, 2004, p. 447.

[186] *Ibidem,* pp. 463-464.

Capítulo II
LA PENA

Sumario: **§5.** Teoría de la pena. **§6.** Teorías absolutas. **§7.** Teorías relativas. **§8.** Teorías mixtas. **§9.** Concepción crítica de la pena. **§10.** La pena en el Código Penal de 1991. **§11.** Medidas de Seguridad. **§12.** La reparación como sanción penal.

Bibliografía

Rafael Alcácer Guirao: *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. / Francisco Javier Álvarez García: *Retribución y prevención general negativa como fines de la pena*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 72, Madrid 2000. / Enrique Bacigalupo: *Las teorías de la pena y el sujeto del derecho penal*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / Alessandro Baratta: *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, **en** Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Volumen VIII Nº 29, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1986. / Cesare Beccaria: *De los delitos y de las penas*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, notas de Pietro Calamandrei, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1990. / José Luis Castillo Alva: *Fines de la pena y la medida de seguridad*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / José Cerezo Mir: *Culpabilidad y pena*, **en** Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / Nils Christie: *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México 1984. / Manuel Da Costa Andrade: *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, **en** Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995. / José Luis Díez Ripollés: *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, **en** Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003. / Dolores Eugenia Fernández Muñoz: *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993. / Mercedes García Arán: *La concepción de la pena y los límites constitucionales a la prevención en la reforma penal*, **en** Estudios jurídicos en Memoria al profesor doctor don José Ramón

Casabó Ruiz, Primer Volumen, Universitat de Valencia, Valencia 1997. / CARLOS GARCÍA VALDEZ: *Teoría de la pena*, 3ª ed., Tecnos, Madrid 1985. / ALICIA GIL GIL: *Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / FAUSTO GIUNTA: *¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre la crisis de los paradigmas preventivos y los desencantos científicos*, en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003. / PILAR GONZÁLEZ-RIVERO: *El fundamento de las penas y las medidas de seguridad*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 78, julio, Madrid 2002. / LUIS GRÀCIA MARTÍN: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 1999. / WINFRIED HASSEMER: *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)*, en Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2000; IDEM, *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)*, en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Temis, Bogotá 1999. / GÜNTHER JAKOBS: *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2004; IDEM, *Sobre la teoría de la pena* (trad. de Manuel Cancio Meliá), en Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000. / LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *La recompensa como prevención general. El derecho premial*, Reus, Madrid 1915. / DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA: *La relación de merecimiento de pena y de necesidad de pena con la estructura del delito*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995; IDEM, *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 16, Madrid 1982. / BORJA MAPELLI CAFFARENA/JUAN TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid 1996. / SANTIAGO MIR PUIG: *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en Poder y Control, Nº 0, 1986. / SERGIO MOCCIA: *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Julio César Faira editor, Montevideo-Buenos Aires 2003. / IGNACIO MUÑAGORRI: *Sanción penal y política criminal*, Reus, Madrid 1977. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Medida de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANCP* [Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983]*: ¿monismo o dualismo?*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 6, 1983. / WOLFGANG NAUCKE/WINFRIED HASSEMER/KLAUS LÜDERSSEN: *Principales problemas de la prevención general*, trad. de Gustavo Eduardo Aboso/Tea Löw, Editorial B de F, Julio César Faira editor, Montevideo-Buenos Aires 2004. / SERAFÍN ORTIZ ORTIZ: *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la Procuraduría general de la República de México, México 1993. / RAÚL PEÑA CABRERA: *La pena en la democracia capitalista y el sistema de sanciones en el Proyecto de Código Penal*, en Debate Penal Nº 1, Lima 1987. / ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS: *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / MIGUEL POLAINO NAVARRETE/MIGUEL POLAINO-ORTS: *¿Medidas de seguridad «inocuizadoras» para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / VICTOR PRADO SALDARRIAGA: *Aplicación de la pena*, Curso a Distancia, Academia de la Magistratura, Lima 2000; IDEM, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima 2000. /

JULIO RODRÍGUEZ DELGADO: *La reparación como sanción jurídico-penal*, Editorial San Marcos, Lima 1999. / MARIO ROMANO: *«Merecimiento de pena», «necesidad de pena» y teoría del delito*, **en** Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995. / CLAUS ROXIN: *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001; IDEM, *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*, **en** Política Criminal y Reforma penal, Temis, Bogotá 1982; IDEM, *Prevención y determinación de la pena*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 9, Madrid 1979; IDEM, *Sentido y límite de la pena estatal*, **en** Problemas básicos del derecho penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / GEORG RUSCHE/OTTO KIRCHHEIMER: *Pena y estructura social*, trad. de Emilio García Méndez, Temis, Bogotá 1984. / ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN: *Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / ANDREW VON HIRSCH: *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, **en** Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003. / FRANZ VON LISZT: *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, Edeval, Valparaíso 1984. / ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL: *Sentido y justificación de la pena*, **en** Boletín. Comisión Andina de Juristas, Nº 42, Lima 1994.

§5. Teoría de la pena

91. Pena y control social

La pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad [1]. La forma de *control social formal*, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena.

92. Pena y Derecho Penal

En realidad, «toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función» [2]. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho Penal. Existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho Penal y la teoría de la pena. «Toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal» [3]; pero –como se verá más adelante– cada una de las teorías responden a una determinada concepción de Estado y, consecuentemente, cada teoría origina una determinada definición de Derecho Penal. «La historia de las teorías penales es una historia universal del derecho penal» [4].

---

[1] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 23.

[2] ZAFFARONI, 1980, I, p. 83.

[3] BACIGALUPO, 1998, p. 7.

[4] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 86. *Vid.* también VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 112.

93. Pena y norma penal

La pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, «la pena es ajena a la norma» [5].

94. La pena

La **pena** es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana [6]. Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es sólo un discurso no realizado –el poder penal no lo ejerce o no surte efectos– entonces la pena se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del Derecho Penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. Además, para evitar un Derecho Penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena [7].

95. Teorías de la pena

Para establecer los límites a la aplicación de la pena por parte del poder penal, el Derecho penal ha desarrollado diferentes teorías: las *teorías relativas* y las *teorías mixtas* [8] [9], siendo las *teorías absolutas* negadas pues implican la pura retribución por el hecho.

---

[5] BUSTOS, 2004, I, p. 523.

[6] Esto no implica admitir que la teoría de la retribución sea el fundamento de la pena (*Vid.* Sentencia del Tribunal Constitución de 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 37). No obstante, en el Derecho Penal actual se insiste en justificar que la pena es necesaria («La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta al conocimiento empírico (...). Su necesidad a un hecho real»: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 121), ya que sin ella la convivencia humana sería imposible. Por ello, se afirma –según una muy conocida frase del proyecto alternativo alemán–, que es una «amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como los hombres» (BERDUGO *et al.*, 1999, p. 24. *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 47).

[7] KARGL, 2000, pp. 57 y ss.

[8] Esta clasificación de las teorías de las penas fue elaborada por BERNER (ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 100).

[9] BACIGALUPO considera que no se tratan de teorías propiamente dichas, sino de principios o axiomas legitimantes, debido a que su función en la Ciencia del Derecho Penal es la de fundamentarlo en último término. «Por tanto, las 'teorías' de la pena

§6. Teorías absolutas de la pena

También llamadas teorías clásicas, retributivas o de la justicia; parten de la existencia de verdades o valores absolutos, considerando así que el sentido y el fundamento de la pena es sólo la **justicia** [10], la afirmación de la vigencia del derecho o la necesidad moral. El Derecho Penal se legitimará como instrumento eficaz para el logro de tales valores [11]. Rechazan de plano la búsqueda de fines fuera de la propia pena y consideran que aquella «se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo» [12]; como también, el hombre es considerado un fin en sí mismo. La pena, para los retribucionistas, debe existir para que la justicia domine en la Tierra [13].

96. Teorías absolutas

Estas teorías se basan en el reconocimiento del Estado como un guardián de la justicia y las nociones morales, en la capacidad de la persona para autodeterminarse, y en la limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual [14]. La pena se legitima si es justa; pero no, si es útil. «Una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad» [15]. Una **pena justa** implica la retribución de una lesión cometida culpablemente.

97. Pena justa

Para estas teorías, la pena es la **retribución** por el delito cometido: producirle un mal a un individuo que compense el mal que ha causado libremente, equilibrándose así la culpabilidad del autor por el ilícito cometido. Es por ello, que se concibe a la pena como aquella que atiende o mira

98. Retribución

---

no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el 'ser' de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena?» (2004, p. 31). Para BINDER, «la pregunta es, entonces, ¿cuándo el Estado puede ser violento? Ésa es la formulación más clara de la interrogación sobre el fundamento de la pena y el verdadero contenido de una 'teoría de la pena', si es que ella puede ser construida (aunque el nombre 'teoría' de la pena es impropio porque un conjunto de razones que justifiquen su aplicación no constituye una teoría). ¿Es posible hallar razones que justifiquen la violencia del Estado?» (2004, p. 47).

[10] La denominación de «Teorías Absolutas» se debe a que éstas apelan a valores absolutos, como lo es la justicia (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 130).

[11] BUSTOS, 2004, I, p. 524.

[12] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 24.

[13] ROXIN, **en** ROXIN/ARTZ/TIEDEMANN, 1989, p. 24.

[14] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 75. En el Derecho Penal la ideología contractualista transforma la noción de la pena. Si la sociedad se determina por los contratos, entonces quien viole el contrato debe ser retribuido con un mal injusto que ha causado (ORTIZ ORTIZ, 1993, pp. 117-118).

[15] FERNÁNDEZ MUÑOZ, 1993, p. 47.

al pasado, al hecho que se cometió. «Al que actuó mal se le devuelve otro mal» [16]. Se considera a la retribución como el presupuesto esencial para la imposición de la pena. Así, el hecho delictivo cometido opera como fundamento y medida de la pena, y se debe adecuar el grado del injusto con la culpabilidad del autor (equivalencia) [17]. Por eso, cuando se habla de «retribución» no se refiere al concepto de «venganza» sino al de «medida» [18].

99. Presupuestos de la retribución

Esta idea de retribución descansa sobre tres **presupuestos** esenciales [19]: *Primero*, la *potestad estatal* para castigar al responsable mediante la pena. *Segundo*, la necesaria existencia de una *culpabilidad* que pueda ser medida según la gravedad del injusto cometido. Por eso, la culpabilidad viene a ser su elemento referencial. *Tercero*, la necesidad de armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, de manera que la pena, dictada en la sentencia, sea considerada justa por el autor y por la colectividad. Es por ello, que el principio «no hay penas sin culpabilidad» puede constituir una garantía propia del Derecho Penal liberal [20].

100. Libre albedrío

La idea de las teorías absolutas se fundamenta en el **libre albedrío**, es decir, de un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien o el mal. «Si la pena ha de ser expresión del derecho y no pura fuerza del Estado, obligatoriamente ha de poder motivar al individuo. Ahora si la norma ha de poder motivar al individuo, dicho individuo a su vez tendrá que ser motivable, lo que supone su capacidad de reconocer el valor» [21]. Si el sujeto hace un mal uso de su libertad, entonces se hace merecedor de una pena. La pena será una retribución o un pago por el mal uso que hizo el agente de su libertad. Pero tal pena no es cualquiera, sino que es una pena justa, esto es, proporcionada al mal causado con el delito.

101. Principio del Talión

Históricamente, en sus inicios, la retribución fue una pura reacción frente al delito. Consideraban que el mal no debe quedar sin castigo y el autor de un hecho desaprobado debe encontrar en él su merecido [22]. Tanto la cantidad y la calidad de ésta se fundamentaba en la entidad del daño objetivamente creado, hablándose, por ende, de una pena proporcional a la mayor o menor gravedad material del evento. Es por eso, que se le identificaba con el antiguo **principio del talión**.

---

[16] ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 111.

[17] *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 72.

[18] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 126.

[19] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 72.

[20] Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 35, num. 82.

[21] BUSTOS, 2004, I, p. 525.

[22] MIR PUIG, 2004, p. 87, num. 3.

El cristianismo desarrolló la idea que la pena era una respuesta a la **culpabilidad moral** [23]. Se ha concebido a la realización de la justicia, como un mandato de Dios, estableciendo un paralelismo entre la exigencia de justicia divina y la función de la pena [24]. Siendo el libre albedrío (el hombre tiende a escoger entre el bien y el mal) una concepción cristiana, se ha identificado al delito como pecado y se ha dado a la pena un carácter expiatorio. Por ello, en el plano religioso, el sentido de la pena viene a ser la expiación del pecado. «La expurgación del mal a través del dolor otorgó sentido a la pena que de esta manera redimía al hombre» [25].

102. La retribución en el Cristianismo: Culpabilidad moral

Así, el concepto de la **expiación**, es diferente a la retribución, pues consiste en una actividad anímica personal, de contenido moral, del autor en aceptar interiormente a través del arrepentimiento, la necesidad de la pena y así poder recuperar su libertad moral [26]. Sin embargo, por ser la expiación un elemento subjetivo, era impropio para el Derecho; y además era un instrumento que no compatibilizaba con la pena, pues no se buscaba que sea una coacción proveniente del Estado sino del propio autor que asume su responsabilidad y voluntariamente responde por las consecuencias que haya producido su conducta [27].

103. Expiación

Posteriormente, la concepción de la retribución experimentó un profundo cambio de significado desde la Ilustración del siglo XVIII [28]. Se introducen consideraciones de mayor trascendencia, se ajusta a los elementos objetivos del delito, y se dice con más propiedad que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, de donde surte efecto la esfera interna del sujeto como límite en la potestad punitiva del Estado [29]. En esta época moderna, particularmente en la cultura europea, ha sido el Idealismo

104. La retribución en la Ilustración: Kant y Hegel

---

[23] STRATENWERTH, 2005, p. 30, num. 5.

[24] Cfr. ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 112; ROXIN, 1999, p. 83, num. 5. JESCHECK/WEIGEND, dentro de esta fundamentación, se refieren, por un lado, a la concepción del orden universal como creación divina (doctrina de los dos imperios), y de otro lado, a la idea de la correspondencia entre el ser divino y el humano (doctrina de la «analogía de entes») (2002, p. 76).

[25] ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 112. SAN AGUSTÍN también considera que la justicia se presenta en el mundo como retribución divina. Se considera que es Dios quien retribuye con el mal de la pena: «Con la misma medida que midáis seréis medido» (*Ibidem*, p. 113) SANTO TOMÁS DE AQUINO señaló que la pena se debe aplicar en base a una justicia conmutativa, en otras palabras, la justicia que devuelva mal por mal. «Asignó también un carácter de 'intimidación' a la pena, afirmando que el temor de la pena mantiene a los hombres alejados del delito y los hace mejores; sólo que esta utilidad de la pena representa un medio para alcanzar el fin penal y no como posteriormente lo desarrollarían los doctrinarios utilitaristas» (*Loc. cit.*).

[26] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 72.

[27] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 135.

[28] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 72. «Lo que a esta teoría le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante (...) [es] su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán» (ROXIN, 1999, p. 82, num. 3).

[29] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 358.

alemán, representado por KANT (fundamentación ética) y HEGEL (fundamentación jurídica), los que han desarrollado la idea que la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto [30].

105. Kant: retribución moral

La **retribución moral** supone que el delito es infracción al orden ético y señala que la conciencia moral exige que sea retribuido con la pena [31]. Immanuel KANT es considerado el máximo representante de esta fundamentación. En su obra *La metafísica de las costumbres* plasma la fundamentación de las ideas retribucionistas y de justicia; y luego, las considera como leyes inviolables y válidas que prevalecen contra todas las interpretaciones utilitaristas [32].

106. Imperativo categórico

Para KANT, la conducta debe ser moral, y lo es cuando responde a un deber de conciencia. Considera que la pena es un «**imperativo categórico**» o un mandato de la justicia incondicional que imponen determinadas conductas y están libres de cualquier consideración final [33]. Sintetiza al imperativo categórico de la siguiente manera: «Obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal» y «nunca debe tratarse nadie a sí mismo ni a los demás como simple medio, sino como fin en sí mismo» [34].

107. Kant: Sentimiento del deber y principio del Talión

Si el imperativo categórico, que deviene de la ley, es observado, cumplido y respetado por el *sentimiento del deber*, se llega a la moralidad; pero si tal imperativo categórico es observado de diferente manera a su cumplimiento se llega a la legalidad, se produce la trasgresión, y como consecuencia indeclinable el castigo. Según KANT el contenido de la pena tiene rasgos talionales («*ojo por ojo, diente por diente*») por ello, los reemplaza por los términos delito y pena [35].

108. Kant: Ejemplo de la comunidad de la isla

Considera al hombre como un fin en sí mismo y señala que no es ilícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. No sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social, que considere a la persona como un medio para los propósitos de otros y se la confunda con los derechos reales [36]. Por consiguiente, la pena está libre de fines que pudiera llevar, y solamente se funda en el imperativo categórico. KANT expone el conocido *ejemplo de la comunidad de la isla*: «Se trata de una comunidad social que habita en una isla y entre sus miembros cuenta con un reo condenado; con ocasión de tener que abandonar el islote para trasladarse a otro lugar (autodisolución del Estado) se plantea el tema del destino que otorgan a aquella persona: ejecutar la sentencia, pues ha de cumplirse el derecho en todo tiempo, lugar y ocasión, y castigar el delito cometido, que restablece el orden jurídico; o indultar al penado, dejándolo a su suerte, pues ningún mal puede ya causar a la

---

[30] *Vid.* ROXIN, 1976, p. 12.

[31] REYES ECHANDÍA, 1989, p. 248.

[32] ROXIN, 1999, p. 82, num. 3.

[33] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 75; ORTIZ, 1993, p. 119; MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 35.

[34] ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 119.

[35] Cfr. ROXIN, 1999, p. 83, num. 4.

[36] KANT **en** JAKOBS, 1995, p. 21, num. 19.

sociedad, que se disuelve por voluntad propia» [37], de lo contrario, el pueblo sería «cómplice en la vulneración pública de la justicia» [38] [39].

109. Hegel: Retribución jurídica

La **retribución jurídica** considera al delito como la rebelión del particular contra la voluntad de la ley y, por ende, se exige como reparación la pena, reafirmando así la autoridad del Estado [40]. HEGEL en su obra *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho* presenta una respuesta que va más allá de lo sostenido por KANT, fundamentando a la pena ya no como un mandato absoluto de la justicia, sino como un **proceso dialéctico** [41].

110. Dialéctica hegeliana y pena

«Fundamenta la pena sobre el principio dialéctico sin el cual el Ordenamiento jurídico expone la 'voluntad general', mientras que la 'voluntad especial' del delincuente, expresada a través de la infracción del Derecho, es negada por medio de la pena y 'anulada' por la superioridad moral de la comunidad» [42]. La «voluntad general» entendida como el orden jurídico viene a ser la «tesis», la negación de la misma por el delito es la «antítesis» y la negación de esta negación sería la «síntesis», que tendría lugar mediante el castigo del delito. Por consiguiente, la pena es una negación de la negación del derecho, cumpliendo así su papel retributivo. «La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión» [43].

111. Hegel: Concepto de pena

Considera a la pena como pura y simple retribución por el mal causado [44]. La pena es lo racional y una pena justa es una pena racional donde según la intensidad de la negación del derecho será también la intensidad de la pena para que el derecho sea afirmado [45].

---

[37] *Metaphysik der Sitten* **en** GARCÍA VALDEZ, 1985, pp. 12-13. *Vid.* también HASSEMER, 1999, p. 107; CEREZO MIR, 2003, I, p. 20.

[38] KANT **en** JAKOBS, 1995, p. 21, num. 19.

[39] KLUG califica al imperativo categórico de KANT como una «fórmula vacía de la que no es posible inferir conclusión alguna con contenido» (MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 37).

[40] REYES ECHANDÍA, 1989, p. 248.

[41] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 131.

[42] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 76. Cfr. MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 36.

[43] HEGEL **en** ROXIN, 1999, p. 4. Así, la pena «manifiesta la afirmación del derecho, por cuanto es la negación del delito que, a su vez, es la negación del derecho, y dado que la negación de la negación supone una afirmación, la pena es la afirmación del derecho. Por consiguiente, la pena cumple una función en sí misma, sin perseguir fin alguno» (CÓRDOBA RODA *et al.*, 1972, p. 3).

[44] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 118. «La pena es para HEGEL a un tiempo, castigo, coacción y venganza, si bien esta última según su contenido y no según su forma» (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA II, 1989, p. 86).

[45] BUSTOS, 2004, I, p. 524. El juicio a HEGEL para KLUG: «la negación de la negación es una estructura lingüística que no es objetiva ni correcta» (MAPELLI/TERRADILLOS, 1996, p. 37).

Los **aportes** de estos dos puntos de vista se pueden resumir en lo siguiente: *Primero*, al afirmar que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, se garantiza al ciudadano frente a los límites del poder punitivo estatal [46]. Así, impiden cualquier tipo de abuso por parte del Estado, y, además, fijan la medida que la pena debe tener en el momento de su aplicación: un límite mínimo, donde se aplica la pena sólo en el caso que se haya cometido el hecho ilícito con todos sus elementos; y un límite máximo, cuando se obliga al Estado a no sobrepasar los márgenes de duración de la pena que se haya señalada en la ley con respecto a un determinado hecho ilícito [47]. *Segundo*, en contraposición a las ideas preventivas generales, consideran inadecuado la instrumentalización del hombre para fines preventivos a favor de la comunidad, dando mayor consideración a la dignidad humana [48].

112. Aporte de las teorías retributivas

A estas teorías se les formulan las siguientes **críticas**: *Primera*, en cuanto a la imposición de un mal ante otro mal, se objeta lo siguiente: 1º No constituyen un medio adecuado para la lucha contra el delito y la delincuencia. Se desinteresa de todo tipo de utilidad para la reparación de los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos [49]. En otras palabras, no hace nada para que el autor tenga una vida futura en libertad alejado de toda influencia delictiva [50]. 2º En la realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito [51]. «Con la retribución no es extirpado el mal del delito y, al contrario, a la postre se torna en un mal que se suma a otro mal» [52]. Además, se reitera que estas teorías no han buscado tratar el problema de la realidad de la pena; y

113. Críticas a las teorías retributivas

---

[46] ROXIN, **en** ROXIN/ARTZ/TIEDEMANN, 1989, p. 24.

[47] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 50-51. «La idea de retribución marca (...) un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad» (ROXIN, 1999, p. 84, num. 7). «El resultado rescatable de la supuesta retribución entendida como *principio regulativo*, es preferible llamarlo *principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva*, considerándolo uno de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, y que *no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder*» (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 70).

[48] BACIGALUPO, 1998, pp. 9-10; FERNÁNDEZ MUÑOZ, 1993, p. 48.

[49] ROXIN, 1999, p. 84, num. 9.

[50] «En las teorías absolutas de la pena nunca se reconoce a la persona como un ente necesitado de ayuda, repentinamente maltratado y débil ante las tentaciones; en verdad se trata a la persona justamente, pero con una frialdad glacial» (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 77).

[51] BACIGALUPO, 1998, p. 9.

[52] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 359.

sólo pretenden con la pena un orden racional y absoluto que son inalcanzables. *Segunda*, estas teorías confieren «un auténtico cheque en blanco al legislador» [53], ya que sólo precisan cómo se debe castigar pero no señalan qué tipo de conductas y cuándo se las deben aplicar las penas. *Tercera*, se sustenta en que ellas se basan en un presupuesto filosófico indemostrable (para la imposición de la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto) como lo es el libre albedrío. *Cuarta*, las llamadas teorías absolutas son deductivas que no representan justificación a la pena y están al servicio de otra cosa que es la defensa social, aunque se le denomine de otra forma [54].

114. Incompatibilidad de la retribución con el Estado democrático

Hay que entender que estas teorías responden a determinados momentos histórico-políticos. Por ello, la ideología retribucionista tiene su mejor momento en el Estado liberal que ya ha declinado, abriendo paso a un Estado moderno [55] [56]. No son compatibles con un Estado social Democrático de Derecho –donde se mantiene diferenciados los espacios del Derecho y la Moral–, ya que su función no se adecua generalmente en la realización de la justicia absoluta [57]. En tal sentido, podemos considerar que «la teorización política y iusfilosófica del papel de la pena ha superado históricamente la teoría retribucionista» [58].

115. Neo-retribucionismo

En la actualidad, la impracticabilidad de las teorías preventivas hace resurgir estas ideas a través del denominado **Neoretribucionismo** [59] [60]. «Todavía es dable encontrar penalistas modernos que defienden el senti-

---

[53] García Pablos de Molina, 2000, p. 133. *Vid.* Fernández Muñoz, 1993, p. 47.

[54] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 38.

[55] Quintero Olivares, 2000, p. 119.

[56] Cfr. Roxin, 1976, p. 14. Es ilustrativo cuando afirma que en el actual Estado democrático, las sentencias no se pronuncian en nombre de Dios sino en nombre del pueblo.

[57] En relación a la teoría de la retribución absoluta, la Sentencia del Tribunal Constitución de 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC, señala que ésta carece de todo sustento científico y que además es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana reconocido en el artículo 1 de la Constitución (fundamento 30).

[58] Quintero Olivares, 2000, p. 119.

[59] *Vid.* Pérez Pinzón, 1996, p. 358.

[60] «Ante el fracaso de la prevención especial positiva y las demandas emocionales y demagógicamente alentadas, resurge el llamado *retribucionismo* o *neoretribucionismo*. (...) El éxito de esta frase proviene justamente de su múltiple sentido, lo que siempre constituye un práctico expediente discursivo para cualquier problema sin solución, porque permite que la objeción a uno de los sentidos pueda responder con otro, en un permanente juego de equívocos» (Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 68).

do retributivo de la pena (...). Sucede que la experiencia de otras soluciones ha podido incluso llevar a la convicción de que el retribucionismo es, cuando menos, una solución segura y respetuosa por ser la que más estrictamente puede amoldarse a las exigencias del principio de legalidad» [61].

§7. Teorías relativas

Son teorías muy antiguas en el Derecho Penal [62]. Éstas atienden sólo al fin de la pena y le asignan **utilidad social (prevención)**. Reciben el nombre de teorías relativas, pues «a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales» [63]. Mientras que las teorías absolutas buscan sólo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, sin tomar en cuenta los fines de utilidad social, estas teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales. Son teorías utilitarias de la pena [64] y, por ello, podemos considerar que siempre tienen en cuenta a la realidad [65]. «Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro» [66].

116. Utilidad social de la pena

El *hecho delictivo* no constituye el fundamento de la pena –como lo señalaron, los defensores del retribucionismo– sino la condición o el *motivo del castigo*, y nos permiten explicar la necesidad de la intervención estatal y el modo de obrar de la pena ante la protección social [67].

117. Hecho delictivo y pena

Estas teorías están fundamentadas en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación

118. Fundamentación humanitaria de la pena

---

[61] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 119.

[62] También llamadas teorías prevencionistas, defensistas o utilitaristas, provienen del sofista PROTÁGORAS (Cfr. MEZGER, 1958, p. 381). Y según GROTIUS, parece que fue SÉNECA quien la expuso de la siguiente manera: «*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*» («Ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro») (citado por HASSEMER, 1999, p. 103. Cfr. ROXIN 1999, p. 85, num. 11).

[63] MIR PUIG, 2004, p. 91, num. 15.

[64] CEREZO MIR, 2003, I, p. 22.

[65] HASSEMER, 1984, pp. 350-351. Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, p. 104.

[66] MIR PUIG, 2004, p. 91, num. 14.

[67] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 73.

por medio de una apropiada actuación pedagógica-social, hacia él [68]. También han dado origen al principio garantista de la absoluta necesidad de intervención coactiva del Estado, dándole, al mismo tiempo, un carácter legitimante, fundamentado en su utilidad [69].

119. Presupuestos de la prevención

La idea de prevención parte de tres **presupuestos** [70]: *Primero*, posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto del futuro comportamiento del sujeto. *Segundo*, que la pena sea adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención. *Tercero*, la propensión a la criminalidad puede ser atacada (tanto en jóvenes como adultos) mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena que se debe realizar a nivel de la ejecución penal [71].

120. Prevención general y especial

La idea de la prevención operaría sobre la colectividad (**prevención general**) y en relación al infractor (**prevención especial**). Anselm von FEUERBACH [72] estableció por primera vez esta clasificación de la prevención, pero fue von LISZT quien la implementó y divulgó en una versión moderna.

a. Prevención general

121. Concepto de prevención general

La pena sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad que no cometan delitos. Se trata de una prevención que no actúa frente al delincuente sino frente a la colectividad, por esta razón, se le denomina **teoría de la prevención general**. Esta prevención actúa en un primer momento, intimidando a los delincuentes; y, en un segundo momento de manera pedagógico-social, es decir, se dice, que interviene como un *instrumento educador* en las conciencias jurídicas de todas las personas, previniendo así, el delito [73].

---

[68] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 73; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M., 2000, p. 74.

[69] BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, p. 47.

[70] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 73.

[71] *Loc. cit.*

[72] *Ibidem*, p. 78. Por su parte, ORTIZ ORTIZ considera que la división de la teoría de la prevención se debe a BENTHAM en su obra *Teoría de las Penas y Recompensas*. BENTHAM expresa que la prevención de los delitos se dividen en dos clases: una de ellas, la prevención «particular», si se refiere a la persona del delincuente o tiende a eliminar el daño que de él puede derivarse, y en «general», si se refiere a terceros, que pueden tener los mismos motivos para cometer el mismo delito (1993, pp. 126-127).

[73] HASSEMER a la primera la considera como «concepción estricta de la prevención general»; y a la segunda la denomina «concepción amplia de la prevención general» (1984, p. 348).

122. Antecedentes de la prevención general

En épocas modernas, la prevención general ha sido desarrollada por penalistas y filósofos como Jeremías BENTHAM, quien basándose en sus ideas utilitaristas, en el *Greatest Happiness principle* [74], señala a la prevención general como el fin principal de las penas [75]. Destaca también FILANGIERI como el primer representante de estas ideas en Italia [76], y ROMAGNOSI [77] (precursor de la Defensa Social), quien considera que la prevención del delito sólo se puede conseguir con el fortalecimiento jurídico-político de los derechos del hombre y de la moral [78].

123. Prevención general y realización de la pena

Esta prevención general se encuentra en las tres etapas de la realización de la pena [79]: *Primero*, por intermedio de la *amenaza generalizada de la pena*, donde se confía en la conminación penal contenida en la ley por su fuerza de advertencia que debe paralizar a eventuales impulsos delincuenciales. *Segundo*, mediante el *dictado de la sentencia*, ya que por medio de la reprobación del autor, contenida en una sentencia, se generaría la intimidación generalizada. *Tercero*, por medio de la *ejecución de la pena*, pues se utilizaría el sufrimiento del delincuente para producir una intimidación generalizada, ya que con él habría fracasado el efecto preventivo general de la ley.

124. Críticas a la prevención general

La prevención general ha sido sometida a **críticas** [80]: *Primera*, la falta de un límite determinado que nos permita establecer la medida de las penas y así evitar contradecir los principios básicos de un Estado de Derecho. De esta manera, la prevención no logra fundamentar o legitimar al poder penal en sus presupuestos ni limitarla en sus consecuencias [81]. *Segunda*, «la teoría de la prevención general o cae en la utilización del miedo como forma de control social, con lo cual se entra en el Estado del terror y en la transformación de los individuos en animales, o bien en la suposición de una racionalidad absoluta del hombre en el sopesamiento de costos (la pena aumentaría el costo del delito) y beneficios, lo cual es una ficción como el libre albedrío» [82]. *Tercera*, tiene defectos ético-sociales, cuando

---

[74] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 77.

[75] «Cuando se piensa que un delito impune dejaría la vía libre no solamente al mismo delincuente, sino a todos los que tuvieran los mismo motivos y ocasiones para delinquir, se advierte que la pena aplicada a un individuo deviene en una especie de salvaguarda universal» (PEÑA CABRERA, 1997, pp. 106-107).

[76] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 120.

[77] ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 125.

[78] También deben citarse a SCHOPENHAUER, BECCARIA, FEUERBACH, entre otros.

[79] MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 87-88.

[80] Otras objeciones específicas, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2001, pp. 418 y ss.

[81] ROXIN, 1976, p. 19.

[82] BUSTOS, 1984, p. 28.

busca que se sufra penas elevadas sólo para que produzcan efectos en los demás, atentando así contra la dignidad de la persona humana. «Rebaja al hombre a la pura condición de instrumento al servicio de una política penal, degradando el respeto a su dignidad y haciéndole sufrir un castigo cuya gravedad o duración no se funda en el mal causado por él, sino por algo ajeno a su delito: el deseo de que otros no lo quieran imitar» [83] [84]. *Cuarta*, se carece de conocimientos político-criminales que informen sobre los alcances reales de esta prevención general.

a.1. Prevención general negativa

La prevención general negativa busca inhibir a las personas en la comisión del delito mediante intimidación o disuasión de éstas a través de la aplicación de la pena. En ese sentido, se orienta a evitar que se produzcan nuevos delitos advirtiendo a los ciudadanos de las consecuencias de cometer delitos, generando temor a la colectividad. A la prevención general negativa corresponde la idea de la intimidación, el miedo, el terror u otro análogo [85]. «La prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución: la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesaría los costos y beneficios del delito» [86].

125. Concepto de prevención general negativa

La formulación moderna de la prevención general negativa se halla en la época de la Ilustración con la «**Teoría de la coacción psicológica**» de P.J. Anselm R. von FEUERBACH, quien señala que la función del Estado es evitar que se produzcan lesiones jurídicas, ya que contradicen su objetivo. Por eso, requiere de instituciones que no tan sólo puedan basarse en la utilización de la coerción física, sino que, junto a ella, debe haber otro tipo de coerción que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica. Indica que sólo, en tal caso, se puede hablar de una coacción psicológica. A través de la *coacción psicológica* se frena los impulsos de los ciudadanos hacia la comisión del delito [87]. FEUERBACH define a «la conminación de la pena en la ley» cuyo objeto consistiría en la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas, y encuentra en ella a la prevención general a través de la coacción psico-

126. Teoría de la coacción psicológica (Feuerbach)

---

[83] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 121.

[84] Para BAUMANN «es inadmisible considerar en forma agravante los criterios de prevención general en el castigo individual. De esta manera, el hombre se convertiría en instrumento para el mantenimiento del orden social. Pero él no es el instrumento, sino el fin de este orden. Si se adoptara esta interpretación de la prevención general, el individuo tendría que cargar con mayores dolores para evitarlos a los demás» (1981, p. 18).

[85] Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, p. 85; ROXIN, 1999, p. 91, num. 25.

[86] BUSTOS, 2004, I, p. 527. Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, p. 48.

[87] FEUERBACH, 1989, pp. 58-60.

lógica [88]. La aplicación de la pena cumpliría un papel complementario, ya que sólo daría un fundamento efectivo a la conminación legal; dado que, sin la aplicación de la conminación legal, ésta sería ineficaz [89]. Este autor, considera que el fundamento jurídico de la conminación legal reside en «la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, así como la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente» [90]; y el fundamento jurídico de la pena «es la previa conminación legal» [91] [92].

127. Críticas a la prevención general negativa

Creemos que la prevención general negativa debe ser rechazada. Se le identifican diferentes críticas: *Primera*, encuentran al hombre como un instrumento de la pena convirtiéndolo en un medio al servicio de otros fines, ya que no se le castiga por el delito que ha cometido, sino como ejemplo para que los demás no delincan. Tomando en cuenta la psicología del individuo y el efecto que produce en ella, el precepto jurídico ve en él a «un verdadero 'robot' o 'sujeto algebraico' que se inclina por el delito o se abstiene a cometerlo según la mayor o menor entidad de la pena abstracta señalada en la ley» [93]. *Segunda*, consideran que, cuanto más grave sea la amenaza, más fuerte será el efecto intimidatorio; y por ello, es censurable la búsqueda de la intimidación, ya que, como vemos, nos puede llevar a una inadecuada exageración de la pena y al terror

---

[88] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 78.

[89] FEUERBACH, 1989, pp. 62-63.

[90] *Ibidem*, p. 62.

[91] *Loc. cit.*

[92] «En la teoría de Feuerbach, el doble valor de la punición no está nada claro: Como muestra de que la conminación penal va en serio, la punición debe actuar conforme a fines, mientras que por el contrario como pena al autor debe ser ajena a fin alguno. Por lo demás, el modelo ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un «objeto de los derechos reales» (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones («coacción psicológica de la conminación penal»), se evitan las penas innecesarias (la realización de la pena es necesaria para respaldar la conminación penal) y se vincula estrictamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del comportamiento con anterioridad al hecho). Pero el modelo tiene defectos que lo convierten en inservible: Los hechos no se basan en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia *jurídicamente* necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad *efectiva* de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo que puede dar lugar a una diferencia notable» (JAKOBS, 1995, p. 27, num. 28).

[93] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, pp. 141-142. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC afirma que *«es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio»* (fundamento 32, segundo párrafo).

estatal, ubicándonos dentro un Estado autoritario y arbitrario [94]. Hay que señalar que con la imposición de penas más graves no se logra realmente la disuasión, prueba de ello es que los delitos se siguen cometiendo [95]. Si se lleva al extremo esta teoría conllevaría a modificar la gravedad de las penas hasta incluso la pena de muerte [96].

a.2. Prevención general positiva

La prevención general positiva busca la afirmación del derecho en un Estado social y democrático. Para limitar la tendencia a caer en un terror penal por medio de una progresiva agravación de la amenaza penal [97], propia de la prevención general negativa, algunos autores toman el camino de la afirmación positiva del Derecho (MIR PUIG), de la conciencia social de la norma (HASSEMER), o de una actitud de respeto hacia el Derecho (Armin KAUFMANN) [98]. Cuando se habla de prevención general positiva, se entiende que se dirige a la colectividad y busca producir en ella la fidelidad y el interés hacia la fuerza y la eficacia de la pena halladas en las sentencias. Con ello, busca que la ciudadanía crea en sus instituciones y lleve a la integración de la misma con las actividades judiciales. En este sentido, la criminalización tendría su base en un efecto positivo sobre los sujetos no criminalizados, pero no para disuadirlos por medio de la intimidación, sino como un valor simbólico que origine consenso y, conse-

128. Prevención general positiva

[94] BUSTOS, 2004, I, p. 528.

[95] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 56.

[96] FERNÁNDEZ MUÑOZ, 1993, p. 49.

[97] MIR PUIG, 2004, p. 92, num. 21. Cfr. BUSTOS, 2004, I, pp. 528-529.

[98] MIR PUIG, 1985, p. 40; IDEM, 2004, p. 92, num. 20; HASSEMER, 1984, p. 392. Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 147; PEÑA CABRERA, 1997, p. 107. Para MIR PUIG con la «teoría de la prevención general positiva se trata de comprobar, no cuál es la función social atribuida a la pena por el ordenamiento jurídico vigente, sino cuál debe ser dicha función» (1986, p. 49). «La prevención general positiva puede ser fraccionada en dos grupos de seguidores, los que defienden la función fundamentadora, y los que se pronuncian por un función limitadora tanto en la prevención general intimidatoria como en la prevención especial. Quienes sostienen la prevención general positiva con una función fundamentadora, le confieren al derecho penal la capacidad de conformar valores morales en la colectividad, con una clara apreciación ético social del derecho penal. Se pretende llegar hasta la conciencia ético social del individuo para fortalecer su actitud de respeto y confianza en el derecho». «Otro sector doctrinal defiende la función limitadora de la pena en la intervención del derecho penal tanto más si habían y persisten dificultades para comprobar empíricamente la eficiencia de la intimidación penal como forma institucionalizada de prevención general» (ZAMBRANO, 1988, p. 67).

cuentemente, refuerce su confianza en el sistema social en general y sistema penal, en particular [99].

129. Función comunicativa

Esta forma de prevención cumple una **función comunicativa** de los valores jurídicos motivando a la ciudadanía; no a través del miedo, sino a través del derecho, contribuyendo así al aprendizaje social, mientras que la amenaza penal sólo buscaría la estabilización de esa conciencia que se adquiere a través del aprendizaje social [100].

130. Efectos de la prevención general positiva

En la prevención general positiva se distinguen tres efectos [101]: *Primero*, el *efecto de aprendizaje* o información, motivado social-pedagógicamente mediante la advertencia que se le hace a la población de lo que está o no prohibido. *Segundo*, el *efecto de confianza* que se origina cuando la población aprecia la actividad y el cumplimiento de la justicia penal. *Tercero*, el *efecto de pacificación*, cuando se produce tranquilidad en la conciencia jurídica general, mediante la sanción sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.

131. Versión ética de la prevención general positiva

La prevención general positiva tiene una **versión ética** en WELZEL que busca verificar el derecho como orden ético y, sólo en forma secundaria, se le considera como intimidación [102]. Se trata de reforzar simbólicamente la internalización de valores ético-sociales a los que no han delinquido para así conservar, mantener y fortalecerlos; para ello, pretende que el poder estatal refuerce tales valores mediante el castigo ante sus correspondientes violaciones [103]. Lo que busca WELZEL es conectar a la pena con la conciencia ético-social del individuo [104].

132. Versión sistémica de la prevención general positiva

La **versión sistémica** de la prevención general positiva, elaborada por JAKOBS (basada en LUHMANN), entiende a la pena de una manera positiva, y por ello la considera como una «muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable» [105]. La «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» [106]. La función de protección de

---

[99] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 57.

[100] *Ibidem*, p. 50.

[101] ROXIN, 1999, pp. 91-92, num. 27. Cfr. KAUFMANN **en** GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, pp. 147-148.

[102] WELZEL, 1976, p. 331.

[103] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 54 y 59.

[104] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 148.

[105] JAKOBS, 1995, p. 9, num. 3.

[106] *Ibidem*, p. 14, num. 11.

la pena se debe hallar en la interacción social [107], reafirmando la confianza de las personas. En contradicción con la prevención especial, señala que los destinatarios de la norma no pueden ser primordialmente algunas personas que tengan la calidad de autores potenciales, sino que deben ser todas aquellas que participan en la interacción social. Esta versión sistémica plantea una «prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma» [108] [109], formulando tres efectos que se encontrarían en la pena [110]: *Primero*, la pena tiene lugar para ejercitar la confianza hacia la norma. *Segundo*, la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al derecho, de manera que el ciudadano aprenda a considerar a la conducta infractora de la norma como una alternativa a no tomar. *Tercero*, en esta medida se trata de ejercitar en la aplicación de las consecuencias. Si a pesar de haber aprendido tal advertencia se haya infringido la norma, entonces se busca mediante la pena que el delincuente aprenda la conexión de su comportamiento y el deber de asumir los costos.

b. Prevención especial o individual

133. Concepto de prevención especial

La **prevención especial** considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual. Tiende a evitar consecuencias ilícitas futuras mediante la actuación sobre una per-

---

[107] *Ibidem*, p. 18, num. 14.

[108] *Ibidem*, p. 18, num. 15.

[109] La tesis de JAKOBS ha recibido las siguientes críticas: *Primera*, se señala que el problema de la pena queda desligada de la función de la protección de bienes jurídicos propia del Derecho Penal. *Segunda*, la intervención penal para la «garantización de expectativas», es un concepto que se maneja olvidando la especificidad propia del Derecho Penal en cuanto instancia de control formal que está condicionado por múltiples límites y garantías. Parece que tienden a eliminarse las barreras formales del Derecho Penal y otros medios de control social menos traumáticos y estigmatizadores (así BARATTA, MIR PUIG y HASSEMER). *Tercera*, la eliminación de los límites del *ius puniendi* tanto en su aspecto formal como material conduce a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de legitimación democrática. *Cuarta*, como expresa MIR PUIG la injerencia del Derecho Penal en la conciencia moral de los ciudadanos es inaceptable desde los postulados del Estado social y democrático de Derecho. *Quinta*, como señala LUZÓN PEÑA las exigencias de la pena en dicha teoría por parte de la sociedad pueden rebasar los niveles requeridos desde la teoría prevencionista clásica (general-intimadora). En este sentido esta teoría carece de base racional. *Sexta*, para MORALES PRATS esta teoría no aporta nada esencialmente nuevo, pues sigue invocando los principios limitadores del *ius puniendi* heredados del retribucionismo y de la prevención especial, con una suerte de nueva redefinición sistemática de los mismos (MORALES PRATS **en** QUINTERO, 2000, pp. 131 y 133).

[110] JAKOBS, 1995, p. 18, num. 15.

sona determinada. No se dirige al hecho delictivo cometido sino al individuo mismo –y no a la generalidad como postula la prevención general–; pero este individuo no es cualquiera, sino es el autor del hecho ilícito. Por eso, se dirigen a individuos ya delincuentes; de ahí radica también su denominación de prevención individual [111]. La prevención especial, a diferencia de la general, actúa no en el momento de la conminación legal, sino se centra en la imposición y ejecución de las penas.

134. Peligrosidad

Su objeto principal radica en que la pena busca evitar que el delincuente vuelva a cometer nuevos delitos. Esto lo logrará por diferentes vías, tomando en cuenta los diferentes tipos de delincuentes. La idea de prevención se halla ligada a la idea de **peligrosidad** del sujeto, donde se asigna a la pena la función de ser un mecanismo que evite la comisión de futuros delitos teniendo como límite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad, buscando la neutralización, corrección o reeducación del delincuente [112].

135. Prevención especial en von Liszt

La historia del Derecho Penal registra diferentes versiones de la prevención especial [113]. La influencia más poderosa a favor de la prevención especial se debe al surgimiento de la «**Joven Escuela**» o la «**Escuela Sociológica**», encabezada por Franz von LISZT [114]. Debido a la postura ecléctica que adoptó al respetar a la pena y no desterrar la culpabilidad, ejerció amplia influencia en las teorías penales y en las reformas de signo «político-criminal» [115]. En su *Programa de Marburgo* de 1882 (*La idea de fin en el derecho penal*) [116], entendía la función preventiva especial de la pena en base a la intimidación, corrección e inocuización [117].

---

[111] MIR PUIG, 2004, p. 94, num. 27; FERNÁNDEZ MUÑOZ, 1993, p. 52.

[112] RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, p. 41.

[113] Así en la filosofía griega resalta la figura de *Platón* (quien señalaba a la pena como la medicina del alma) y PROTÁGORAS; luego vendría a ser retomada a fines del siglo XVI cuando se introduce el principio de mejora, en los orígenes de la moderna pena privativa de libertad (STRATENWERTH, 2005, p. 38, num. 18). Durante la Ilustración la teoría se perfecciona, pero en el siglo XIX se reduce ante las teorías retributivas (ROXIN, 1999, p. 85, num. 12). A fines del siglo mencionado vuelve a emerger la prevención especial en manos de los positivistas italianos, luego por los correccionalistas españoles y perfeccionada con la obra de LISZT (Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 27; PEÑA CABRERA, 1997, p. 108).

[114] Cfr. ORTIZ ORTIZ, 1993, p. 129.

[115] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 94, num. 29.

[116] El título de la obra en el original en alemán es preparado en Marburgo en 1882: *Marburger Universität Programm*, en tanto que la obra titulada *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (La idea de fin en el derecho penal) fue publicada en Berlín en 1883. Véase la traducción preparada por Enrique Aimone Gibson, **en** LISZT, 1984.

[117] LISZT, 1984, pp. 115 y ss. LISZT expresa en su *Tratado* que la pena «puede actuar, en primera línea, fortificando las representaciones debilitadas que refrenan

Por medio de la **intimidación** o la **advertencia**, la pena cumple una función recordatoria, donde se le disuade, recuerda o advierte al delincuente de los efectos que puede producir la pena ante la comisión de futuros delitos. Así, está dirigida a los **delincuentes ocasionales** que no necesitan de corrección [118]. Por medio de la **corrección** o la **educación**, la pena tiene una función pedagógica, correctiva o resocializadora, es decir, mediante su ejecución, el delincuente debe ser preparado para un comportamiento socialmente adecuado en el futuro. Se dirige a los **delincuentes habituales** que la necesitan y son capaces de corrección [119]. Por medio de la **inocuización** o el **aseguramiento**, la ejecución de la pena sobre un determinado delincuente busca su aislamiento, protegiendo así permanente o temporalmente a la sociedad a la que pertenece este delincuente [120]. LISZT pensaba que a los **irrecuperables** se les aplicará la pena privativa de libertad perpetua [121].

136. Intimidación, corrección e inocuización

El pensamiento de LISZT fue acogido en Italia y en Francia a través de la denominada **Defensa social**, iniciada en Italia por GRAMATICA que viene a ser su dirección más radical; y continuada, en Francia, por Marc ANCEL en la «**Nueva Defensa Social**» («*Nouvelle Défense Sociale*»), su versión moderada. La prevención especial se vincula con el modelo del Estado social-intervencionista [122]. Estas ideas influenciaron en la legislación y en la práctica de los países anglosajones y escandinavos [123].

137. Defensa social

En la década de los años sesenta del siglo pasado, específicamente en Alemania, se transforma esta teoría [124] y se la define de una manera uniforme con el concepto de **resocialización**, poniendo el acento en la co-responsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico anterior, subrayándose la importancia de la ejecución penal basada en el tratamiento [125].

138. Resocialización

La prevención especial ha merecido diferentes **críticas**: *Primera*, una idea exagerada de la prevención especial puede hacer del delincuente un objeto, una especie de «conejillo de indias» aplicándole medidas o trata-

139. Críticas a la prevención especial

---

los malos instintos (*Hemmungsvorstellungen*) o influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo; según estos dos aspectos, se puede distinguir la **intimidación** y la **corrección** como efecto perseguido por la pena». «Pero la pena puede tener también como misión suprimir perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes separándole de la sociedad (selección artificial). Aquí se trata de **inocuización** (*unschändlichmachung*) del delincuente» (LISZT, s/f, p. 6).

[118] LISZT, 1984, pp. 124-126.

[119] *Ibidem*, pp. 122-124.

[120] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 88.

[121] LISZT, 1984, pp. 115-122.

[122] MIR PUIG, 1985, p. 54.

[123] MIR PUIG, 2004, p. 95, num. 35.

[124] MAURACH/ZIPF lo denominan «La segunda ola de la prevención especial» bajo la dirección del proyecto gubernamental del Código Penal alemán de 1962 y el Proyecto Alternativo de 1966 (1994, p. 101).

[125] BACIGALUPO, 1998, p. 13.

mientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo: trabajos forzados, tratamiento esterilizador o mediatizando la concesión de determinados beneficios como la libertad condicional con criterios muy especiales [126]; así, la prevención especial puede constituirse como instrumento de graves violaciones de los derechos humanos [127]. *Segunda*, es absolutamente indemostrable el presupuesto de la peligrosidad del delincuente que utilizan estas teorías, además conducen a sancionar a la persona delincuente no por el delito sino por especiales características de su personalidad, destruyendo así el principio de proporcionalidad entre delito y pena [128]. *Tercera*, es evidente que tampoco la prevención especial logra legitimar la función punitiva estatal. Así, la pena, entendida en su sentido preventivo especial, no siempre será necesaria (v.gr. delincuentes del tráfico), ni posible (delincuentes habituales que a veces no pueden ser resocializados) y puede no resultar lícita [129]. *Cuarta*, en un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado [130]. *Quinta*, en la práctica penitenciaria, el cumplimiento de los fines preventivo-especiales requiere considerables recursos para el tratamiento del delincuente, problema que es difícil aun en países de gran desarrollo [131].

b.1. Prevención especial positiva o ideológica (Ferri, von Liszt y Ancel) [132]

140. Prevención especial positiva

La prevención especial positiva asigna a la pena la función reeducadora, resocializadora e integradora del delincuente a la comunidad. Ubican al hombre no como un mero instrumento, sino como una finalidad más en búsqueda de su corrección o curación [133]. «La teoría de la preven-

---

[126] MUÑOZ CONDE, 1975, p. 38.

[127] Consideran al hombre como un instrumento, pero para fines del Estado, cosificándolo y no respetándole su dignidad ni sus derechos fundamentales (BUSTOS, 2004, I, p. 531). Equiparan al delincuente como un enfermo que depende de los tratamientos que el Estado le debe dar. En esa razón, sin garantías, «la prevención especial podría convertirse en un instrumento peligroso en manos del Estado» (BERDUGO *et al.*, 1999, p. 27).

[128] REYES ECHANDÍA, 1989, p. 250.

[129] No pone límites a la función punitiva estatal, ya que si el delincuente no se resocializa se llegaría a un encierro perpetuo (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1995, p. 100).

[130] MIR PUIG, 2004, p. 97, num. 39.

[131] BUSTOS, 2004, I, pp. 531-532.

[132] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 54.

[133] RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, p. 47.

ción especial positiva busca dar vital importancia al tratamiento penitenciario, con lo cual los grupos interdisciplinarios de tratamiento pasan a primer plano como encargados de llevar a cabo la política penitenciaria» [134]. En sus expresiones moralizantes (RÖDER), se designa a la pena el papel de mejorar moralmente a la persona humana para llegar al progreso ético de la sociedad y de la humanidad [135].

b.2. Prevención especial negativa o neutralizante (Garófalo) [136]

141. Prevención especial negativa

La prevención especial negativa otorga a la pena la función de mantener alejado al delincuente de las demás personas, y así mantener a la sociedad libre de peligro, en otras palabras, inocuizarlo mediante el internamiento asegurativo tendente a su neutralización [137]. Se le denomina también «teoría de la inculpación», ya que busca neutralizar al autor de una conducta [138]. Como notamos, para esta forma de prevención especial, la única manera de evitar la producción de delitos es a través del alejamiento del condenado, rompiendo así con uno de los principios básicos del Derecho Penal, que es el principio de igualdad [139]. Con ello se aproxima más a un Estado totalitario que a un Estado democrático [140].

§8. Teorías mixtas

142. Concepto de teorías mixtas

Las teorías mixtas reúnen en la pena las características que las teorías anteriores consideraban primordiales: Identifican a la pena como justa y útil. Consideran que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo (llegando a la justicia) y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos (llegando a la utilidad). En la legislación comparada la influencia de estas teorías es dominante [141].

---

[134] *Ibidem*, pp. 44-45.

[135] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 54.

[136] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000.

[137] ORTIZ ORTIZ, pp. 145-146.

[138] Iñaki RIVERA BEIRAS **en** RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, pp. 43-44.

[139] *Ibidem*, p. 44.

[140] *Ibidem*, p. 43.

[141] Esta dirección ecléctica fue iniciada por MERKEL y VON HIPPEL (quienes tomaron como centro de actuación de la pena a la retribución y sobre ella debía de actuar la prevención) (BERDUGO *et al.*, 1999, p. 29).

143. Críticas143. Críticas

En la actualidad, las **críticas a las** teorías mixtas se dirigen a afirmar que se tratan sólo de combinaciones entre la represión y la prevención y que en la práctica resulta difícil su integración debido a que manejan diferentes filosofías y políticas, y llevan al Derecho Penal a la arbitrariedad y a la incoherencia [142].

144. Orientaciones de las teorías mixtas

Esta preponderancia entre fines represivos y preventivos, al que nos referimos ha originado dos orientaciones: Una **dirección conservadora** que encuentra sus bases en el proyecto oficial alemán del Código Penal (StGB) de 1962. Aquí se da preponderancia a la retribución sobre la prevención [143], en el sentido de una retribución justa, concediendo a los fines preventivos un papel complementario. Otra **dirección progresista**, que encuentra sus cimientos en el Proyecto Alternativo alemán de 1966. También consideran que el Derecho Penal no debe buscar la justicia en el mundo, sino debe de intervenir en la defensa de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos, pero tomando en cuenta el tratamiento del penado. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa.

145. Teoría diferenciadora de la pena en Schmidhäuser

En sus formulaciones más recientes, la pena es plurifinalista o, mejor dicho, cumple varias funciones (retributivo, preventivo especial y preventivo general) en los diferentes momentos o etapas en las que actúa [144]. Entre estas orientaciones actuales destacan las siguientes. **La teoría diferenciadora** de SCHMIDHÄUSER estudia a la pena, partiendo de la distinción entre las teorías de la pena, donde señala que la finalidad de la pena es la prevención general, pero ya no entendida como medio necesario de evitar todo delito, ya que resulta imposible, sino como búsqueda de impedir la ejecución del delito hasta donde sea posible, y así mantener la convivencia social [145]. La pena no busca al delincuente, sino a la sociedad ya que se castiga al penado para alcanzar la paz de la sociedad. Encuadra el sentido de la pena tomando en cuenta a las personas que se involucran con ella y la finalidad que a cada una de ellas compete: el legislador mira a la pena como el medio necesario para la defensa de la colectividad a través de la protección de los bienes jurídicos; los organismos encargados de la persecución del delito (Policía y Ministerio Público) deberán cumplir la función de esclarecimiento del delito y la entrega del imputado al tribunal,

---

[142] Cfr. BUSTOS, 2004, I, p. 533; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 68; PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 365.

[143] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 170.

[144] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 50. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 81.

[145] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 171; MIR PUIG, 2004, p. 99, num. 48.

siempre guiados por el principio de igualdad; el juez debe conseguir la pena justa, mirando al injusto y su relación con la prevención especial; los funcionarios de prisiones habrán de otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de ayudar al condenado aprovechando el tiempo del cumplimiento penitenciario. La sociedad también otorga sentido a la pena cumpliendo una orientación reconciliatoria [146].

También destaca la **teoría unificadora dialéctica** de ROXIN, quien explica su posición utilizando las tres fases que el Derecho Penal emplea en su enfrentamiento con el individuo: conminación, aplicación judicial y ejecución de la pena. ROXIN considera que es necesario conservar los aspectos acertados de cada teoría (represiva y preventiva), en una concepción amplia donde las críticas y deficiencia de éstas sean amortiguadas por medio de un sistema de reciprocidad, complementación y restricción. A tal concepción ROXIN la denomina *«teoría unificadora preventiva dialéctica»*, donde «las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis» [147]. Otorga mayor consideración a los fines preventivos, tanto especiales como generales, ya que señala que «las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio» [148]. Ante la crítica que la prevención fuerza al delincuente a la resocialización, entiende que nunca se le debe forzar. En los casos en que la prevención especial y la prevención general entren en conflicto (mayormente en la determinación de la cuantía), se da preferencia a la prevención especial: «Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo-especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivo-generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo-general» [149].

146. Teoría unificadora preventiva dialéctica de la pena en Roxin

En cada una de las etapas de la formación y aplicación de la pena, ROXIN le adecua una función distinta, siempre en relación con las demás y no aisladas. «No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada» [150]. Así, en el momento de las conminaciones

147. Prevención y etapas de formación y aplicación de la pena en Roxin

[146] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 364.

[147] ROXIN, 1999, p. 95, num. 35.

[148] *Ibidem*, p. 95, num. 36.

[149] *Ibidem*, p. 97, num. 40.

[150] *Ibidem*, p. 97, num. 41.

penales se inclina al criterio preventivo-general en el sentido que el Derecho Penal tiene que asegurar bienes jurídicos y el cumplimiento de prestaciones públicas en el marco de la asistencia social; si hay conflicto entre la prevención especial y la prevención general sólo en esta fase prima la prevención general [151]. En el momento de la imposición y medición de la pena, recomienda la introducción de la prevención general y la prevención especial. Finalmente, en la ejecución de la pena se refiere a la resocialización del individuo destacando el criterio preventivo-especial sobre el general [152]. En esta última fase se confirman los fines de los momentos anteriores, pero de forma que se tienda a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial [153].

148. Pena y principio de culpabilidad en Roxin

ROXIN no se acoge a la retribución, de forma completa, pero sí toma un elemento importante de esta: el principio de culpabilidad. Evita de esta manera el defecto que se encuentra en toda forma de prevención: tratar al hombre como un medio para el fin, perjudicando su dignidad humana y la falta de barrera en el poder, que es necesario en todo Estado de Derecho. «El principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológico-social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad» [154] [155].

149. Teorías mixtas en la doctrina nacional

En la doctrina nacional también se otorgó a la pena un contenido retributivo en el marco de las posiciones mixtas [156], y prosperaron las posiciones críticas tendentes a una concepción de la pena [157]. Actualmente, la doctrina dominante asume la teoría ecléctica [158].

---

[151] *Ibidem*, p. 98, num. 42.

[152] ROXIN, 1976, pp. 20, 24 y 31. *Vid.* también ROXIN, 1999, p. 97, num. 41.

[153] MIR PUIG, 2004, p. 101, num. 54; QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 126.

[154] ROXIN, 1999, p. 100, num. 47.

[155] MIR PUIG señala que «en la doctrina alemana prevalece la llamada 'teoría del espacio de juego', según la cual la culpabilidad obliga a imponer la pena dentro de un margen (espacio de juego) que oscila entre un máximo y un mínimo, pero la fijación de la medida exacta de la pena dentro de dicho espacio debe hacerse con arreglo a las exigencias de prevención especial, salvo cuando excepcionalmente lo impida la prevención general» (2004, p. 101, num. 55).

[156] BENÍTEZ, 1958, p. 201; PEÑA CABRERA, 1983, p. 352.

[157] *Vid.* las críticas a las teorías relativas en HURTADO POZO, 1987, p. 51; IDEM, 2005, p. 38, num. 90. *Vid.* también PEÑA CABRERA, 1987, pp. 3 y ss.

[158] Así: BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 137; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 81 y ss. Algunos autores han señalado que nuestro Código Penal

§9. Concepción crítica de la pena

150. Concepción crítica de la pena

Una explicación crítica de la pena parte de considerar a ésta como un mal, y plantea la negación de su fundamento y la utilidad de la pena. Otras explicaciones, parten de la misma premisa, pero admiten la posibilidad de comprobar cierta eficacia de la pena. Dependiendo de si en la realidad del ejercicio del poder penal es posible demostrar la eficacia de los fines preventivos de la pena (prevención general y especial) podrá ser posible aceptar o negar políticamente la legitimidad de la pena.

151. La pena en Bustos

BUSTOS distingue dos niveles en la pena: uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena. En cuanto a lo primero, considera que históricamente la pena es la *autoconstatación ideológica del Estado*. «En un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado» [159]. Agrega que existe un segundo nivel en la pena: su imposición. Esta imposición requiere de un fin, para tener sentido. «La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin. La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales» [160]. A partir de estas afirmaciones, BUSTOS considera que el problema del delito y del sujeto responsable es un problema político, y señala la corresponsabilidad del Estado, quien al fijar el delito debe también establecer las condiciones para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto.

152. La pena en Binder

Para BINDER resulta inadmisible el uso por parte del Estado de instrumentos violentos si no están orientados al logro de una unidad social. «La pena (la violencia del Estado, insistimos) sólo puede ser reacción ante un hecho producido por la acción de una persona responsable, pero

---

de 1991, en relación a la función de la pena, parece adecuarse con la teoría dialéctica de la unión de ROXIN: Conminación legal-Prevención general (artículo I, título preliminar, Código Penal); Determinación judicial-Retribución (artículo VIII, título preliminar, Código Penal); y Ejecución penal-Prevención especial (artículo IX, título preliminar, Código Penal) (PEÑA CABRERA, 1997, p. 98; PRADO SALDARRIAGA, 1996, p. 50).

[159] BUSTOS, 2004, I, p. 534.

[160] Cfr. BUSTOS, 1989, pp. 34-35.

ello no quiere decir que pueda consistir en una mera reacción ante ese hecho» [161]. Por otro lado, tampoco se debe entender que «el cumplimiento de esas finalidades implica dotar de un fundamento de la pena. Ello no es un problema de la dogmática penal. La dogmática penal se enfrenta a la pena como un *factum* al cual debe limitar: uno de los límites que le impone es que cumpla con alguna utilidad, pero con ello no le otorga ningún fundamento (será el análisis político-criminal quien se preocupe por dotar de orientaciones a la política criminal acerca de cómo y porqué usar los instrumentos violentos)» [162]. La dogmática penal se encargará de identificar cuál es el tipo de utilidad admisible y no cuál es el fundamento mejor. De ello, BINDER plantea que «la pena concreta debe demostrar que tiene una probabilidad razonable de producir algún bien social y que, pese a que indudablemente se trata de un castigo, es decir, un mal que recae sobre una persona, esta persona obtendrá al menos, algún beneficio para la vida en libertad. Si no se dan estas dos condiciones la pena no tiene una utilidad admisible para el derecho penal y no debe ser autorizado el ejercicio de la violencia estatal» [163].

153.
La pena en Ferrajoli

FERRAJOLI plantea un doble fin preventivo en el sentido de prevención de delitos y la prevención de las penas informales [164]. Sin embargo, afirma que la razón primordial del Derecho Penal es el fin de la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, siendo la primera función el límite mínimo, y el segundo el límite máximo de las penas [165]. Esta concepción del Derecho Penal mínimo sobre la pena sólo supone una intervención estatal en conflictos muy graves y que comprometen intereses generales, de manera que el poder punitivo estará siempre de lado del más débil: *la ley del más débil* [166], es decir del débil ofendido o amenazado por el delito o por la venganza y, contra el más fuerte. «En particular reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y de hecho en último término aflictivo. Aun siendo un mal, sin embargo, la pena es con todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (solo si) el condenado obtiene de

---

[161] BINDER, 2004, p. 309.

[162] *Ibidem*, pp. 309-310.

[163] *Ibidem*, pp. 311-312.

[164] FERRAJOLI, 1995, p. 331. *Vid.* objeciones a esta concepción en SILVESTRONI, 2004, pp. 41-42.

[165] FERRAJOLI, 1995, p. 334.

[166] *Ibidem*, p. 335.

ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados» [167].

154. La concepción negativa de la pena en Zaffaroni

Por su parte, ZAFFARONI formula una *teoría negativa y agnóstica de la pena*, que entiende que la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes [168]. Así, la pena es un ejercicio de poder. Es negativo porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión [169]. Es agnóstico en cuanto a su función porque parte de su desconocimiento [170] [171].

§10. La pena en el Código Penal de 1991

155. La pena en el Código de 1924

El Código Penal peruano de 1924 elaborado sobre la base de los proyectos suizos (anteproyectos 1908, 1916 y proyecto 1918) [172] recibió la influencia de los criterios preventivo-especiales de la época. El sistema de penas y medidas de seguridad que el legislador nacional adoptó, incluyó a las de internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación (artículo 10 y ss.).

Nuestra Constitución Política de 1993 se inspira en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43); por ello, sólo resulta incompati-

---

[167] *Ibidem*, p. 337. Este repensamiento de la naturaleza de la pena se inclina dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del sistema sancionador. Así, propone la abolición de la pena carcelaria, la que le parece inidónea pues no satisface ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal, es decir, la prevención de los delitos dado el carácter criminógeno de las cárceles, ni la prevención de las venganzas privadas satisfecha en la actual sociedad de los *mass-media* más por la rapidez de los procesos y la publicidad de las condenas que por la expiación de la cárcel. Desde esta misma perspectiva, y mientras dure el transcurso de largo período en el que está destinada a madurar la abolición de la pena privativa de la libertad, propone una drástica reducción de la misma a través de la restricción de sus hipótesis de aplicación y el acortamiento de su duración (un límite máximo de diez años); la abolición de las penas pecuniarias y la reforma de las penas privativas de derecho. Además, la superación de la pena privativa de la libertad a través de un sistema de penas alternativas (*Ibidem*, pp. 411-420).

[168] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 43.

[169] *Loc. cit.*

[170] *Loc. cit.*

[171] Esta propuesta crítica es *neoabolicionista* (SILVESTRONI, 2004, p. 53).

[172] LOGOZ, 1976, pp. 15-16.

ble con las teorías absolutas de la pena. Sin embargo, lo decisivo para el rechazo de las teorías absolutas se encuentra en el artículo 139, inciso 22, cuando declara que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (en el mismo sentido el Código de Ejecución Penal, Título Preliminar, artículo I). Esta es una evidente referencia a la resocialización, concepto que está orientado por el criterio preventivo-especial en la ejecución penal pero que, lamentablemente, no se cumple en su integridad por carencia de recursos y otras circunstancias.

156. La pena en la Constitución Política de 1993

Jurisprudencia:

«Se debe ser coherente con la finalidad teleológica ya que la pena sirve para la reinserción social del acusado que es en definitiva lo que se pretende, ello acorde con lo dispuesto en el artículo ciento treinta y nueve, inciso veintidós de la Constitución Política del Estado, que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad» [173]. También podemos encontrar la importancia de la resocialización de la pena en las siguientes jurisprudencias: *«En el momento de imponerse una sanción penal debe tomarse en cuenta la función resocializadora de la pena»* [174]. En otro caso: *«Ha de considerarse para determinar el monto de la pena, la confesión sincera del inculpado, el hecho de que estuviera en un supuesto de imputabilidad restringida y la finalidad resocializadora de la pena»* [175].

157. Prevención general negativa en la legislación peruana

En otros supuestos, el legislador se inclinó hacia la adopción de **criterios preventivos generales negativos**, como ocurrió con las modificaciones de las disposiciones penales sobre los llamados delitos agravados con eficacia muy discutida y cercano a lo que ahora se denominaría el Derecho Penal del enemigo [176].

158. La pena en el Código de 1991

El Código Penal de 1991 introdujo a la legislación penal peruana normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título Preliminar declara que *«este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad»*; y el artículo IX del Título Preliminar expresa que *«la pena*

---

[173] Sentencia de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel del Cono Norte de Lima. Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, Exp. 2000-232 **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 237.

[174] Sentencia del 24 de noviembre de 1994, Exp. 85-94 Lambayeque, **en** INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 121.

[175] Sentencia de la Segunda Sala Penal Corporativa de Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel del 21 de mayo de 1999, Exp. 320-99, **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000, p. 202.

[176] *Supra*, núms. margs. 78-82.

tiene función preventiva, protectora y resocializadora». Por ello, podemos considerar que el código se refiere a las teorías preventivas. Así, pues, nuestro código se inscribe en la línea de una teoría unitaria aditiva de la pena como función de la pena [177].

159. Clases de pena en el Código de 1991

En base a los fundamentos antes indicados, el artículo 28 del Código Penal reconoce como clases de pena, a la **privativa de libertad** (temporal y cadena perpetua), a la **limitativa de derechos** (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación), y a la multa. Sin embargo, consideramos que se contradicen estos postulados al haberse introducido como una clase de pena a la **restrictiva de libertad** (expatriación y expulsión) [178].

160. Aplicación de la pena en el Código de 1991

Otra contribución del Código Penal de 1991 está referida a la **aplicación de la pena**. El artículo 45 constituye una disposición novedosa en nuestro ordenamiento penal. Así, el juzgador deberá tener en consideración, en el momento de la determinación de la pena, aspectos como las *«carencias sociales que hubiere sufrido el agente»* (numeral 1), dando cabida a lo que se denomina **co-responsabilidad** o **co-culpabilidad**. El Estado es el que determina qué conducta es prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además, siendo éste el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son sus productos [179]. Si bien es cierto el sujeto es el que realiza el delito, no es su producto; «el delito» es una «construcción» [180]. Siendo el Estado el que determina lo que es delito, es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no delinca [181]. En el numeral 2 se hace mención de la **cultura y costumbres** del agente, que deberán ser tomados en cuenta por el Juez al momento de determinar la pena. Siendo el Perú un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, en el que junto a los patrones de conducta del sistema oficial co-existen los de otros grupos culturales, entran-

---

[177] Para HURTADO POZO (2005, p. 40, num. 96) parecería que la fórmula del artículo IX del Título Preliminar del Código Penal preconizara la índole unitaria de la pena, pero critica la manera defectuosa de la redacción empleada. En otro sentido, lo que resulta extraño a este artículo es que en la exposición de motivos del Código Penal se haga mención a la *retribución* (*Vid.* los antecedentes **en** VILLAVICENCIO, 2002, pp. 39-40). Sobre este error legislativo, *vid.* PRADO SALDARRIAGA, 1996, I, p. 50; HURTADO POZO, 2005, p. 41, num. 97.

[178] *Vid.* una explicación sobre estas clases de penas **en** VILLAVICENCIO, 2002, pp. 161 y ss.

[179] Cfr. BUSTOS, 1982, p. 182.

[180] Cfr. ZAFFARONI, 1986, I, pp. 21 y ss.

[181] *Vid.* BUSTOS, 1982, p. 184.

do en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no sea aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entrará en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturales [182]. Finalmente, el tercer numeral de este artículo establece que el Juez debe tomar en consideración los *«intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen»*. Dada la desfavorable situación de la **víctima** en el sistema penal (es una especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y después, frente al Estado), el Derecho Penal de mínima realización supone la protección privilegiada de la víctima, como por ejemplo, a través de una estrategia de privatización de conflictos [183] –como modelo político-criminal para la descriminalización de ciertos delitos–; también, otorgársele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, etc.

161. Medición judicial de la pena

En este marco de aplicación de la pena, las circunstancias señaladas en el artículo 46 del Código Penal sólo representan factores particulares para la determinación de la pena. Por mucho tiempo, la medición judicial de la pena estuvo basada en el dogma de la **discrecionalidad judicial**, de forma tal que las disposiciones legales sobre la materia parecían prescindibles y hasta eran percibidas como un obstáculo [184]. Precisamente, el estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a la incapacidad de alejarse de ese dogma. En la actualidad, la dogmática de la medición judicial de la pena viene siendo desarrollada en base a reglas jurídicas particulares. Ahora se habla de un derecho de medición judicial de la pena que, por cierto, registra un retraso en su desarrollo frente a los estudios sobre la teoría del delito. Es también el caso del derecho penal peruano, que necesita desarrollar esta importante temática [185]. El camino que el juez seguirá hasta determinar definitivamente la pena aplicable atraviesa tres etapas [186]: 1º Determinar el marco punitivo aplicable en función a los márgenes de pena previstos en la ley penal. 2º Determinar la pena en base a la valoración de la culpabilidad del hecho. 3º Asumir una decisión preventiva de manera tal que las diferentes magnitudes de

[182] El término «subcultura» no implica algo inferior culturalmente hablando, sino «la coexistencia de un ámbito cultural mayor con ámbitos culturales menores» (BUSTOS, 1982, p. 93).

[183] CHRISTIE, 1984, pp. 125 y ss., en sentido de justicia participativa.

[184] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 689.

[185] *Vid.* PRADO SALDARRIAGA, 2000a.

[186] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 694.

pena que se pueden observar a partir de la culpabilidad deben regularse en función a criterios preventivos especiales y generales.

162. La pena en el Anteproyecto de reforma penal del 2004

El Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2004, en lo que se refiere a la pena, en su artículo I del Título Preliminar mantiene la posición del código actual en cuanto se adhiere a una teoría aditiva. Lo novedoso es el reconocimiento de los principios de proporcionalidad, protección de la víctima, humanidad y necesidad, al momento de la aplicación de la pena, y la medida de seguridad (artículo VIII). Además, limita la aplicación de la cadena perpetua (unanimidad de la sala, revisión de la misma transcurrido un período de tiempo: segundo párrafo, artículo 29), elimina la pena de expatriación y busca desarrollar un nuevo capítulo denominado determinación y fundamentación de la pena (artículos 45 al 49).

§11. Medidas de seguridad

163. Origen de las medidas de seguridad

Las **medidas de seguridad** surgen fundamentadas por la prevención especial orientadas por el pensamiento positivista a mediados del siglo XIX [187]. Así, las medidas de seguridad se introdujeron, al lado de las penas, en el Anteproyecto Penal suizo de Carl Stoos (1893), Portugal (1896), Noruega (1920), Alemania (Ley del 24 de noviembre de 1933), y en Italia (Código Penal de 1930) [188].

164. Naturaleza de las medidas de seguridad

En relación a la **naturaleza** de las medidas de seguridad, algunos consideran que se trata de un instrumento que no tiene cabida en el Derecho Penal, sino que su ubicación se encuentra en el Derecho Administrativo; otros, en cambio, aceptan que es de naturaleza estrictamente punitiva, es decir, son sanciones impuestas por funcionarios judiciales ante ilícitos reflejados en un precepto legal [189]. A las medidas de seguridad se les atribuye una **función general** que es la prevención especial, es decir, prevenir el delito ante sujetos considerados peligrosos; y otras funciones más específicas de acuerdo con el tipo de medidas de seguridad: si se trata de internar al penado, será la neutralización y la resocialización; en cuestión de custodia, se toma en cuenta la reeducación en los establecimientos educativos durante la reclusión; y la curación con el internamiento psiquiátrico [190].

---

[187] Bustos, 2004, I, p. 721.

[188] Cfr. Cerezo Mir, 2003, I, p. 34; Fragoso, 1985, p. 405. Aunque Berdugo refiere que se estableció por primera vez en el proyecto del código noruego de 1902 (Berdugo *et al.*, 1999, p. 33).

[189] Velásquez Velásquez, 2002, pp. 120-121.

[190] Velásquez Velásquez, 2002, p. 122.

La **concurrencia de la pena** y la **medida de seguridad** generan un problema en relación a las funciones que ambas realizan: los que buscan en la pena sólo la función de retribución no hallarán problemas al diferenciarlas con las medidas de seguridad, ya que éstas cumplirían sólo la función de prevención; pero el problema reside en el momento en que la pena también tenga la función de prevención, más aún si tal función sea preventiva especial [191]. Para resolver este problema han surgido varios sistemas. El *sistema monista* contempla sólo una consecuencia penal: o la pena o la medida de seguridad, pero no las dos. En el campo de este sistema se han dado una serie de combinaciones: que la pena absorba a la medida de seguridad, que la medida de seguridad absorba a la pena, o elaborar una sanción única que comprenda tanto a la pena como a la medida de seguridad [192]. El *sistema dualista*, o también llamado *sistema de doble vía*, consiste en la aceptación de las medidas de seguridad conjuntamente con la pena. El *sistema vicarial*, o también llamada sustitutivo [193], que no busca, como sí lo hace el sistema dualista, acumular pena y medida de seguridad a la vez (la aplicación conjunta de la pena y medida de seguridad puede lesionar el principio de *ne bis in idem* que se traduce en un doble castigo), sino que adecua el tiempo en el cumplimiento de una pena con una medida de seguridad, en otras palabras, «permite descontar de la duración del tiempo de la pena el tiempo del cumplimiento de la medida que se ejecuta primero» [194]. En la actualidad, el sistema dualista decae ante la aceptación de este sistema [195]. Nuestro ordenamiento jurídico-penal adopta el sistema vicarial (artículo 77, Código Penal).

165. Concurrencia de pena y medida de seguridad

Para la aplicación conjunta de penas y medidas, por ejemplo en caso de imputables restringidos o a un toxicómano o alcohólico imputable se deberá aplicar el denominado **sistema vicarial** (artículo 77, Código Penal de 1991), sistema en el que se ejecuta primero la medida y luego la pena, permitiendo el abono del tiempo de duración de aquélla en el de ésta y la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir, si con la ejecución de la medida se hubiere conseguido ya las metas resocializadoras. Con ello, se llega de hecho, por lo menos en materia de ejecución, a un

166. Sistema vicarial

---

[191] MIR PUIG, 2004, p. 54, num. 15.

[192] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 208. Esto último es lo que se ha denominado el sistema del **Neomonismo** (Cfr. Miguel POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, 2001, p. 520).

[193] VILLA STEIN, 1998, p. 484.

[194] MIR PUIG, 1998, p. 63.

[195] GRACIA MARTÍN, 1999, p. 429.

sistema monista en el que las diferencias entre penas y medidas prácticamente desaparecen [196].

La medida de seguridad supone la aplicación de un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometer un delito [197]. El Código Penal de 1991 precisa en el artículo IX del Título Preliminar que *«Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación»* de manera que la función que se asigna a la medida de seguridad es preventiva especial. Se adapta mejor a la personalidad del delincuente y puede contribuir eficazmente a la readaptación del delincuente frente a la sociedad; además es el único instrumento que tiene el Estado frente a sujetos a quienes no se les puede sancionar con penas debido a la ausencia de la culpabilidad [198]. El delincuente viene a ser el objeto de estas medidas [199]. Por ello, podemos decir que las medidas de seguridad tienen como presupuesto fundamental a la **peligrosidad del delincuente** [200].

167. Medidas de seguridad y peligrosidad

Jurisprudencia:

«En el caso de las medidas de seguridad, se requiere que además de la comisión de un hecho antijurídico se dé un elemento patológico que fundamente la ausencia de responsabilidad personal del sujeto por el hecho. Dicho factor patológico debe haber sido determinante de la comisión del hecho y además, sobre su base ha de ser posible formular un juicio de pronóstico de peligrosidad, esto es, de previsibilidad de la comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro» [201].

Este presupuesto de la peligrosidad del delincuente es un **juicio de peligrosidad** [202] que se realiza a través de una «**prognosis**» de la vida del sujeto en el futuro (se toma datos del género de vida, constitución psíquica, ambiente en que vive, etc.). Aunque hay que tener en cuenta que este presupuesto es un juicio de probabilidad donde no se da una confianza segura ante sus resultados: «las bases en la que descansa tal juicio

168. Juicio de peligrosidad

---

[196] Muñoz Conde, 1983, p. 495. En este sentido se expresa el artículo 6 número 2, complementado por el artículo 99 del Código Penal español de 1995.

[197] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 52. Muñoz Conde, 1983, p. 492.

[198] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 54.

[199] *Ibidem*, p. 53.

[200] Gracia Martín, 1999, p. 394.

[201] Ejecutoria Suprema del 18 de enero del 2000, Exp. 4749-99. Lima **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 55.

[202] Desde un punto de vista formal, se llama *culpabilidad* al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se denomina *peligrosidad* al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida de seguridad.

son movedizas y los criterios que se manejan en la prognosis son todavía muy inseguros» [203].

169. Proporcionalidad de las medidas de seguridad

Pero también, hay que tomar en cuenta, el **principio de proporcionalidad** donde la medida de seguridad aplicable a un sujeto inimputable debe estar en proporción con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuese tratado (en relación al artículo 73, Código penal). Así, la significación de la proporcionalidad está pues en los delitos futuros que pueda cometer el agente, siendo el delito ya cometido menos importante, porque en primer plano de las medidas se encuentra la necesidad de seguridad general.

170. Clases de medidas de seguridad

Las **medidas de seguridad pre-delictuales** son las que no exigen como condición la comisión de un delito y las **medidas de seguridad post-delictuales** que son las que suponen que el sujeto haya demostrado su peligrosidad con la comisión de determinado delito. Sólo estas últimas son las aceptables en el Derecho Penal peruano (artículo 72, Código penal). Ejemplo: internación de inimputables en centro hospitalario especializado siempre que el agente ofrezca peligro de cometer delitos considerablemente graves (artículo 74, Código penal) [204].

Jurisprudencia:

«La medida de seguridad se aplica ante un pronóstico de peligrosidad postdelictual con la finalidad que el sujeto no incurra en la comisión de nuevos delitos; disponiéndose esta medida en atención al principio de necesidad, basado en la peligrosidad como factor determinante para su aplicación, siendo dicha peligrosidad un pronóstico que se efectúa

---

[203] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 54.

[204] La posición dominante en el Derecho Penal comparado recomienda se admitan sólo medidas de seguridad post-delictuales por el grave riesgo que implica a la seguridad jurídica la aplicación de medidas de seguridad pre-delictuales a personas que no han delinquido (CEREZO MIR, 2003, I, p. 35). Estas últimas formas de medidas de seguridad resultan inconstitucionales, claros ejemplos de Derecho Penal de autor, donde se pretende sancionar a un sujeto por lo que es y no por lo que hace, es decir, por sus pensamientos y disposiciones subjetivas no materializadas, y no por sus acciones delictivas (POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, 2001, p. 487). Este es el criterio que ha seguido el legislador peruano al describir en el artículo 72 los requisitos que deben de tener las medidas de seguridad: *primero*, que el agente cometa un hecho previsto como delito (sobre la problemática de este requisito, *vid. infra* núm. marg. 599); y *segundo*, que del hecho y la personalidad del autor se deduzca que en el futuro pueda cometer delitos. Sin embargo, las medidas de seguridad post-delictuales no están inmunes a críticas (piénsese en el internamiento de los enfermos mentales en centros de ejecución de penas privativas de la libertad por la carencia de centros adecuados, dotados de personal especializado o por la falta de capacidad de los existentes).

en atención al delito cometido, su modalidad de ejecución y a la evaluación psicológica del agente» [205].

En conclusión, el Código Penal establece dos clases de medidas de seguridad: **internación** y **tratamiento ambulatorio** (artículos 71, 75 y 76, Código penal), introduce el sistema vicarial (artículo 77, Código penal) antes mencionado y resultan destacables el conjunto de límites a la aplicación y ejecución de estas medidas: la expresa prohibición a la medida de seguridad pre-delictual (artículo 72, Código penal), la proporcionalidad de la medida a la peligrosidad del agente, a la gravedad del hecho cometido y a las que probablemente cometería si no fuera tratado (artículo 73), la duración de la medida no debe exceder el tiempo de la pena privativa de libertad que le hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido (artículo 75, primer párrafo, Código penal) y el control judicial de la medida (artículo 75, segundo párrafo, Código penal).

171. Internación y tratamiento ambulatorio

El Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2004, en lo que se refiere a las medidas de seguridad, en su artículo I del Título Preliminar, precisa que éstas tienen por objeto la rehabilitación. Lo resaltante es la propuesta de la posibilidad de sustitución de la internación por el tratamiento ambulatorio u otras reglas que neutralicen la posibilidad del interno de cometer acciones delictivas (artículo 77).

172. Medidas de seguridad en el Anteproyecto penal 2004

§12. La reparación como sanción penal

En la doctrina penal se pregunta si será posible acoger una sanción adicional a la pena y la medida de seguridad. Esta «**tercera vía**» en discusión no es más que la reparación de los daños causados [206]. El principio de proporcionalidad puede otorgar legitimidad a la reparación como tercera vía, así como también lo hace con la medida de seguridad, como «segunda vía» frente a la pena [207]. La reparación como sanción de rasgos penales, sólo es, en nuestra actualidad, una propuesta *de lege ferenda*. «Sólo se podrá hablar de un derecho penal de tres vías (...), cuando el legisla-

173. La sanción de reparación como tercera vía

[205] Ejecutoria Superior de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de agosto de 1998, Resolución 596-98 **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, pp. 55-56.

[206] ROXIN, 1999, p. 108, num. 63; RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, p. 128.

[207] ROXIN, 1999, p. 109, num. 65.

dor tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual» [208].

174. La sanción de reparación y los fines de la pena

La **reparación** no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que apoya fundamentalmente a la consunción de los fines de la pena; y por ende, se constituye en un instrumento autónomo en el campo del castigo y en la prevención [209]. Debemos tener en cuenta que cuando hablamos de reparación la podemos encontrar relacionada con la retribución, ya que puede ser utilizada como un instrumento retributivo. Desde el punto de vista de la prevención especial, la reparación viene a ser una alternativa más eficiente debido a que el autor toma conciencia de los hechos delictivos que cometió. La reparación cumple también los objetivos preventivos generales en sus dos modalidades: con respecto a la prevención general positiva, por medio de la reparación se puede comprobar que el sistema funciona a través de la restitución de la norma violada, satisfaciendo a la víctima y generando, con ello, fidelidad de la comunidad en relación con el derecho; con respecto a la prevención general negativa, la reparación también generaría una intimidación psicológica, debido a que el ciudadano tomará en cuenta la cuantía a restituir si ocasiona el ilícito contemplado en la ley [210]. Por ello, la reparación no es «una simple cuestión civil, sino el tercer fin del Derecho penal, a lado de la pena y las medidas de seguridad» [211] [212].

175. Posibles efectos de la sanción de reparación

Los efectos positivos que supondrían el establecimiento de la reparación como sanción penal serían los siguientes: «tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima» [213]; sirve además a los intereses de la víctima, más que la propia pena privativa de libertad; nos conduce a una reconciliación entre el autor del ilícito y la víctima; y también «es muy útil para la prevención integradora (...) al ofre-

---

[208] *Ibidem*, p. 110, num. 65.

[209] *Ibidem*, p. 109, num. 64.

[210] RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, pp. 155-166.

[211] CAFFERATA NORES, **en** RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, p. 166.

[212] Con los siguientes fundamentos se busca la aplicación de esta forma de sanción (RODRÍGUEZ DELGADO, 1999, p. 130). *Primero*, la reparación como una forma de sanción civil, pero establecida por un juez penal en una sentencia. *Segundo*, la reparación se considera como una institución sancionadora del Derecho Penal, cuando se le otorga el nuevo fin de la pena. *Tercero*, se busca convertirla en una sanción autónoma. *Cuarto*, es un disfraz de la tendencia político-criminal abolicionista.

[213] ROXIN, 1999, p. 109, num. 64.

cer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada (...) la perturbación social originada por el delito» [214].

[214] *Ibidem*, pp. 108-109, num. 63.

Capítulo III
LÍMITES AL PODER PENAL

Sumario: §13. La función punitiva estatal. **§14.** Límites materiales o garantías penales. **§15.** Límites formales o garantías procesales.

Bibliografía

Rafael Alcácer Guirao: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Biblioteca de autores extranjeros Nº 9, Grijley, Lima 2004; Idem, *¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / Alessandro Baratta: *Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*, **en** Doctrina Penal, Nº 40, Buenos Aires 1987; Idem, *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, **en** Nuevo Foro Penal, Nº 34, Bogotá. / J. M. Benítez Sánchez: *Sobre la técnica del bien jurídico. Aproximación al ilícito penal*, **en** Revista de la Facultad del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983. / Roberto Bergalli: *El control penal en el marco de la sociología jurídica*, **en** Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires 1988; Idem, *Crítica a la criminología. Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Temis, Bogotá 1982. / Alberto M. Binder: *Introducción al derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires 2004. / Hans-Jürgen Brandt: *Justicia Popular: Nativos. Campesinos*, Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República, Fundación Friedrich Naumann, Lima 1986. / Juan Bustos Ramírez: *Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*, **en** El Pensamiento Criminológico, Temis, Bogotá 1983; Idem, *La instancia policial*, **en** El Pensamiento Criminológico II, Temis, Bogotá 1983; Idem, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Temis, Bogotá 1982. / Milton Cairoli Martínez: *Algunas reflexiones acerca del necesario estudio del control social como introducción a la consideración de la parte general del derecho penal*, **en** Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, Año VI, Nº 8, Editorial A. M.- Fernández, Montevideo 1987. / Dino Carlos Caro Coria: *Principio de lesividad de bienes jurídico-penales*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; Idem, *Derecho penal del ambiente: Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima 1999; Idem, *Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs*, **en** Thémis, 2ª época Nº 35, Lima 1997. / José Luis

CASTILLO ALVA: *Principio del hecho propio-proscripción de responsabilidad objetiva*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Principios de derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. / RAÚL CERVINI: *Acerca del principio de respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica*, en Revista de Derecho Penal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1988. / NILS CHRISTIE: *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México 1984. / MARÍA LUISA CUERDA ARNAU: *Aproximación al principio de proporcionalidad en el derecho penal*, en Estudios jurídicos en memoria del profesor doctor don José Ramón Casabó Ruiz, Primer volumen, Universitat de Valencia, Valencia 1997. / JAIME CURBET: *La policía y la prevención de la criminalidad*, en JOSÉ M. RICO (Compilador): *Policía y Sociedad Democrática*, Alianza Universidad, Madrid 1983. / ROSA DEL OLMO: *América Latina y su criminología*, Siglo XXI editores, México 1981; IDEM, *Ruptura criminológica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979. / JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS: *El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista*, en Jueces para la Democracia, Nº 30, Madrid noviembre 1997. / HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA: *Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos (El derecho a un juicio justo)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1992. / GONZALO D. FERNÁNDEZ: *Bien jurídico y sistema del delito*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires 2004. / JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: *Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo*, en Nuevo Foro Penal, Nº 39, Temis, Bogotá 1988. / LUIZ FLÁVIO GOMES: *Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / PERCY GARCÍA CAVERO: *Principio de proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / KLAUS GÜNTHER: *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?*, en La insostenible situación del derecho penal, dirigido por Carlos ROMEO CASABONA, Comares, Granada 2000. / EMILIO GARCÍA MÉNDEZ: *Autoritarismo y control social*, Hammurabi, Buenos Aires 1987; IDEM, *La dimensión política del abolicionismo*, en Nuevo Foro Penal Nº 32, Temis, Bogotá 1986. / WINFRIED HASSEMER: *¿Alternativa al principio de culpabilidad?*, en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, trad. Francisco Muñoz Conde/María del Mar Díaz Pita, Temis, Bogotá 1999. / HANS JOACHIM HIRSCH: *El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal*, trad. de Daniel R. Pastor, en Derecho Penal, Obras Completas. Libro Homenaje, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico, estado social y democrático de derecho*, Idemsa, Lima 2005; IDEM, *El nuevo código penal y el principio de culpabilidad*, en Jueces para la Democracia Nº 29, Madrid Julio 1997; IDEM, *El derecho penal subjetivo y sus límites*, en Estudios jurídicos en Memoria del profesor doctor don José Ramón Casabó Ruiz, Segundo volumen, Universitat de Valencia, Valencia 1997; IDEM, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, PPU, Barcelona 1991. / LOUK HULSMAN: *Critical Criminology and the Concept of Crime*, 1985; IDEM, *La criminología crítica y el concepto de delito*, en Abolicionismo Penal, trad. de Mariano A. CIAFARDINO/Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires 1989. / MANUEL JAÉN VALLEJO: *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / GÜNTHER JAKOBS: *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; IDEM, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, en Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000; IDEM, *El principio de culpabilidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000;

IDEM, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, **en** Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal Nº 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000. / WALTER KARGL: *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena*, **en** La insostenible situación del derecho penal, dirigido por Carlos ROMEO CASABONA, Comares, Granada 2000. / ARMIN KAUFMANN: *Teoría de las normas (Fundamentos de dogmática penal moderna)*, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Depalma, Buenos Aires 1977. / CARLOS JULIO LASCANO: *Principio de culpabilidad y derecho penal del enemigo. Nuevas tendencias inocuizadoras*, **en** XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / JULIO F. MAZUELOS COELLO: *El bien jurídico-penal*, **en** Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003. / SANTIAGO MIR PUIG: *Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena*, **en** El Poder penal del Estado. Libro Homenaje a Hilde Kaufmann, Depalma, Buenos Aires 1985; IDEM, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, **en** Política criminal y reforma al derecho penal, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1982; IDEM, *Introducción a las bases de derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona 1976. / TERESA MIRALLES: *El control formal: la cárcel*, **en** Pensamiento Criminológico II, Temis, Bogotá 1983. / SERGIO MOCCIA: *Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*, **en** Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 21, Madrid 1983. / BERND MÜSSIG: *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / CÉSAR NAKASAKI SERVIGÓN: *Bases de una teoría general sobre el bien jurídico*, **en** Advocatus, Año 1, Nº 1, Lima 1990. / WOLFGANG NAUCKE: *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, **en** La insostenible situación del derecho penal, dirigido por Carlos ROMEO CASABONA, Comares, Granada 2000. / JOHN ALBERT NAVARRO CARRILLO: *Estudios de los principios generales del título preliminar del código penal*, Gráfica Horizonte, Lima 2002. / ULFRIED NEUMANN: *La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / DANIEL O'DONNELL: *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989. / LUIS PÁSARA: *Jueces, justicia y poder en el Perú*, CEDYS, Lima 1982. / RAÚL PEÑA CABRERA: *Bien jurídico y relaciones sociales de producción*, **en** Debate Penal, Nº 2, Lima 1987. / CARLOS PÉREZ DEL VALLE: *La crítica a la teoría de los bienes jurídicos*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS: *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: La influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*, **en** Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003; IDEM, *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / CORNELIUS PRITTWITZ: *El derecho penal*

alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal, en La insostenible situación del derecho penal, dirigido por Carlos ROMEO CASABONA, Comares, Granada 2000. / RAMÓN RAGÜES I VALLÈS: *Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / PERCY ENRIQUE REVILLA LLAZA: *Principio de legalidad en la ejecución de la pena*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / FIDEL S. ROJAS VARGAS: *Las funciones del derecho penal y los principios de subsidiariedad y ultima ratio aplicados a un supuesto de apropiación ilícita*, en Estudios de derecho penal. Doctrina y jurisprudencia, Jurista Editores, Lima 2004; IDEM, *La responsabilidad objetiva en el derecho penal*, en Estudios de derecho penal. Doctrina y jurisprudencia, Jurista editores, Lima 2004. / CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA: *Principio de culpabilidad, prevención delictiva y herencia genética*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / CLAUS ROXIN: *¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004; IDEM, *Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004; IDEM, *¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales*, en Problemas actuales de dogmática penal, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Ara, Lima 2004. / HANS JOACHIM RUDOLPHI: *Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo, en Nuevo Pensamiento Penal, Año IV, Nº 7, Buenos Aires 1975. / NELSON SALAZAR SÁNCHEZ: *El principio de legalidad en un estado democrático de derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal)*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, Idemsa, Lima 2004. / CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO: *Garantía jurisdiccional*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / JULIO CÉSAR SANTA CRUZ CAHUATA: *Principio de legalidad, tipicidad e imputación objetiva*, en Revista de la Academia de la Magistratura, Nº 2, Lima noviembre 1999. / GÜNTHER STRATENWERTH: *El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, trad. de Enrique Bacigalupo con la colaboración de Agustín Zugaldía Espinar, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1980. / CELIA SUAY HERNÁNDEZ: *Refutación del ius puniendi*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 15, Idemsa, Lima 2004. / JUAREZ X. TAVARES: *Bien jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires 2004. / JUAN TERRADILLOS BASOCO: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid 1981. / JOSÉ URQUIZO OLAECHEA: *Principio de legalidad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Prohibición de analogía in malam partem*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *¿Bien jurídico?*, en Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; IDEM, *El principio de proporcionalidad penal*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003; IDEM, *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima 2000. / FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Normas rectoras del proyecto de código penal peruano*, en Anuario de Derecho Penal, Nº 1, Revista de la Asociación Peruana de Derecho Penal, CONCYTEC, Lima 1989. / TOMÁS S. VIVES ANTÓN: *El principio de culpabilidad*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. JÜRGEN WOLTER: *Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995. / GUILLERMO JORGE YACOBUCCI: *La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo*, en Los

desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Depalma, Buenos Aires 1984. / JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR: *¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio de mínima intervención, máximas garantías?*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 79, setiembre, Madrid 2002.

§13. Función punitiva estatal

La función punitiva del Estado social y democrático de Derecho [1] se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente [2] [3] (**Derecho Penal subjetivo**). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que el poder del Estado está controlado y limitado. Esta función está fundamentada por la **Constitución Política** [4], y en ella se encuentra su justificación política [5] [6], como también en las normas internacionales. Políticamente, el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva.

176. Derecho penal subjetivo

A esta función punitiva del Estado se le pretende identificar como ***ius puniendi***, pero creemos que la denominación es incorrecta. Aquella no

177. *Ius puniendi*

---

[1] MIR PUIG, 2004, pp. 113-114, num. 3.

[2] MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 5-6. *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 11-12.

[3] «Es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo» (MIR PUIG, 2004, p. 52, num. 7), o aquel poder que tiene el Estado para «ejercer la violencia legítima» (BUSTOS, 2004, I, p. 546).

[4] La Constitución Política de 1993 señala que nuestro país es una República democrática y social (artículo 43), así como que su deber es «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (artículo 44) a través de los medios de control social, utilizando su poder soberano en representación del pueblo y «con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 45). En este marco, el Presidente de la República promulga leyes remitidas por el Congreso (artículo 108) y es el Poder Judicial el encargado de administrar justicia (artículo 138), observando los principios y derechos de la función jurisdiccional (artículo 139). El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139, numeral 22).

[5] MIR PUIG, 1976, p. 114.

[6] Aunque, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN consideran que su justificación se halla en su propia existencia, «es decir, porque guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada» (2002, p. 69).

puede concebirse como un derecho (*ius*) [7], tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. A nuestro juicio, este Derecho Penal subjetivo (*ius puniendi*) no existe, pues hasta que no se dicte la norma que origina al Derecho Penal objetivo «la posibilidad de castigar o prevenir aparece no como derecho (concepto jurídico) sino como potestad no mediatizada por la forma jurídica» [8].

Así planteadas las cosas, de lo que se trataría es de regular las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, como aparato coercitivo y el ciudadano, generalmente inerme. Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar **límites a su poder penal**: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (Derecho Penal garantista), etc. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional. Por tanto, el Estado, cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas [9].

178. Límites al poder penal

179. Legitimación extrínseca e intrínseca del poder penal

Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico-penal [10] [11]. En este sentido, su **legitimación extrínseca** proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su **legitimación intrínseca** se basa en una serie de principios específicos. Aun así, «todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad

---

[7] ZAFFARONI precisa que «el Estado no tiene 'derecho' a incriminar ni a penar, sino que tiene el **deber** de hacerlo porque surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia» (1980, p. 33).

[8] TERRADILLOS BASOCO, 1981, p. 11. «La potestad legislativa es atributo de la soberanía del Estado, que es jurídicamente ilimitada. Constituye, pues, un '*prius*' con respecto al derecho objetivo. Hasta que éste no aparece, aquella potestad no puede tomar la forma jurídica, no puede constituirse en derecho subjetivo» (Cfr. FRAGOSO, 1985, p. 4).

[9] BUSTOS, 2004, I, p. 546.

[10] BACIGALUPO, 1990, p. 17.

[11] BUSTOS considera que «todos estos principios generales y específicos tienen un tronco común: el principio iluminista del reconocimiento de la posición antinómica del individuo frente al poder. Es este principio básico el que informa la normatividad constitucional de los derechos fundamentales y éstos a su vez limitan al *ius puniendi*» (2004, I, p. 546).

y libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico» [12].

180. Límites formales y materiales del poder penal

Los límites del poder penal actúan tanto en la creación de las normas penales (*criminalización primaria*) como en su aplicación (*criminalización secundaria*), pero se les suele clasificar en **límites materiales** o **garantías penales** y **límites formales** o **garantías procesales**, de persecución o de ejecución [13].

§14. Límites materiales o garantías penales

14.1. Principio de legalidad

181. Principio de legalidad

Este es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho. Esta

---

[12] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 70.

[13] Ante la clásica agrupación de principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, Binder plantea la idea de un sistema de garantías como un todo, conformante de una estructura de protección unificada. Lo configura como un escudo protector que se sostiene en un trípode: «Por un lado, existen ciertos principios que fijan condiciones de verificabilidad (es decir, todo aquello acerca de lo cual hay que decir 'verdad'), otros principios fijan condiciones de verificación (es decir, los modos concretos que son admisibles para construir esa 'verdad'), y por último, una serie de principios que regulan el ingreso y el tratamiento de la información necesaria para construir esa verdad». Agrega Binder que, al «derecho penal le ha tocado desarrollar las condiciones de verificabilidad al derecho procesal penal, las condiciones concretas de verificación, y a la teoría de la prueba, el ingreso y tratamiento de la información (...). Al derecho penal, entonces, le corresponde establecer los principios que precisen al máximo posible aquello acerca de lo cual hay que decir verdad y construir límites para evitar las distorsiones en esa indagación. A la dogmática penal le corresponde consolidar y desarrollar esta función, sin perder de vista que es sólo una parte del sistema de garantías y que forma una unidad con las otras dimensiones. Por eso, ella también forma parte de los instrumentos de depuración del proceso de cognición» (2004, p. 97). Binder identifica *principios que limitan la construcción de la ilicitud penal* (principio de exterioridad –derecho penal de acto y derecho penal de autor–, principio de legalidad, principio de lesividad, principio de ilicitud personal), *principios que excluyen la ilicitud penal* (principio de proporcionalidad y la relevancia de la ilicitud, principio de autotutela, principio de coherencia del sistema normativo, causas que excluyen la ilicitud penal), *principios que excluyen o limitan la responsabilidad penal* (principio de culpabilidad, principio de atribución personal, principio de advertencia suficiente, principio de corresponsabilidad social), *principios que limitan o excluyen la aplicación de la pena* (principio de legalidad de las penas, principio de proporcionalidad y las penas prohibidas, principio de utilidad del castigo).

violencia se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc.) deberán ser consideradas conductas prohibidas. El principio de legalidad limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: ***nullum crimen, nulla poena sine lege.***

182. Legalidad y tipo penal

El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del **tipo penal**. Así, se constituye en una «fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo» [14].

183. Definición normativa del principio de legalidad

Normativamente, el principio de legalidad se expresa en el sentido que *«nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley»* (artículo 2, numeral 24, inciso d, Constitución). Así también lo describe el artículo II del Título Preliminar del Código Penal [15].

14.2. Principio de prohibición de la analogía

184. Prohibición de la analogía

A partir del principio de legalidad, se constituye como una garantía de la administración de justicia la prohibición de la analogía (artículo 139, numeral 9, Constitución; artículo III, Titulo Preliminar, Código penal). De esta manera, esta prohibición supone que *«no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde»* (artículo III, Título Preliminar, Código penal) (artículo 139, numeral 9, Constitución).

185. *Analogía legis y juris*

La **analogía** puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (***analogía legis***) o están deducidos de los principios generales del derecho (***analogía juris***) [16].

La prohibición de la analogía sólo alcanza a la analogía perjudicial para el inculpado (**analogía *in malam partem***), es decir, aquella que extiende

---

[14] BINDER, 2004, p. 133.

[15] *«Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella»*. En el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004, en el artículo II del Título Preliminar, se añade el término *«omisión»*, para mejor entendimiento de que son tanto las conductas activas como omisivas las que deben de estar previstas como delito o falta en la ley (Introducción, párrafo 6).

[16] MANTOVANI, 1979, p. 103; IDEM, 1988, p. 105.

los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (**analogía *in bonam partem***) es aceptada [17] a través de los procesos de interpretación de la ley penal. Por ejemplo: interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales de exclusión de la punibilidad. Siguiendo esta idea, *de lege ferenda* el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal 2004, en su artículo III *in fine* del Título Preliminar, reconoce que *«la analogía sólo procede a favor del reo»*.

186. *Analogía in malam partem* y *analogía in bonam partem*

Sin embargo, no resulta fácil establecer una distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Una posición bastante difundida, considera que lo decisivo es el **texto legal**: todo lo que esté cubierto por el texto será interpretación justificada, lo que no lo esté será interpretación analógica no autorizada si es desfavorable al autor. «Debe respetarse, en todo caso, el '**sentido literal posible**' como límite extremo» [18]. Pero la fórmula del sentido literal posible de los términos utilizados en el texto legal, tampoco es satisfactoria. «Solamente una precisa descripción de la idea legal fundamental orientada a los hechos respectivos tipificadores de lo ilícito y de la culpabilidad, puede trazar los límites de la interpretación correcta. El texto legal brinda, en ese sentido, el punto de partida, aunque sin embargo, no constituye un criterio sólido» [19].

187. Sentido literal posible del texto legal

14.3. Principio de irretroactividad

En el ordenamiento jurídico nacional, *«la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales»* (artículo 6, Código penal) (artículo 103, segundo párrafo, Constitución).

188. Principio de irretroactividad

Se excluye la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal (penas, características de los tipos de lo injusto, etc.) cuando son desfavorables al inculpado. Por el contrario, si son favorables, la Constitución ordena aplicarlas retroactivamente (**retroactividad benigna**).

189. Retroactividad benigna

14.4. Principio de necesidad o de mínima intervención

El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social [20], para mantener el orden

---

[17] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 145; PEÑA CABRERA, 1997, p. 47; URQUIZO, 2000, p. 97; BATISTA, 1984, p. 117; MIRABETE, 1988, p. 52.

[18] JESCHECK, 1981, I, p. 214. Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 95, num. 31.

[19] STRATENWERTH, 1982, p. 39. Cfr. IDEM, 2005, p. 96, num. 33.

[20] GIMBERNAT, 1981, p. 122.

democrático y social establecido (artículo 43, Constitución Política). En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad [21]. La

190. Principio de necesidad o de mínima intervención

mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho. «Sólo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad» [22]. Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un Estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal [23].

Jurisprudencia:

«El principio de mínima intervención del derecho penal es compatible con la idea del Estado Social, rechazándose la idea de un Estado represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria –inevitable– para la protección del mismo ciudadano» [24].

Sabemos que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. Por ello, el Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del

191. Programa del control razonable de la criminalidad

ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Esto exige un **programa de control razonable de la criminalidad**. Si su labor es fijar los límites al poder penal, expondrá los casos en los cuales el ejercicio punitivo es legítimo [25]. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los amenazan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de «programar un control razonable de la criminalidad, seleccio-

---

[21] MIR PUIG, 2004, p. 125, num. 44-45.

[22] BINDER, 2004, p. 50.

[23] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 95.

[24] Ejecutoria del 8 de abril de 1998, Exp. 570-98, Lima **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 93.

[25] BINDER, 2004, p. 39.

nando los objetos, medios e instrumentos» [26]. Por eso, para que intervenga el Derecho Penal –junto a sus graves consecuencias– su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales [27]. Así, supondría una vulneración de este principio, si «el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico» [28].

192. La necesidad como límite a la criminalización primariaa

No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta penal, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes. Este límite al poder penal debe ser siempre atendido por el legislador. Un aumento exagerado de criminalización primaria de conductas, puede convertir al Estado en uno policial en el que sería insoportable la convivencia.

a. Principio de subsidiaridad

193. *Última ratio*

Se trata de la ***ultima ratio*** o ***extrema ratio*** [29], en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social.

Jurisprudencia:

«Con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones, ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación de que el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado; en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que sólo sea defendible por el Derecho Penal» [30]. En otro caso: *«Cualquier controversia o reclamo que surja de su aplicación debe ser ventilado en la vía correspondiente establecida para ello; tanto más si se tiene en cuenta que el derecho*

---

[26] García Pablos de Molina, 2000 p. 379. La *ultima ratio* se constituye en un programa no violento de organización de la sociedad (Binder, 2004, p. 39).

[27] Pérez Pinzón, 1996, p. 90. *Vid.* Bustos, 2004, I, p. 548.

[28] Roxin, 1999 p. 66, num. 29.

[29] Bustos, 2004, I, p. 548.

[30] Ejecutoria del 17 de diciembre de 1998, Exp. 3429-98 Lima, en Gaceta Jurídica, 2001, p. 29.

penal es la ultima ratio de la política social, resultando subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que sólo se puede hacer intervenir, cuando no existan otros medios de solución social del problema» [31] [32].

b. Principio de fragmentariedad

194. Principio de fragmentariedad

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. «El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad» [33]. Este principio es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo [34], por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria.

195. Determinación de la fragmentariedad

Para determinar la **fragmentariedad** de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos [35]: *Primero*, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. *Segundo*, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. *Tercero*, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

14.5. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos

196. Principio de lesividad

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima

---

[31] Ejecutoria del 17 de junio de 1998, Exp. 5635-97-A Lima.

[32] *Vid.* también: Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de junio de 1998, Exp. 5001-97, **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 356; Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de diciembre de 1998, Exp. 3429-98, **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 89; Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 26 de abril de 1999, Exp. 5962-98, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 420.

[33] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 42.

[34] ROXIN, 1999 p. 67, num. 31.

[35] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 80.

«***nullum crimen sine iniuria***». El Título Preliminar del Código Penal declara que «*la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*» (artículo IV).

Jurisprudencia:

«*El título preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas consagrando entre ellos: el de lesividad, por el que para la imposición de la pena, necesariamente se requiere de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*» [36]. En otro caso: «*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 su aspecto objetivo*» [37] [38].

Si se obviara este principio, el de **intervención mínima** sería un límite demasiado vago. Por el contrario, con su existencia se debe precisar qué es lo protegido y, con ello, el Estado intervendría limitando su función punitiva [39]. «Para evitar esta distorsión del uso del poder punitivo existe el principio de lesividad, que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado» [40]. Cuando nos referimos a la protección de bienes jurídicos, no estamos hablando de la protección de *todos* los bienes jurídicos. Por ello, aquí juega un papel importante el principio de fragmentariedad y de subsidiaridad. «El concepto de 'bien jurídico' es, pues, más amplio que el de 'bien jurídico-penal'» [41]. No sólo el Derecho Penal puede intervenir exclusivamente en su protección, sino también otros medios de control social.

197. Lesividad y mínima intervención

---

[36] Ejecutoria del 29 de mayo de 1998, Exp. 25-98-B, **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, pp. 48-49.

[37] Ejecutoria suprema del 20 de abril de 1999, R. N. 668-99, **en** GACETA JURÍDICA, 2001, p. 30.

[38] *Vid.* también: Exp. 98-080-04-0401-JXP Camaná, **en** ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 267; Exp. 09-97, Lima 11 de agosto de 1999. *Vid.*: Exp. 1767-97, Lima, 12 de enero de 1998, **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 48; R. N. 5269-97, Huánuco 17 de noviembre de 1997, **en** GACETA JURÍDICA, 2001, p. 30; Exp. 5541, Tumbes 25 de julio de 1998, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 642; Exp. 1482-96, **en** GÓMEZ MENDOZA IV, 1999, p. 505.

[39] BUSTOS, 2004, I, p. 551.

[40] BINDER, 2004, p. 157.

[41] MIR PUIG, 2004, p. 129, num. 51.

Jurisprudencia:

«Debe de tenerse en cuenta que la protección de bienes jurídicos no sólo se alcanza a través del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo ordenamiento jurídico» [42].

198. Consecuencias del principio de lesividad

Este principio no sólo expone la función que debe cumplir el Derecho Penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además, este principio tiene una gran importancia en un Estado social y democrático de Derecho [43], y comprende las siguientes **consecuencias** [44]: *Primera*, todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico. *Segunda*, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano. Por ello, las penas no deben de recaer sobre el ejercicio de tal libertad; más bien debe ser lo contrario, es decir, sobre aquellas conductas que afectan el ejercicio de la independencia y autonomía ética, religiosa o política. *Tercera*, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado.

199. Lesividad y peligro abstracto

Entre las diversas consecuencias de este principio, se debe destacar la necesidad de limitar el uso de figuras de **peligro abstracto** [45]. Somos contrarios a incorporar alguna regla que se refiera al peligro abstracto como lo hace el artículo IV del Título Preliminar del Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 que expresa que *«sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionarán comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico»* [46].

200. Concepto de bien jurídico

La intervención del Estado sólo se legitima cuando protege bienes jurídicos, pero estos suelen carecer de eficacia crítica o limitadora en relación al poder penal al estar frecuentemente ligados a los intereses de los grupos dominantes [47]. Creemos que el bien jurídico debe ser realmente un límite político-criminal a la función punitiva estatal, pero esto no se puede comprobar siempre en el ejercicio del poder

---

[42] Ejecutoria del 19 de marzo de 1998, Exp. 8240-97, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 371.

[43] MIR PUIG, 2004, pp. 129-130, num. 55.

[44] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 120.

[45] VILLAVICENCIO, 1983, p. 29. *Infra*, núm. marg. 674.

[46] En defensa de esta incorporación *vid.* CARO CORIA, 2004, pp. 141-143.

[47] MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 49-50.

penal [48]. Pensamos que no es el camino más adecuado sustituir al bien jurídico por la *infracción al deber*. Además, existen diferencias entre norma y valor, pues la primera tiene un sentido deontológico (deber) y el valor, un sentido teleológico (finalidades) [49]. Así, siendo el bien jurídico un valor no puede ser identificado como una norma (deber), pues ello es contradictorio. En esta línea, los *bienes jurídicos son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad –y no sólo de un grupo determinado– que proporciona el ordenamiento de protección de Derechos Humanos y los principios constitucionales, como su fuente inspiradora, para de esta manera delimitar (y no sólo legitimar) al poder penal, buscando erradicar la posibilidad de la arbitrariedad* [50] [51].

a. Discusión sobre el concepto de bien jurídico

201. Lesión de derechos subjetivos

En épocas modernas, el concepto del **bien jurídico** se origina como consecuencia del pensamiento de la Ilustración, bajo la influencia de la teoría del contrato social, que entendía al delito como lesión de **derechos subjetivos**. En esta orientación se encuentra FEUERBACH, quien ubica como núcleo del delito la afectación de los «derechos externos» [52].

---

[48] *Vid.* VILLAVICENCIO, 1990, p. 50.

[49] HABERMAS, 1998, p. 328. «Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas» (*ibidem*).

[50] Cfr. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, 2004, p. 292, num. 16; PORTILLA CONTRERAS, 2003, pp. 120-121.

[51] En la teoría penal latinoamericana: ZAFFARONI considera que el bien jurídico es la «*relación de disponibilidad de una persona con un objeto*» (2000, p. 466). BUSTOS entiende que todo concepto jurídico nace «como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos» (2004, I, p. 538). Para este autor los bienes jurídicos son «relaciones sociales concretas» (*Ibidem*). Para BINDER, bien jurídico es «un conflicto en el que el Estado puede intervenir con el poder punitivo» (2004, p. 162). Así, una teoría del bien jurídico nos debe indicar los criterios que impiden al Estado seleccionar un conflicto. En este sentido, el primer límite está relacionado con la gravedad, de lo que no resulta admisible la intervención del poder punitivo aun cuando no exista otro recurso, si esa intervención es más grave para la sociedad que la subsistencia del conflicto mismo. Un segundo límite se relaciona con las prioridades, en el sentido que los instrumentos violentos del Estado siendo escasos deben estar sujetos a criterios de racionalización. Un tercer límite, exige que el Estado utilice sus instrumentos violentos cuando tenga la capacidad o posibilidad real de ejercerlo, y hace evitar utilizar el poder penal para cumplir finalidades sociales distintas y no una acción dañosa. Un cuarto límite tiene que ver con la defensa del interés de la víctima (*Ibidem*, pp. 163-164).

[52] FEUERBACH, 1989, p. 63: «Toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica fundada en la necesidad de preservar los derechos externos» (§ 19). Véase también § 21: «crimen es (...) acción contraria al derecho de otro».

202. Bien jurídico en Bimbaum

Se debe a J.M.F. BIRNBAUM (1834) el desarrollo de una concepción material del bien jurídico, el mismo que superando las limitaciones de la protección de derechos subjetivos, propuso entender que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, que corresponden tanto a particulares como a la colectividad [53]. A partir de BIRNBAUM se consideró como delito la lesión o la puesta en peligro de un bien que es garantizado por el Estado en forma igualitaria [54]. Inicialmente, no era trazado como un límite al llamado *ius puniendi*. El bien jurídico no nació en el sentido político-criminal, sino en el sentido dogmático de objeto de protección elegido por la ley [55].

203. Bien jurídico en Binding

Posteriormente, y desde la perspectiva formal, Karl BINDING a través de su «Teoría de las normas» entiende que el bien jurídico quedaba establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico y no existía la posibilidad de establecer sus bases más allá del Derecho y del Estado [56]. El bien jurídico era creado por el Derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección. Este criterio positivo-jurídico no es un límite del poder penal, pues si el Estado es el único que determina el contenido de la norma jurídica, en el fondo no hay más límite que el propio Estado voluntariamente se da, así desaparece el criterio limitador a través del bien jurídico, y el concepto del bien jurídico sobra [57].

204. Bien jurídico en Liszt

Franz von LISZT buscó un concepto material de bien jurídico. Para LISZT «bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Un concepto de bien jurídico determinado socialmente es anterior al derecho. Todos los bienes jurídicos son **intereses vitales** del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico» [58]. Sin embargo, LISZT no desarrolló su programa que atribuía al bien jurídico esta función limitadora del poder penal y tampoco dio contenido a los conceptos de «interés de la vida», «condición de vida», de manera que no precisaba qué intereses merecían ser protegidos o qué criterios ayudaban a esta selección [59].

205. Corrientes doctrinales posteriores a Liszt

Después de LISZT, las corrientes doctrinales siguen dos caminos: los que destacan la naturaleza teleológica del bien jurídico y los que reconocen la lesión del deber como contenido material de lo injusto. En los años treinta del siglo pasado, el bien jurídico se convierte en un criterio de interpretación. Los neokantianos buscaron al bien jurídico en una realidad externa previa al Derecho, situándola en el mundo espiritual subjetivo de los valores. Así, para HÖNIG el bien jurídico era una «síntesis categorial» [60] cuya función es ayudar a la interpretación. La otra variante que se apoya en la lesión del

---

[53] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 274.

[54] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 334.

[55] MIR PUIG, 2004, pp. 166-167, num. 36.

[56] KAUFMANN, 1977, p. 14.

[57] BUSTOS, 2004, I, p. 79; 1984, p. 53.

[58] LISZT, s/f, p. 2. Afirma también que «un bien jurídico no es un **bien del Derecho** (como BINDING y otros suponen) sino un **bien de los hombres** reconocido y protegido por el derecho» (*Ibidem*). *Vid.* también: LISZT, 1911, p. 94.

[59] MIR PUIG, 1982, p. 129.

[60] HÖNIG, **en** ZAFFARONI, 1981, III, p. 249.

deber [61], fue desarrollada por la Escuela de Kiel (DAHM, SCHAFFSTEIN) del nacionalsocialismo alemán, quienes pretendieron negar el concepto de bien jurídico, reemplazándolo por el de infracción al deber [62], criterio que posteriormente abandonaron al alcanzar una fórmula que compatibilizó bien jurídico y nacionalsocialismo (SCHWINGE y KLEE, 1937-1938) [63].

Hans WELZEL reelabora el concepto del bien jurídico y lo entiende como «todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones» [64]. Puede aparecer de las más diversas formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (la vida, el honor), como estado real (tranquilidad del hogar), como relación vital (matrimonio, parentesco), relación jurídica (propiedad, derecho de caza), o aún como conducta de un tercero (deber de fidelidad del funcionario público, bien jurídico protegido contra el soborno). WELZEL entonces precisaba que «la suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social» [65]. Así, alejaba el bien jurídico del Derecho e incluso del Estado, como lo hizo LISZT. Pero también afirmaba que «la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares» [66]. Al considerar que lo fundamental son los **valores ético-sociales**, se aproxima a los conceptos de BINDING. «El bien jurídico en WELZEL no tiene una función autónoma dentro del derecho penal, carece de relevancia propia para la configuración de una teoría del delito (del delincuente) y de la pena. Sólo la norma y con ella los deberes ético-sociales tienen importancia. En definitiva, desde un punto de vista dogmático, de la teoría del delito, WELZEL aparece como un continuador de BINDING y en caso alguno de von LISZT a pesar que haga un rescate realista del bien jurídico» [67].

206. Bien jurídico en Welzel

a.1. Concepto jurídico-constitucional del bien jurídico

Estas teorías entienden que es la Constitución la que fija la orientación básica para limitar la función punitiva estatal. Existen dos posiciones: aquellas que otorgan a la Constitución un carácter genérico y las que toman a la Constitución en sentido estricto en relación a las disposiciones específicas que la integran. Si bien

207. Concepto constitucional de bien jurídico

---

[61] *Vid. infra* núms. margs. 214-220.

[62] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 275.

[63] «En un principio el concepto de bien jurídico fue rechazado por los penalistas nacionalsocialistas, que lo veían como un límite liberal a superar en un Estado totalitario. Tras un debate sobre el tema, neokantianos y defensores tradicionales del bien jurídico lograron disuadir a los nacionalsocialistas a que dicho concepto supusiera ningún freno individualista» (MIR PUIG, 2004, p. 129, num. 53).

[64] WELZEL, 1976, p. 15.

[65] JESCHECK, 1981, I, p. 351.

[66] *Loc. cit.*

[67] BUSTOS, 1984, p. 57. MIR PUIG afirma que WELZEL y Helmuth MAYER siguen el concepto de BINDING (1976, p. 130).

estas teorías encuentran a los bienes jurídicos contenidos en la Constitución, sin embargo, evitan precisar el concepto del bien jurídico, estableciendo relaciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que consagra la Carta política [68]. Pero la identificación de bien jurídico y derecho fundamental puede desconocer las diferentes funciones que ambos conceptos tienen en el ordenamiento jurídico, además no todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el Derecho Penal, y a la inversa, no todos los bienes que el Derecho Penal protege deben estar necesariamente registrados en las normas constitucionales, ello en función a la evolución de las necesidades de protección penal que la comunidad requiera.

208. Bien jurídico en Rudolphi y Bricola

RUDOLPHI y BRICOLA defienden el criterio de recurrir a los textos constitucionales para la protección de los bienes jurídicos. Ya que el conjunto de principios constitucionales determina el marco de referencia en el que el legislador debe actuar para la selección y protección de los bienes jurídicos [69].

ROXIN considera también que todo concepto de bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado [70]. Por ello, conceptúa a los bienes jurídicos como aquellas «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» [71]. En este concepto, ROXIN reemplaza el término «intereses» por «circunstancias dadas y finalidades»; y con ello, busca abarcar tanto aquellos estados previamente hallados por el Derecho, como también los deberes de cumplimiento de normas creadas sólo por el mismo [72]. Afirma que el concepto de bien jurídico es de tipo normativo y no estático debido a que se halla abierta a los cambios sociales y a los progresos científicos [73]; y propone las siguientes tesis [74]: *Primera*, son inadmisibles aquellas conminaciones penales arbitrarias, ya que no protegen bienes jurídicos. *Segunda*, las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos: por la misma razón estaría prohibido proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico-penales. *Tercera*, las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. *Cuarta*, del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquellos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la ley de las limitaciones constitucionales. *Quinta*, no es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo o son perjudiciales para el bien común.

209. Bien jurídico en Roxin

---

[68] BUSTOS, 1984, p. 59.

[69] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 7.

[70] ROXIN, 1999, pp. 55-56, num. 9.

[71] *Ibidem*, p. 56, num. 9.

[72] *Loc. cit.*

[73] *Ibidem*, pp. 57-58, num. 15.

[74] *Ibidem*, pp. 56-57.

a.2. Concepto sociológico de bien jurídico

210. Concepto sociológico de bien jurídico

Esta concepción pretende definir al bien jurídico otorgándole un contenido social. Una tendencia centra su atención en el **perjuicio social**, pero prescinde de toda consideración individual, cuya base teórica parte del funcionalismo. Esta posición llega a una total formalización social del problema, como una función inmanente al sistema [75]. Otra tendencia, busca precisar condiciones para la existencia del bien jurídico y algunos de ellos atienden a los intereses individuales en el marco social.

211. Bien jurídico en Amelung

En el funcionalismo sociológico, AMELUNG entiende al delito como un fenómeno disfuncional, es decir, uno que impide u obstruye al sistema social la superación de aquellos problemas que dificultan su progreso [76]. Así, AMELUNG entiende al bien jurídico como *dañosidad social* (*Sozialchädlinchkeit*), en el sentido de disfuncionalidad del sistema social [77], de manera que daño social es equivalente a disfuncionalidad social de la acción. «En tal virtud, el bien jurídico equivale lisa y llanamente a las condiciones de existencia de la vida social, porque el perjuicio causado por el delito sólo se mide según el daño producido al sistema social» [78].

212. Bien jurídico en Hassemer

HASSEMER presenta una teoría personalista del bien jurídico, ubicando en un campo de tensión que existe entre individuo, sociedad y Estado, y negando la simple protección del sistema social, delimitando el bien jurídico en torno a los intereses humanos que necesitan ser protegidos [79]. Así, explica los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, funcionalizándolos desde la persona. «Es necesario funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo, de modo que los bienes jurídicos universales (colectivos o supraindividuales) sólo pueden fundamentarse y legitimarse, en la medida en que se corresponden con intereses –conciliados– del individuo» [80].

213. Bien jurídico en el derecho peruano

En el Derecho Penal peruano, los autores no asumen expresamente algunas de las formas modernas que explican el concepto del bien jurídico (tanto sociológicas o constitucionales) [81]. Otros creen que los actuales criterios que buscan definir al bien

---

[75] BUSTOS, 1984, p. 59.

[76] AMELUNG, **en** FERNÁNDEZ, 2004, pp. 58-59.

[77] AMELUNG, **en** *ibidem*, p. 59.

[78] AMELUNG, **en** *loc. cit.*

[79] HASSEMER, **en** *ibidem*, p. 62.

[80] HASSEMER, **en** *loc. cit.*

[81] Así: BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 29; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 134; VILLA STEIN, 1998, pp. 104-105. PRADO SALDARRIAGA, si bien señala expresamente no adscribirse a la teoría jurídico-constitucional de los bienes jurídicos, reconoce a la Constitución como el marco más adecuado y seguro para la identificación política de los bienes jurídicos tutelables, en un modelo de control social mínimo y garantista (1996, p. 32). Diferente, CARO CORIA, quien expresa que los postulados de la teoría sociológica del bien jurídico no ofrecen el criterio necesario para determinar el concepto material de bien jurídico-penal, y citando a un importante sector de la doctrina, señala que en la búsqueda de criterios objetivables no necesariamente opuestos a la perspectiva socio-individual, consideran a la Constitución como

jurídico, apoyados en fundamentaciones sociológicas o constitucionales, resultan insuficientes para limitar la función punitiva estatal [82].

b. Bien jurídico frente a la lesión al deber

214. ¿Lesión al deber o bien jurídico?

La lesión de un bien jurídico y la lesión de la norma han sido entendidas como perspectivas diferentes del concepto del delito generalmente complementarias (antijuridicidad material y antijuridicidad formal). Sin embargo, actualmente ambos conceptos tienden a oponerse convirtiéndose en dos diferentes alternativas del concepto del delito [83].

215. Lesión al deber en Hegel

El delito como lesión de deber encuentra su punto de partida en los planteamientos de HEGEL [84]. Para HEGEL la relevancia del delito, es decir, su lesividad, se ubica en la aptitud que tiene para debilitar la validez del Derecho mismo, incluso sobre el daño material que produce a determinados bienes. Así, «el delito lesiona la 'cosa universal', lo que HEGEL asocia a una 'peligrosidad de la acción para la sociedad, cuyo grado dependerá tanto de la propia magnitud del delito como del grado de la representación y conciencia de la validez de las leyes dentro de esa sociedad'» [85]. La lesión material queda relegada a una mera forma de aparición del delito, lo que importa apreciar es que el delito lesiona la «representación y la conciencia de la sociedad civil, y no sólo la existencia del individuo meramente lesionado» [86].

216. La lesión al deber en la Escuela de Kiel

Como hemos expresado, la Escuela de Kiel entendió al delito como contradicción al deber, y era esencialmente una oposición al pensamiento liberal e iluminista, quienes reconocen al delito como lesión de un bien jurídico [87]. Se resalta como valor esencial, antes que la protección al individuo, la del pueblo, el mismo que fundamentaría

---

la principal cantera de los bienes jurídicos penalmente protegibles (1999, p. 16 y ss.; 2004, pp. 130-131).

[82] HURTADO POZO, 2005, p. 27, num. 57; PEÑA CABRERA, 1997, p. 63.

[83] ALCÁCER GUIRAO, 2004, p. 9.

[84] *Ibidem*, p. 37. Para apreciar la concepción de HEGEL se debe entender previamente su concepción de Estado caracterizado por dos perspectivas: «primero, por situar como *prius* axiológico esencial no los intereses del ciudadano, sino los del todo social, el Estado o la comunidad, estableciendo como fin del Estado y el derecho la identidad y cohesión de la comunidad; segundo, por asumir la moral colectiva como esencia de esa identidad y, por ello, como cemento aglutinador de la comunidad, postulando, entonces, una fusión entre Derecho y moral, tanto en la fundamentación de las normas, como en las formas de acatamiento de las mismas» (*Ibidem.*, p. 38).

[85] *Ibidem*, p. 39.

[86] HEGEL, en *ibidem*, p. 40. Para los hegelianos lo lesionado será «la 'sustancia ética' del Derecho, la 'voluntad general', o también 'el orden estatal'; 'objetos' que, dado su carácter ideal, sólo podían ser vulnerados mediante la lesión inmediata de un bien jurídico» (*loc. cit.*).

[87] *Ibidem*, p. 44.

la misión del Derecho Penal. Así, la protección no estará determinada de manera individual sino a la comunidad. «Con ello, el resultado del delito, como lesión de un objeto funcional para el ciudadano, deja de tener relevancia a efectos de merecimiento de pena, y criterio del mismo pasa a serlo sobre todo el componente subjetivo de la actitud interna y de fidelidad a las normas del orden moral del pueblo. Lo único relevante es entonces, la contrariedad valorativa a la comunidad, que engloba tanto el componente objetivo como el subjetivo del hecho, y la lesión del bien jurídico sólo es tenida en cuenta como mera manifestación exterior de esa contrariedad» [88]. Así, el delito significa infidelidad, traición a la comunidad, de manera que no está caracterizado por la lesividad de intereses individuales, sino por la lesión de deberes de fidelidad con la comunidad [89].

217. Lesión al deber en Mayer

Posteriormente, Hellmuth MAYER considera a la comunidad como objeto de protección del Derecho Penal, de manera que el Derecho tendrá como fin mantener vigente en la conciencia de sus integrantes el ordenamiento moral que da sentido a la identidad de la comunidad [90]. Entonces, el delito no se entiende como lesión de bienes jurídicos sino como lesión de deberes éticos que el sujeto tiene hacia su comunidad [91].

218. Lesión al deber en Hardwig

HARDWIG, a partir de postulados organicistas, que caracterizan al concepto de «comunidad» formulado por TÖNNIES, identifica dos maneras de entender al Derecho Penal: un *Derecho Penal de la sociedad*, que se distingue por la tendencia hacia la protección social, donde el delito se determina, por el resultado o el peligro de lesión, relegándose el enjuiciamiento ético de la conducta: un *Derecho Penal de la comunidad*, que se caracteriza porque todo delito supone la lesión de un valor supraindividual de la comunidad, que se halla fundado en un deber moral. HARDWIG se adhiere a formular un Derecho Penal de comunidad, donde el desvalor del hecho se funda en la lesión de deber, no en un resultado, por lo que es constitutiva de un desvalor de acto, y por ende, el contenido material del delito es la contrariedad a la comunidad [92]. «La infidelidad manifestada conforma el desvalor del acto, que es el contenido material del injusto personal. Ello es así, porque la misión del derecho penal no radica en la protección de bienes individuales, sino en el mantenimiento de la comunidad misma, a través de la protección de la vigencia de sus valores» [93].

219. Lesión al deber en Otto

Por su lado, OTTO –que también adopta los postulados de TÖNNIES–, y recogiendo algunos conceptos básicos de la teoría sistémica de LUHMANN, en especial el mecanismo funcional de la confianza/desconfianza, piensa que la confianza «debe ser considerada como un hecho originario, como relación concreta entre personas, y no sólo dentro de un complejo sistema social. La confianza presupone (...) un sentimiento de solidaridad interna con el otro, que pese a todo tipo de otras diferencias no debe

---

[88] *Ibidem*, p. 50.

[89] Cfr. *Ibidem*, p. 49.

[90] *Ibidem*, p. 51.

[91] *Ibidem*, p. 52. *Vid.* las diferencias del pensamiento de MAYER con relación a la Escuela de Kiel.

[92] HARDWIG, **en** *Ibidem*, p. 67.

[93] *Ibidem*, p. 68.

ser puesto en duda» [94]. OTTO formula la premisa de una solidaridad e identidad entre los miembros de la sociedad. Además, en su concepción la atención gira hacia lo subjetivo: «Si, por el contrario, puede presuponerse una amplia disposición a la confianza del otro, el pensamiento de la limitación y aislamiento, de la defensa de una esfera segura que los demás deben respetar, pierde su prioridad. Más relevante será la pregunta relativa a qué es lo que el otro realmente ha querido, por qué ha terminado por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. *La lesión de deber se convierte en el criterio decisivo*» [95]. Concluye que si bien la protección de bienes jurídicos no queda excluida, la labor fundamental del Derecho Penal es el fundamento de esa solidaridad interna de esa comunidad [96].

220. Lesión al deber en Jakobs

En la dogmática de JAKOBS, en lugar de la protección de bienes jurídicos, el Derecho Penal está dirigido a garantizar la expectativa que no se produzcan ataques a bienes [97]. Considera que el bien no debe ser representado como un objeto corpóreo, sino más bien como norma, como expectativa garantizada [98]. La norma interesa para asegurar la expectativa de una conducta adecuada; ésta sería aquella que no sea una decepción de expectativas. Es imposible representarse al Derecho en cuanto relación entre personas en un objeto físico, siendo más bien el Derecho un espíritu normativo. Por ende, «el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma no la protección de bienes jurídicos» [99]. Además, JAKOBS señala que al agente se le debe identificar no como un no-titular de un determinado bien, sino, dependiendo del contexto social, como una persona a la que le compete o no compete la evitación de la lesión de un bien, por ende, también en la apreciación de los bienes debe considerarse los roles de las personas [100], adquiriendo más importancia cuando están obligados por una institución a prestar un apoyo positivo. Por otro lado, «las normas son la estructura de la sociedad, dicho de otro modo, son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar. Puesto que se trata de las relaciones entre personas, y no sólo de un individuo y su situación individual, las normas son un asunto social, y su estabilización *es* estabilización de la sociedad» [101]. Para que la sociedad sea una realidad concreta es requerible

---

[94] OTTO, en *Ibidem*, p. 69.

[95] *Ibidem*, p. 71.

[96] *Loc. cit.*

[97] JAKOBS, 2000b, pp. 153-154. A primera vista, parece una mera reformulación, pues ya que la expectativa se dirige hacia la circunstancia de que no se atacarán los bienes, parece que en últimas instancia todo acaba en la protección de bienes jurídicos (*Ibidem*, p. 154).

[98] JAKOBS, 2000b, p. 154. En nuestro medio, y para el Derecho Penal Económico, GARCÍA CAVERO se orienta en esta posición: «la lesión del sistema económico no es lo que se sanciona, sino la defraudación de la expectativa normativa de conducta de actuar de acuerdo con el modelo de orientación vigente en el sistema económico» (2004, p. 203).

[99] JAKOBS, 2000b, p. 154.

[100] *Ibidem*, p. 159.

[101] *Ibidem*, p. 166.

que las normas tengan vigencia. Por consiguiente, todo quebrantamiento de la norma lleva a la sociedad violentamente de la realidad hacia la imaginación. El delito es la desautorización de la norma, en función al delincuente, constituye una falta de fidelidad al ordenamiento jurídico [102] [103].

También se formulan **posiciones intermedias**. Así, ALCÁCER GUIRAO entiende que los bienes jurídicos son condiciones de participación libre en una sociedad democrática de base liberal, comprendidas como esferas personales o interpersonales de libertad, y protegidas por las normas de conducta y como refuerzo de la validez normativa como de la capacidad coactiva de la imposición de aquellas por la sanción penal [104]. Pero a lado de los bienes jurídicos, la condición de libertad del ciudadano en sociedad supone la preexistencia de expectativas de seguridad de estos intereses, en el sentido que no serán lesionados por terceros, es decir, «un grado razonable de confianza en que las normas de conducta habrán de ser respetadas por todos» [105]. Entre ambos aspectos (bien jurídico y respeto de la norma) deberá existir una relación de reciprocidad funcional, que, sin embargo, supone que el fin preventivo primordial del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos quedando subordinado a aquél la protección de la vigencia del ordenamiento [106]. Así también, HURTADO POZO, precisa que la «violación de un bien jurídico e incumplimiento del deber de comportarse con arreglo al orden jurídico se condicionan recíprocamente. Todo acto incriminado se caracteriza tanto por el resultado perjudicial o peligroso, como por la manera de obrar del agente. No obstante, resulta equivocado y excesivo pensar que el derecho penal sirve, en primer lugar, para formar y orientar la conciencia de los individuos mediante la represión de los actos cuya realización no comportaría ningún daño o amenaza a algún bien jurídico» [107]. En esta línea, pero con otros fundamentos, RAGUÉS I VALLÈS señala que «todo parece indicar que la solución deberá bus-

221.
Posiciones eclécticas

---

[102] *Ibidem*, p. 167.

[103] «En suma: tomando al hecho punible en su significado, considerándolo como parte comunicativo, como una expresión de sentido, JAKOBS apunta que éste significa la defraudación de una expectativa normativa, de una expectativa social. Así, arriba a la convicción de que el bien jurídico penal consiste, lisa y llanamente, en la vigencia de la norma» (FERNÁNDEZ, 2004, p. 68).

[104] ALCÁCER GUIRAO, 2004, p. 176.

[105] *Ibidem*, pp. 176-177.

[106] *Ibidem*, p. 177. «Entre ambos fines existirá, en principio, una relación de reciprocidad funcional, en la medida en que la protección de los bienes jurídicos conllevará en sí mismo un refuerzo de la confianza del ciudadano en el respeto generalizado de las normas. La satisfacción del primero, entonces, conllevará *eo ipso* la del segundo. Ello es una primera razón para, a mi entender, situar en un rango axiológico superior la protección de bienes jurídicos. Pero hay otra: si bien esa seguridad cognitiva será un factor relevante de cara al aumento de la libertad del ciudadano, lo fundamental para sus intereses será, en todo caso, la efectiva protección de los bienes jurídicos: una seguridad material, y no sólo cognitiva, siendo ésta un mero espejismo simbólico –y condenado a la defraudación– sin el efectivo aseguramiento de la indemnidad de los primeros» (*loc. cit.*). Cfr. GÜNTHER, 2000, p. 502.

[107] HURTADO POZO, 2005, p. 28, num. 59.

carse en un punto intermedio, habida cuenta de que, por un lado, los partidarios del concepto 'mecanicista' no pueden prescindir de ciertos aspectos comunicativos a la hora de calibrar la gravedad de las conductas y, por otro, quienes defienden un concepto intelectual de daño necesitan el concepto de peligro para tratar de encontrar límites a lo penalmente relevante» [108].

222. Críticas a la lesión al deber

Frente a las distintas formas de configurar a la lesión de un deber como papel central del Derecho Penal, se han dado una serie de observaciones. Así, ALCÁCER GUIRAO asume que la idea de quebrantamiento de la vigencia de la norma, por ser de carácter genérico y formal, «se ve incapacitado para concretar en cada caso el grado de lesividad, al conformar la noción de lesividad a partir de un elemento puramente simbólico, carente de substrato fáctico» [109], por otro lado, con una definición como ésta el delito sólo se limitaría al desvalor de acción (lesión de deber), quedando como elemento secundario la lesión del bien jurídico [110]. PORTILLA CONTRERAS precisa que «basar la legitimidad del derecho en su mera existencia supone la aceptación acrítica de las normas; generándose un estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la cientificidad y legitimidad del Derecho y no es posible la crítica externa» [111].

223. Rechazo a la lesión al deber en el Derecho Penal Latinoamericano

TAVARES considera que «para que se entienda realmente la constitución del bien jurídico, no se puede partir de la base de que su protección se inicia como un deber, porque entonces ello estaría siendo confundido con la propia norma, lo que retrataría un mero atributo formal y no una condición material de su validez» [112]. TAVARES entiende al bien jurídico como valor y afirma que «se halla inserto en el amplio aspecto de la finalidad del conjunto del ordenamiento jurídico, cumple la función de protección, no de sí mismo, sino de la persona humana, que es el objeto final de protección de todo el orden jurídico» [113]. Para ZAFFARONI, «como la ofensividad pasa a segundo plano, opacada por la pretendida tutela, y como la tutela no se verifica (sino que sólo se afirma deductivamente), se acaba debilitando la idea misma de bien jurídico, para caer en la minimización del concepto y terminar afirmando que la función del derecho penal se reduce a garantizar la validez de las expectativas normativas. Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del Estado» [114]. También, Gonzalo D. FERNÁNDEZ precisa que «en el desarrollo actual de la dogmática, salvo que se defienda una tesis negadora del bien jurídico, refundiéndolo con la pura *vigencia de la norma*, no vemos otro camino para tratar de *cerrar* el concepto de bienes jurídicos, como no sea el de apelar a los derechos humanos, convirtiéndolos en su materia y contenido. Por lo pronto, esa concepción ya no permite una selección discrecional de valores por parte del legislador» [115].

---

[108] RAGUÉS I VALLÈS, 2001, p. 532.

[109] ALCÁCER GUIRAO, 2004, p. 171.

[110] *Ibidem*, p. 173.

[111] PORTILLA CONTRERAS, 2003, p. 107.

[112] TAVARES, 2004, p. 40.

[113] *Loc. cit.*

[114] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 121.

[115] FERNÁNDEZ, 2004, pp. 146-147.

14.6. Principio de racionalidad y humanidad de las penas

224. Principio de proscripción de la crueldad

También llamado **principio de proscripción de la crueldad** [116], se le ha considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal [117] y uno de los límites primordiales en un Estado democrático [118]. Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los derechos humanos [119] [120].

225. Cadena perpetua

Asimismo, se rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria [121]. El Tribunal Constitucional, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la normatividad antiterrorista (Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, normas complementarias y conexas), sobre este principio ha señalado que de *«las exigencias de 'reeducación', 'rehabilitación' y 'reincorporación' como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad»* [122]. En relación a la llamada **cadena perpetua**, el Tribunal señala que *«en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo,*

---

[116] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 125.

[117] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 30.

[118] MIR PUIG, 2004, p. 131, num. 59.

[119] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, pp. 42-43.

[120] Este principio tiene su origen en la Revolución Francesa de 1789 y la posterior promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano donde se buscó la reivindicación de una humanización ante el rigor de las penas que preveía el Antiguo Régimen. Se pasó de un sistema penal que contenía entre sus consecuencias penales la pena de muerte y las penas corporales, a otra que se basaba en las penas privativas de libertad. Actualmente, se puede decir que las penas corporales ya han desaparecido, pero no se puede decir lo mismo con la pena de muerte, aunque existe una tendencia abolicionista (Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 131, num. 60).

[121] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 125.

[122] Num. 182, STC del 3 de enero de 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad» [123]. En el Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 se declara que la cadena perpetua podrá imponerse por unanimidad de la Sala, de lo contrario se aplicará la pena privativa de libertad de treinta a treinta y cinco años. Además, la cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido veinticinco años de privación de libertad o treinta y cinco años en los casos de terrorismo (artículo 29, segundo párrafo)

226. Humanidad de la pena en los instrumentos internacionales

Existen **instrumentos internacionales** como las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* [124], *Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* [125] o el *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión* [126] que están orientadas a garantizar que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

227. Pena y dignidad del individuo

La **dignidad del individuo** es el límite material que debe respetar un Estado democrático, «lo que va fijando topes a la dureza de las penas y

---

[123] Num. 183, *in fine, ibidem.* Sobre la cadena perpetua, el Tribunal «considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación» (num. 190). Así señala como ejemplo el tratamiento que le da el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años (num. 191). Por otra parte, el Tribunal considera que el legislador «puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización» (num. 193). Nos presenta como ejemplos a la legislación italiana, la cual, con el objeto que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley 663 del 10 de octubre de 1986, ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional; y la legislación argentina, donde por Ley 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Por lo tanto, concluye el Tribunal Constitucional señalando que «el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal» (num. 194).

[124] Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (resolución 663 CI, XXIV).

[125] Aprobadas por la Asamblea general mediante resolución 45/113 por recomendación del Octavo Congreso.

[126] Resolución 43/173 de 9 diciembre de 1988.

agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ellos se opone el respeto de la dignidad de todo hombre –también del delincuente–, que debe asegurarse en un Estado *para todos*» [127]. El respeto por la dignidad humana adquiere vital importancia, así el Tribunal Constitucional señala que «*comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídico-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual –porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado– tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación*» [128].

228. Ejecución penal y dignidad del individuo

Además, en el momento de la ejecución de la pena, los reclusos y sentenciados tienen el derecho a ocupar establecimientos adecuados (artículo 139, inciso 21, Constitución). «No debe denigrarse más al recluso hacinándolo en establecimientos carentes de higiene, donde muchas veces el número de internos excede la capacidad con que fue creado dicha construcción penitenciaria» [129].

229. Sobrecriminalización

Si bien lo ideal es la progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos gravosas o por sustitutos como la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio, sin embargo, en la actualidad se observa una tendencia no precisamente a la despenalización sino a la **sobrecriminalización**, como por ejemplo, con el aumento de los mínimos legales de la pena de privación de la libertad o la introducción de nuevos injustos penales. El deseo que la pena privativa de la libertad tenga un límite máximo de quince años [130] se ve cada vez más lejano y superado con propuestas de aumento de la duración de los límites máximos. Por ello es que se afirma que, actualmente, este principio es uno de los más ignorados por el poder penal [131]. Creemos de *lege ferenda* que se debe insistir en la vigencia de este principio fundamental como lo hace el artículo VIII, segundo párrafo, Título Preliminar del

---

[127] Mir Puig, 2004, p. 132, num. 62.

[128] Num. 187, *in fine*, STC del 3 de enero de 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

[129] Peña Cabrera, 1997, p. 120.

[130] Mir Puig, 2004, p. 131, num. 60.

[131] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 125.

Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004, que señala que *«la pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de (...) humanidad»*.

14.7. Principio de culpabilidad

«La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva» (artículo VII, Título Preliminar, Código penal). Recuérdese que algunos prefieren usar el término «responsabilidad» al de «culpabilidad» para evitar cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos. De cualquier manera el legislador peruano abandona la redacción de los proyectos de agosto de 1984 (artículo IV) y de abril de 1986 (artículo IV): *«No hay hecho punible sin culpabilidad. La ley penal prescribe toda forma de responsabilidad objetiva»*, acogiendo la actual. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 en el artículo VII del Título Preliminar vuelve a usar el término «culpabilidad» [132]. En esta **definición normativa** se destacan dos aspectos del principio de culpabilidad: uno referido a la necesidad de establecer la responsabilidad penal para posibilitar la imposición de la pena, y el otro que implica la exclusión de la responsabilidad por el resultado [133].

230. Principio de culpabilidad

Jurisprudencia:

«El artículo sétimo del Título preliminar del Código penal consagra el principio de responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer la responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena, proscribiendo por consiguiente toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, responsabilidad objetiva» [134].

En el Derecho Penal, al término «**culpabilidad**» [135] se le asigna un triple significado [136]: *Primero*, como *fundamento de la pena*, se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y

---

[132] Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 598, num. 1557; PRADO SALDARRIAGA, 1996, I, p. 35 (quien se refiere a la influencia de ROXIN en el legislador peruano de 1991).

[133] Sobre este aspecto, GIMBERNAT sostiene que hay que llamar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad, entendiendo al segundo como la exclusión de la responsabilidad por el resultado, o sea, «la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible» (1981, p. 108, num. 12).

[134] Ejecutoria del 19 de agosto de 1997, Exp. 377-97, en GACETA JURÍDICA, 2001, p. 32.

[135] Este principio también conocido por la máxima *«nulla poena sine culpa»*.

[136] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 92-93.

antijurídico. *Segundo*, como fundamento o elemento de la *determinación o medición de la pena*, su gravedad y su duración. En este caso, se asigna a la culpabilidad una función limitadora que impide que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos determinados límites que son aplicados sobre la idea de la culpabilidad y otros, como la importancia del principio de lesividad, etc. [137]. *Tercero*, como lo *contrario a la responsabilidad por el resultado*. De esta manera el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo o a la culpa [138].

231. Triple significado del principio de culpabilidad

La **importancia** de este principio radica en que se busca evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, en otras palabras, se pretende impedir la vulneración de la dignidad de la persona [139]. Se protege al agente de todo exceso en la reacción represiva del Estado [140].

232. Importancia del principio de culpabilidad

a. Principio de dolo o culpa

Como consecuencia de este principio de responsabilidad se prohíbe imputar a un sujeto un resultado imprevisible, y sólo se podrá admitir responsabilidad a través de estructuras dolosas o imprudentes. Dejamos en claro que no estamos diciendo que el dolo y la culpa sean elementos de la culpabilidad, pues su ubicación correcta, en la teoría del delito, se encuentra en lo injusto (imputación subjetiva).

233. Proscripción de la responsabilidad objetiva

---

[137] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, pp. 132-133. «Si se cancela el principio de culpabilidad y el principio de lesividad se viola el principio de reserva, pues sin el segundo nadie puede saber cuándo su acción estará prohibida; y sin el primero, queda como presupuesto de la punición sólo la infracción moral a la acción coercitiva, esquema en el que se minimiza lesión al derecho ajeno en aras del ideal de ser humano bueno, opuesto al de voluntad defectuosa y desleal al Estado» (*Ibidem*, pp. 134-135).

[138] Para Binder «el principio de culpabilidad nace y existe para evitar toda forma de responsabilidad objetiva, ya sea que ésta se manifieste como responsabilidad por el puro hecho o como responsabilidad objetiva por la existencia de meros atributos personales o como pura peligrosidad. Estas tres formas de responsabilidad objetiva están prohibidas por el principio de culpabilidad, ya que ellas generan una autorización indeterminada para el uso de la reacción violenta del Estado» (2004, p. 243). Constituyen sus alcances: *Primero*, debe existir un nexo entre la acción y la persona que recibirá la respuesta violenta (imputación subjetiva). *Segundo*, la persona que será responsable debe haber realizado su acción como parte del ejercicio de su libertad personal (una persona es libre cuando no ha tenido una posibilidad real de superar los condicionamientos) (*Ibidem*, pp. 243-244).

[139] Bacigalupo, 1998, p. 108. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 132.

[140] Jescheck/Weigend, 2002, p. 25. Cfr. Maurach/Zipf, 1994, p. 111.

Jurisprudencia:

«El vigente Código Penal en el numeral sétimo de su Título Preliminar (Principios Generales), ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, de modo que para imponer una sanción penal se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (Dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (Culpa)» [141]. En otro caso: *«Conforme al artículo VII del Título Preliminar queda proscrito toda forma de responsabilidad objetiva. Si la muerte del agraviado no se debió a acción dolosa o culposa del procesado, sino a la propia negligencia de aquel que conducía una bicicleta por la acera no puede imputarse al acusado tal desenlace fatal»* [142] [143].

234. *Versari in re illicita*

Este principio rechaza la **responsabilidad objetiva** o **responsabilidad por el resultado**, que tiene entre sus postulados a la antigua máxima, proveniente del derecho canónico: ***«versari in re illicita casus imputatur»*** que se puede entender como «quien quiso la causa quiso el efecto» [144]. Según esta antigua máxima, si una persona realiza un acto prohibido responde por cualquier resultado que devenga de ella; no interesando si lo hizo con intención, imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito. De esta máxima se derivan dos problemas que subsisten en el Derecho Penal: los delitos cualificados por el resultado y los supuestos de estado de inculpabilidad provocados por el propio agente [145].

Jurisprudencia:

«Al haber fallecido el menor como consecuencia de un traumatismo vertebro-medular originado por un cuadro convulsivo de etiología no determinada que originó la caída, constituye este hecho un caso fortuito no previsible por el encausado –profesor de educación física– y por lo mismo no le es imputable objetivamente» [146]. En otro caso: *«Al haberse determinado que el hecho fortuito ha sido la causa determinante del fallecimiento de la agraviada, al ser un desenlace imprevisible para los acusados y para*

---

[141] Exp. 607-98 Lima, **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 93.

[142] Ejecutoria del 17 de noviembre de 1998, Exp. 4031-98, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 93.

[143] *Vid.* también: Exp. 1640-97 Callao, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 83; Exp. 568-98. Lima, 20 de mayo de 1998, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 625; Exp. 3897-98. Lima, 3 de noviembre de 1998, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 99; Exp. 5525-97. Lima, 20 de mayo de 1998.

[144] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 133.

[145] *Ibidem*, p. 134.

[146] Ejecutoria del 24 de noviembre de 1998, Exp. 4034-98, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 83.

un nivel promedio exigible de conocimiento, que la víctima, con quien habían conjuntamente ingerido licor, al colocarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, habría de vomitar los sólidos y líquidos del estómago absorbiéndolos y aspirándolos, lo que produjo la muerte por asfixia, y por lo mismo tratándose de una forma tan singular de fallecimiento por caso fortuito o hecho accidental, no resulta imputable objetivamente a título de dolo ni de culpa, no constituyendo los hechos sub examine delito de homicidio» [147].

b. Principio de imputación personal

La sanción penal se aplica a la persona física. El Derecho Penal actual es incompatible con la responsabilidad objetiva o con una idea de represión por las conductas de otras personas (**responsabilidad colectiva**). Así, se impide el castigo a alguien que no es responsable de un determinado hecho, se busca la **individualización de la pena**. Se limita la responsabilidad a los autores del hecho delictivo y a los que participaron en él, ya sea como coautores, instigadores o cómplices [148]. Ha quedado en el olvido la responsabilidad colectiva que en épocas antiguas implicaba llegar al castigo de los miembros de una familia o de un pueblo por la falta de uno de ellos [149]. En la actualidad se plantea el problema de la determinación de la **responsabilidad de las personas jurídicas** [150].

235. Principio de imputación personal

c. Principio de responsabilidad por el hecho

El **Derecho Penal de autor** es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho; en este sentido, sólo resulta compatible un **Derecho Penal de acto** [151]. La pena debe de vincularse con una acción concreta

236. Principio de responsabilidad por el hecho

---

[147] Exp. 6239-97 Ancash, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 132.

[148] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 63.

[149] MIR PUIG, 2004, p. 134, num. 67.

[150] *Loc. cit.*

[151] Ante la contraposición acto/autor, BINDER considera que es más preciso la de interioridad/exterioridad como tendencia hacia donde se dirige el poder punitivo. «Los modelos que apuntan a la interioridad suelen ser más eficaces en términos de control o motivación social, y la tecnología moderna ha acrecentado aún más su eficiencia. Por otra parte, aquellos que se fundan en la exterioridad son menos efectivos como formas de control o motivación, pero protegen mejor al individuo de la intromisión del Estado, del abuso de poder o de la destrucción de la individualidad» (BINDER, 2004, p. 116). El principio de exterioridad se halla relacionado con el elemento acción de la teoría del delito, en donde su definición implica un concepto-límite, que precisa y aclara el principio de exterioridad y se constituye con las ideas de trascendencia, evitabilidad y reconocimiento cultural (*Ibidem*, p. 125) . Lo que en sí le intere-

descrita típicamente; por ello, tal sanción representa «sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo»[152] [153].

237. Principio de responsabilidad por el hecho y principio de legalidad

Lo podemos encontrar enlazado al **principio de legalidad** cuando se habla de la exigencia de la tipicidad de los delitos, ya que en cada precepto penal se reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva [154]. «El Estado únicamente puede castigar la acción humana que produce efectos en el exterior (es decir, en el marco de una interacción conflictiva), y sólo en los límites estrictos del valor que esa acción tenga dentro del marco de interacción. El castigo no puede referirse a otra cosa que no sea la estricta punición del hecho, salvo cuando sea utilizado para disminuir su intensidad» [155].

238. Consecuencias del principio de responsabilidad por el hecho

De este principio se originan dos **consecuencias** [156]: *Primera*, nadie puede ser castigado por sus deseos («*cogitationes poenam nemo patitur*»), así, en el marco del Derecho Penal carecen de importancia los actos meramente internos que no trascienden al mundo exterior social. *Segunda*, la personalidad o la forma de ser de un determinado sujeto no ha de servir de fundamento a la responsabilidad criminal o a la agravante de la misma [157].

---

sa al Derecho Penal es construir un concepto de acción que sirva como límite al poder punitivo como expresión más precisa del principio de exterioridad (*Ibidem*, p. 121).

[152] ROXIN, 1999, p. 176, num. 1.

[153] Al respecto VILLA STEIN lo considera como una posición más realista «que la que pretende marginar al autor impostando una ceguera social y jurídica que no existe, dado que el Derecho penal trata con ciudadanos libres, y no con humanoides autómatas» (1998, p. 107).

[154] MIR PUIG, 2004, p. 134, num. 68.

[155] BINDER, 2004, p. 117.

[156] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 359.

[157] En relación al principio de exterioridad, BINDER rescata dos órdenes de consecuencias: uno que advierte si estamos ante modelos político-criminales inadmisibles desde la base de un Estado de Derecho, y otro que delimita la clase de actos humanos que pueden ser castigados sin afectar la idea misma y el valor político del principio de exterioridad (2004, p. 117). De ella, a su vez, se derivan las siguientes consecuencias: *Primera*, no se puede castigar directamente al autor por lo que él sea (ya sea por que el autor responda a ciertas características biológicas o a ciertos atributos caracterológicos). *Segunda*, no se puede castigar un hecho como síntoma de una personalidad o como signos de anticipación de otros actos más graves. *Tercera*, el castigo no se funda en el hecho, sino en la conducción de vida que ha llevado a realización de ese hecho, es decir, el valor del acto queda subordinado al valor del conjunto de decisiones que llevaron a la realización del hecho concreto. *Cuarta*, la valoración del hecho no puede ser genérica (*Ibidem*, pp. 117-121).

239. Responsabilidad por el hecho como barrera a un Derecho Penal autoritario

Además, con el principio de responsabilidad por el hecho, se logra construir una barrera infranqueable a las pretensiones de un *Derecho Penal autoritario* que encuentra en la pena un instrumento que intervenga en la conciencia moral del individuo, a través de la discriminación de los ciudadanos, según sus elecciones morales o ideológicas, o dirigiendo a los desviados la responsabilidad de todos los males de un determinado sistema social o constitucional [158].

240. Proporcionalidad en base a la culpabilidad

También, este principio refuerza la idea de la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena [159]. La pena no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta y hacer imposible cualquier clase de tratamiento resocializador.

14.8. Principio de proporcionalidad

241. Prohibición en exceso

También llamada **prohibición en exceso** [160], consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho [161].

Jurisprudencia:

«Al imponer la sanción penal, es preciso evaluar los factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre el delito y la pena, conforme se expresa en el artículo cuarenta y seis inciso uno, cinco y once del Código Penal, además la extensión del daño o peligro causado, debiendo darse mayor énfasis al principio de proporcionalidad de la pena previsto en el artículo octavo del Título Preliminar Código Penal que implica la correspondencia que debe existir entre la acción y el daño ocasionado al bien jurídico tutelado, por lo tanto habiéndose acreditado en el procesado (...) tan sólo la condición de colaborador del grupo subversivo, la pena impuesta no se condice con dicha realidad, por lo que consideramos factible la rebaja prudencial de la misma en consonancia con las tendencias del principio del Estado de Derecho y Social» [162].

«La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predo-

---

[158] Fernández Carrasquilla, 1989, II, p. 73.

[159] Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 98.

[160] Maurach/Zipf, 1994, p. 110.

[161] *Loc. cit.*

[162] Ejecutoria Suprema del 19 de enero de 2005, R. N. 3441-2004, Lambayeque, Cuarto considerando.

minantes» (artículo VIII del Título Preliminar, Código Penal) [163]. Considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado [164]. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (artículo VIII, segundo párrafo, Título Preliminar) reconoce este principio al señalar que *«la pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de proporcionalidad (...)»*. El Tribunal Constitucional señala que este principio *«impone al legislador (...) que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer»* [165]. Se complementa con el principio de culpabilidad ya que limita la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad [166].

242. Principio de proporcionalidad

Jurisprudencia [167]:

«El Derecho Penal peruano reconoce al Magistrado la potestad de fijar la pena privativa de libertad, en atención al principio de la proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal; por el cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido» [168]. En otro caso: *«La graduación de la pena debe ser el resultado del análisis crítico jurídico de la prueba aportada, en razón de la naturaleza del ilícito y la responsabilidad del agente en su comisión, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere»* [169].

---

[163] La exposición de motivos del Código Penal, al referirse a dicha norma, expresa: «proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho».

[164] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 90.

[165] Num. 197, STC del 3 de enero de 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

[166] MIR PUIG, 2004, p. 136, num. 73; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 11.

[167] *«El principio rector del derecho penal peruano conocido como el principio de proporcionalidad, en sentido estricto requiere de un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con la pena aplicada»*. Ejecutoria superior del 9 de julio de 1996, Exp. 938-95 Junín, **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000, p. 370. *«Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además la gravedad de esta debe de ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico»*. Ejecutoria del 4 de noviembre de 1999, Exp. 2521-99, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 72. *Vid.* también: Ejecutoria del 16 de agosto de 1999, Exp. 99-396 **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 114.

[168] Exp. 3119-96 Callao, **en** *Anales Judiciales*, LXXXIV, 1998, p. 321.

[169] Ejecutoria del 11 de setiembre de 1996, Exp. 3874-95-B, Ancash, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 229.

La intervención del poder penal no puede generar más «daño» –entiéndase pena– que el hecho concreto al cual responde. La ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva estatal (pena), y esta relación sólo se admite como admisible si es proporcionada. Se entenderá proporcionada cuando «la reacción penal (tomadas todas las circunstancias y el principio de mínima intervención) logra un balance positivo frente al daño causado por el delito, siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios (...). La idea proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento (si no caemos en el marco de la pena inútil, que no es admisible). Dentro de ese marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia» [170].

243. Proporcionalidad entre delito y pena

En el marco de la criminalización primaria y secundaria, este principio está dirigido al ejercicio del poder penal tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial. Con relación al primero, éste debe establecer penas proporcionadas, en *abstracto*, a la gravedad del delito; y con relación al segundo, las penas que impongan los jueces al autor han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de este [171]. Al respecto, el Tribunal Constitucional establece que «*el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena*» [172].

244. Proporcionalidad en la criminalización primaria y secundaria

La *importancia* de este principio radica en que jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado [173], además que mantiene una adecuada relación con el fin preventivo [174]. Sirve «para impedir penas superiores a dicha proporción, pero debe permitirse siempre al juez la posibilidad de reducir la pena por debajo de su mínimo genérico e incluso sustituir las penas de prisión por otras más leves, o llegar a prescindir de la pena como tal» [175].

245. Importancia del principio de proporcionalidad

---

[170] Binder, 2004, pp. 192-193.

[171] Peña Cabrera, 1997, p. 84.

[172] Num. 196, *in fine*, STC del 3 de enero de 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

[173] Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 123.

[174] Maurach/Zipf, 1994, p. 110.

[175] Berdugo *et al.*, 1999, p. 62.

Político-criminalmente, este principio tiene otras acepciones: **proporcionalidad abstracta** (sólo pueden ser objeto de sanción penal conductas que constituyen violaciones a derechos humanos) y **principio de proporcionalidad concreta** (los costos sociales que origina la pena son elevados, entendido no en su contenido económico, sino en sus consecuencias sociales para el procesado) [176]. Creemos que estos aspectos deben ser observados para distinguir también el principio de proporcionalidad de las penas, en dos sentidos: la necesidad misma que la pena sea proporcionada al delito y la exigencia que la medida de la proporcionalidad de la pena se fije en función a la importancia social de hecho. «Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la 'nocividad social' del ataque al bien jurídico» [177].

246. Proporcionalidad abstracta y concreta

14.9. Principio de primado del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y la subordinación de la ley penal sustantiva

Este principio busca garantizar la vigencia del Derecho de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario así como de las garantías constitucionales de las personas frente al accionar del poder penal por parte de las agencias punitivas. Se trata de asegurar esas garantías fundamentales en el proceso de criminalización primaria y secundaria. Está vinculado al **principio de preferencia de las normas de derechos humanos y constitucionales** sobre normas ordinarias en caso de incompatibilidad (artículo 138, segundo párrafo, Constitución política). Así por ejemplo, la colisión entre el artículo 30, numeral 1 del Código Penal que establece la pena de expatriación de nacionales y el artículo 22, numeral 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (*«Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo»*). En este caso, debe primar la norma internacional.

247. Principio de preferencia de las normas de derechos humanos

---

[176] «El principio de proporcionalidad concreta imprime a los criterios programáticos que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le es atribuida, en la aplicación de la pena y en la concesión de atenuantes y de beneficios, una dirección opuesta a aquella que, en la práctica actual, asumen las decisiones judiciales cuando están orientadas por valoraciones como las de prognosis de criminalidad, las cuales, como es sabido, aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos» (BARATTA, 1987, p. 633).

[177] MIR PUIG, 2004, p. 137, num. 75.

14.10. Principio de respeto y protección a la diversidad cultural (comunidades campesinas y nativas)

248. Instrumentos internacionales de respeto a las autonomías culturales

Existen instrumentos internacionales dedicados a los derechos de los indígenas como el Convenio Nº 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales adoptado en 1957. Posteriormente se aprobó el Convenio Nº 169. La Constitución reconoce que el Perú es un país pluricultural y ordena que el Estado respete la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89, *in fine*).

El respeto y protección a las autonomías culturales se constituye como un límite funcional al poder penal para que respete los derechos humanos de los individuos integrantes de los diferentes grupos étnicos en relación a sus tradiciones, costumbres, etc. [178]. Así, en relación con la **diversidad cultural**, este principio puede cumplir una doble función: sujetos que son seleccionados y criminalizados por el sistema penal a quienes debe juzgárseles en consideraciones a su cultura y costumbres y, sujetos que son juzgados por sus propias comunidades, en el marco de su modelo de solución de conflictos propios de su cultura [179]. En el Código Penal peruano una expresión de este principio se refleja en los artículos 15 y 45.

249. Diversidad cultural

14.11. Principio de protección de la víctima

La *Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder* [180] reconoce que las víctimas serán tratadas con respeto a su dignidad y tendrán derecho a la pronta reparación del daño que hayan sufrido, de manera que se reforzarán los mecanismos judiciales y administrativos que les permitan obtener reparaciones incluso del Estado cuando el agresor es un funcionario público. También se tiende a garantizar su seguridad, el derecho de información, la asistencia gubernamental o voluntaria, la capacitación a funcionarios del sistema penal para que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas. En este sentido, se propone que los Estados incorporen en sus legislaciones normas que prohíban el abuso de poder.

250. Principios fundamentales de justicia para las víctimas

---

[178] *Vid.* Cervini, 1988, p. 89.

[179] Zaffaroni comentando el Principio de prohibición de doble punición, nos expresa que cuando son sancionados por los sistemas punitivos de su propia cultura, el Estado no debe ni puede «imponerle una nueva pena o, al menos, debe imputar la pena comunitaria como parte de la pena que pretende imponerle, la pena de incurrir en doble punición» (2000, p. 127).

[180] Aprobado por la Asamblea de la ONU el 29 de noviembre de 1985 (resolución 40/34) por recomendación del séptimo congreso.

251. Víctima y poder penal

Es evidente que la situación de la víctima no puede ser más desfavorable ante el poder penal, pues es una especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y después, frente al Estado. El sistema penal expropia los conflictos a la víctima, quien está excluida de cualquier participación en su propio conflicto [181]. Basta observar el masivo tratamiento de las víctimas de accidentes de tránsito para detectar las graves distorsiones del sistema. Cada vez resulta más injustificado que el sistema penal pretenda proteger intereses generales sin percatarse que éstos no suelen ser los de las víctimas de los delitos.

252. Privatización de conflictos

El Derecho Penal garantista supone la protección privilegiada de la víctima. Una estrategia de **privatización de conflictos** [182] como modelo político-criminal para la descriminalización de ciertos delitos nos parece que merece atención, también otorgársele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, etc. En esta línea político-criminal, el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 expresa en el artículo VIII del Título Preliminar que *«la pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de (...) protección a la víctima (...)»*.

14.12. Principio de implementabilidad de la ley penal

253. Principio de implementabilidad de la ley penal

Adecuar los recursos a las previsiones legislativas originaría un alto costo económico y un altísimo costo social a partir de la masiva criminalización de sujetos que realizan conductas prohibidas, cuyos efectos útiles serían muy discutibles. Creemos que este camino debe ser excluido y sólo queda adecuar los programas legislativos a los recursos existentes o que se otorguen al sistema penal a través de una eficiente implementación administrativa. Por eso se dice que el programa de la criminalización primaria es irrealizable. El **sistema penal** es una organización que funciona selectivamente, pero no sólo porque reproduce las desigualdades de la sociedad que origina que los seleccionados sean mayoritariamente y casi exclusivamente pertenecientes a los sectores sociales más marginados, sino también porque la selección que realiza sólo alcanza a una parte muy reducida de infractores de la ley. El ejercicio del poder penal se enfrenta a la contradicción de contar con muchas figuras delictivas aplicables y muy pocos recursos para realizarlos (económicos, administrativos, policiales, judiciales, etc.).

---

[181] CHRISTIE, 1984, pp. 126-127.

[182] *Ibidem*, pp. 125 y ss., en sentido de justicia participativa.

Estamos de acuerdo que «la no criminalización de los eventos criminalizables es la regla, la criminalización es la excepción» [183]. Esto se verifica en las conductas prohibidas de aborto: si bien no es posible calcular con exactitud la **cifra negra**, se estima que ella es alta (la criminalización de dichas conductas generalmente sólo alcanza a mujeres de estratos sociales bajos) y los eventos criminalizados son muy pocos. Ante estimaciones de cifra negra de criminalidad, el poder penal se ejecuta a través del sacrificio simbólico del condenado a quien realmente podríamos considerar como **chivo expiatorio** [184], mientras que una gran cantidad de infractores permanecen impunes.

254. Cifra negra

14.13. Principio de representación popular

En el proceso de creación de la ley penal (*criminalización primaria*), deben respetarse todos los principios inherentes al Estado de Derecho: pluralismo democrático, asociación de partidos políticos (artículo 35, Constitución), etc. En este sentido, la ley penal debe ser creada por el Poder Legislativo con representación popular. Las leyes penales dictadas al margen de este principio sólo podrían ser reconocidas si benefician a los infractores y siempre que no impliquen un beneficio calculado para quienes usurpen el poder.

255. Principio de representación popular

14.14. Principio de respuesta no contingente

En el sentido que la ley penal es una respuesta a conflictos sociales, el procedimiento para determinar los límites de la respuesta estatal deben exigir un cuidadoso debate parlamentario, análisis a través de instituciones representativas (v. gr. partidos políticos) y discusión pública (no entendida como «opinión pública» a través de sondeos tipo encuesta, que más que pública son solo suma de opiniones privadas), de forma tal que se ejercite una contención a la llamada **administrativización del Derecho Penal** [185] entendida como la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales. La ley penal no puede ser una respuesta inmediata frente a todo tipo de conflicto social, sin embargo, esta práctica es usual en la respuesta que el Estado peruano suele realizar ante el aumento de la criminalidad. Este principio está dirigido a las agencias judiciales a fin que en los casos de leyes represivas dictadas por la presión de los diferen-

256. Principio de respuesta no contingente

[183] HULSMAN, 1985, p. 10.

[184] BARATTA, 1987, p. 635.

[185] *Vid.* más ampliamente: *Ibidem*, p. 631.

tes sectores sociales (sin consulta como respuesta demagógica, etc.), estén prestos a agotar la crítica del texto legal a la luz de los demás principios minimistas a fin que, de ser necesario, se dicte la inconstitucionalidad del dispositivo legal.

14.15. Principios de idoneidad

257. Principio de idoneidad

Detectada la grave violación a los derechos humanos y precisada la proporcionalidad de la respuesta estatal al problema, es necesario que se estudie la probabilidad de efectos útiles de una decisión de criminalización primaria. Para este fin, debemos recurrir a la experiencia de disposiciones análogas en otros o en el mismo ordenamiento jurídico o a través de los estudios sociológicos u otros.

§15. Límites formales o garantías procesales

258. Límites formales al poder penal

Estos límites tienen carácter procesal y de ejecución penal y, por ende, son útiles, especialmente, para la criminalización secundaria. Sólo nos referiremos al debido proceso y a los principios que son acogidos por el Título Preliminar de nuestro Código Penal vigente (garantías jurisdiccionales, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad y el principio de ejecución legal de la pena).

15.1. El debido proceso

259. Debido proceso

El Derecho Procesal Penal no debe ser extraño a la tendencia de limitar a la violencia del sistema penal a través de la exigencia de un irrestricto respeto a las garantías del debido proceso que guían su moderna sistemática. «El derecho procesal impone obligaciones muy precisas en lo que concierne a la manera de administrar justicia, señalando un conjunto de garantías judiciales que benefician a todo aquel que interviene en un proceso y, muy especialmente, a la persona acusada de un delito. Son precisamente estas limitaciones las que, con mayor frecuencia, conduce al individuo a presentar denuncias ante órganos internacionales en contra del Estado» [186]. No es pacífica la denominación de este derecho como un «juicio justo», «proceso equitativo», «proceso regular» o identificado también como «garantías judiciales». En todo caso, parecen más adecuadas las dos primeras para referirse al conjunto de normas plasmadas en el

[186] FAÚNDEZ, 1992, p. 381.

derecho positivo y cuyo propósito es garantizar la justicia, equidad y rectitud de los procedimientos judiciales [187]. Por su naturaleza misma, se trata de un derecho complejamente estructurado, conformado por un numeroso grupo de «pequeños» derechos –los cuales constituyen sus componentes o elementos integrantes– y rodeado de garantías que se refieren ya sea a la estructura y características del tribunal, al procedimiento que debe seguir y a sus principios orientadores, o –en el caso específico de acusaciones criminales– a las garantías con que debe contar la defensa en materia penal [188]. «Por consiguiente, debe concluirse que, además de las garantías que se encuentran expresamente señaladas en los textos, puede haber otras que –aun cuando no se mencionen en forma expresa– son inherentes al derecho de un juicio justo; éstas se pueden deducir del objeto del propósito del derecho que comentamos, en cuanto su finalidad es asegurar a toda persona el derecho a ser oída con las debidas garantías» [189].

260. El debido proceso en las normas y la jurisprudencia

El debido proceso está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10), Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo 25), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) y en normas de la legislación interna. Existe jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional (que usa el concepto «proceso regular»), sin embargo, «es muy poco lo que la jurisprudencia ha avanzado en esa materia, tanto más si su origen como tal procede del derecho anglosajón, con una tradición jurídica distinta a la eurocontinental, lo que por cierto genera confusión e imprecisión científica» [190].

261. Principios que integran el debido proceso

Existen una serie de principios generales que están vinculados: igualdad ante la ley, derecho a la defensa, igualdad de medios, presunción de inocencia (carga y calidad de la prueba, actitud del tribunal). Las garantías relativas al proceso mismo también incluyen la publicidad del proceso y las excepciones, la rapidez del proceso, las garantías de la defensa en materia penal (derecho a ser informado de la acusación, derecho al tiempo y facilidades de la defensa, derecho a contar con un intérprete, derecho a estar presente en el proceso, derecho a defenderse a sí mismo o a contar con asistencia jurídica, garantías relativas a la prueba o evidencia), los derechos y garantías subsecuentes al proceso (derecho a apelar,

---

[187] *Ibidem*, pp. 211-212.

[188] *Ibidem*, p. 213.

[189] *Ibidem*, pp. 213-214.

[190] San Martín Castro, 2003, I, p. 89.

principio *non bis in ídem*), procedimientos en casos de menores, indemnización en caso de error [191].

a. Derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales

Las definiciones de los conceptos de tribunal «competente», «independiente» [192], «imparcial» y «establecidos por la ley», se encuentran en las normas internacionales e internas. Por **tribunal competente** no sólo se refiere a la jurisdicción del tribunal, sino que este sea el llamado por el ordenamiento jurídico a conocer de esa controversia en particular, es decir, que sea competente para determinar el alcance de los derechos u obligaciones civiles de las personas afectadas, o el llamado por la ley a pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia en el caso de una acusación criminal [193]. Por **tribunal independiente** entendemos la facultad que este tiene de resolver controversias que se le sometan aplicando exclusivamente el Derecho sin interferencias externas y sin recibir instrucciones o verse expuesto a presiones de cualquier ente o persona [194]. Tribunal imparcial es aquel que no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso que se le somete, que no tenga compromisos con ninguna de las partes, y que no tome partido a favor o en contra de alguna de las partes en el proceso [195].

262. Tribunales competentes, independientes e imparciales

b. Principio de presunción de inocencia

263. Presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia supone que nadie puede ser considerado responsable por la comisión de un delito mientras no se establezca plenamente su culpabilidad [196]. Está reconocido en la Decla-

---

[191] Clasificación usada por: FAÚNDEZ, 1992, pp. 223-349. *Vid.* también la clasificación de garantías judiciales en O'DONNELL, 1989, pp. 151 ss.

[192] *Vid.* Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (A/RES/40/32). Estos principios incluyen las obligaciones de las instituciones estatales y de otra naturaleza de respetar la independencia de la judicatura, la prohibición de intromisiones indebidas en el proceso judicial, el respeto a la inamovilidad en sus cargos de los jueces, su seguridad, la exigencia de factores objetivos para los ascensos, la separación de funciones sólo para los casos de incapacidad o conducta inhabilitante.

[193] FAÚNDEZ, 1992, p. 227.

[194] *Ibidem*, p. 229.

[195] *Ibidem*, p. 235.

[196] O'DONNELL, 1989, p. 169.

ración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) y en las normas internas de la legislación secundaria.

264. Consecuencias del principio de presunción de inocencia

De la vigencia del principio de la presunción de inocencia se derivan cuatro consecuencias [197]: la carga de la prueba (que corresponde a quien acusa y no al que se defiende), la calidad de la prueba (no debe dejar lugar a duda razonable), la actitud del tribunal (el que no debe asumir la culpabilidad de antemano y no debe desarrollar una actitud hostil al acusado), la exclusión de consecuencias negativas antes de que se dicte sentencia definitiva (la prisión preventiva no debe ser la regla general, la autoridad no puede prejuzgar el resultado de un proceso ni hacerlo público, la autoridad no puede inferir la culpabilidad en un proceso suspendido).

265. Infracciones frecuentes al principio de presunción de inocencia

En el campo de infracciones más frecuentes a este principio se encuentran las relativas a las detenciones preventivas y enjuiciamientos basándose en «semi pruebas» de culpabilidad, «presunciones de culpabilidad», las detenciones practicadas a los «sospechosos» de portar droga, etc. «Este principio impone obligaciones no sólo a los órganos judiciales, sino también al legislativo, impidiendo –en principio– la formulación de presunciones legales. Desde luego, la presunción de inocencia es absolutamente incompatible con las presunciones de derecho, que no admiten prueba en contrario; en cambio, a juicio de quien escribe estas líneas, podrían reconciliarse con presunciones meramente legales –que admiten prueba en contrario–, que están fundadas en hechos que razonablemente conducen a la presunción del legislador, y que preservan los derechos del acusado, no imponiéndole una carga excesiva e irracional para que este demuestre que –en realidad– de los hechos no se han derivado las conclusiones que la ley presume» [198].

c. Derecho a la defensa y a la asistencia letrada

266. Derecho a la defensa

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada tienen reconocimiento expreso en la Declaración Universal de los Derecho Humanos (artículo 11), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) [199].

---

[197] FAÚNDEZ, 1992, p. 252.

[198] *Ibidem*, pp. 251-252.

[199] Pueden encontrase entrelazadas algunas de las garantías que aquí se tratan. Así, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa (artículos 14, numeral 3, inciso b del Pacto y 8, numeral 2 de la Convención America-

Supone una serie de derechos entrelazados, como por ejemplo el derecho de acceso a la documentación y pruebas en poder del fiscal (v. gr. no se conoce dónde están situadas las pruebas recogidas por los órganos auxiliares), el derecho al tiempo necesario para la preparación de la defensa, el derecho a la asistencia de un abogado (libremente elegido o el derecho a un defensor de oficio), la independencia del abogado como aspecto fundamental del derecho de la defensa (supone la garantía de confidencialidad de las comunicaciones entre acusado y defensor), y la incompatibilidad con el derecho de preparar y presentar una defensa adecuada en procesos colectivos que agrupen a un gran número de procesados [200].

d. Derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación

267. Derecho a ser informado de sus derechos, motivos de la detención y de la acusación

Este derecho está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numeral 3, inciso a; artículo 9, numeral 2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2, inciso b; artículo 7, numeral 4). Se destacan tres aspectos de esta garantía: la forma en que se debe comunicar la información (en el idioma que comprende el detenido), el contenido de la información (precisando los hechos que motivan la imputación como las condiciones jurídicas del tipo penal aplicable a la conducta prohibida) y la oportunidad de la información (primera oportunidad posible que no admite dilaciones indebidas).

268. Diferencia entre derecho a ser informado de los motivos de la detención y de la acusación

«Al observar –en las disposiciones antes citadas– una posible reiteración de derechos del acusado a ser informado de la acusación, en cuanto éste se encuentra consagrado tanto entre las garantías de un derecho a un juicio justo como entre las garantías de la libertad personal, debe apreciarse, en primer lugar, que en el derecho a la libertad personal se incluyen dos garantías diferentes: a) el derecho a ser informado de las razones de la detención, y b) el derecho a ser notificado de cualquier acusación formulada contra ella. Respecto de la primera, aunque la información que se da al detenido pueda cumplir funciones similares a las que ellas sirve respecto de una persona acusada, se trata obviamente de dos derechos distintos, que difieren tanto en el contenido como en la oportunidad de la información. En efecto, la información que debe proporcionarse

---

na), el derecho a un abogado defensor libremente escogido (artículos 14, numeral 3, inciso d del Pacto y 8, numeral 2, inciso d de la Convención citada), el derecho a un defensor de oficio en determinadas circunstancias (artículos 14, numeral 3, inciso d del Pacto y 8, numeral 2, inciso e de la Convención).

[200] *Vid.* COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 1998.

al acusado es más detallada y completa que aquella a que tiene derecho quien solamente ha sido detenido (y no necesariamente en conexión con un delito); en segundo lugar, mientras el detenido tiene derecho a que se le informe de las razones de su detención en el momento en que ésta se produce, el acusado –que puede no estar detenido– tiene derecho a ser informado, sin demora, una vez que adquiere la condición de acusado. En consecuencia, la violación de una de estas garantías no implica, necesariamente, la violación de la otra» [201].

e. Derecho al hábeas corpus

Es el derecho de toda persona privada de libertad o amenazada de ser privada de libertad a recurrir a la justicia para impugnar la legalidad de la detención y exigir su libertad. Este derecho tiene reconocimiento internacional en la Declaración de los Derechos Humanos (artículo 8), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 23 y 25). El **Hábeas Corpus** es considerado un mecanismo rápido, oportuno y preferente a cualquier otro del derecho común para la protección a la libertad e integridad de la persona. En este sentido, se constituye en un instrumento fundamental para la limitación de la violencia que surge del sistema penal. Por ende, su ubicación en el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal ocupa un primerísimo lugar. La tramitación del hábeas corpus está sujeta a principios básicos: informalidad (en cuanto a su presentación), urgencia de la tramitación, acción popular (la acción puede ser interpuesta por cualquier persona a nombre del detenido), actividad judicial (medidas necesarias para el cumplimiento del recurso: apercibimiento, disponiendo que se instruya proceso judicial, etc.) y protección de la legalidad [202].

269. Derecho al hábeas corpus

Particular importancia tiene la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-8/87, párrafos 35, 37-40 y 42) al declarar que la vigencia de la garantía de hábeas corpus no puede ser interrumpida por motivo de un **estado de excepción**. «La Convención Americana prohíbe la suspensión de determinados derechos, así como 'las garantías judiciales indispensables para la protección' de dichos derechos. Habida cuenta que la libertad personal, a diferencia de la integridad personal, no figuran entre la lista de derechos cuya vigencia y respeto integral es obligatorio aun durante un estado de excepción, la doctrina de que el hábeas corpus debe estar disponible para la protección de ambos derechos du-

270. Hábeas corpus y estado de excepción

[201] Faúndez, 1992, pp. 284-285.

[202] Véase artículos 25 y ss. del Código Procesal Constitucional (Ley 28237).

rante estados de excepción constituye un avance valioso en la protección de los derechos humanos» [203].

15.2. Garantía jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad

Basado en el aforismo «***nulla poena sine iuditio***», estas garantías legales suponen que la ley penal sólo puede aplicarse a través de los organismos establecidos por la ley para cumplir la función de administrar justicia y, además, como consecuencia de la existencia de un juicio legal. Así, se constituye como la aplicación del principio de legalidad en la actividad judicial. De esta manera se comprende la existencia de las garantías del debido proceso y la del juez natural (garantía jurisdiccional). El artículo V del Título Preliminar del Código Penal lo expresa de la siguiente manera: «*Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*». En el mismo sentido se expresa el artículo V del Título Preliminar del Anteproyecto de Código Penal del 2004.

271. Garantía jurisdiccional

Las penas y medidas de seguridad sólo pueden ser aplicadas por órgano jurisdiccional y competente y de acuerdo a las normas de un debido proceso legal. Esta concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia [204]. Así, en nuestro país, al lado de la justicia oficial, se presenta la **jurisdicción especial** admitida por el artículo 149 de la Constitución Política, a través del cual se permite a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario [205].

272. Jurisdicción especial

15.3. Garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena

273. Garantía de ejecución

El artículo VI del Título Preliminar del Código Penal expresa que «*no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judi-*

---

[203] Cfr. O'DONNELL, 1989, pp. 137 y ss.

[204] BRANDT, 1986, p. 42.

[205] VILLAVICENCIO, 1990, pp. 65 y ss.; IDEM, 1997, pp. 138 y ss.

cialmente». De acuerdo a este principio no existe pena sin un régimen legal que lo precise, sin tratamiento ni resocialización. La pena no se debe ejecutar arbitrariamente, más bien debe ser ejecutada dentro de los marcos establecidos por la ley.

274. Fines de la ejecución penitenciaria

En el Perú, «el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad» (artículo, 139, numeral 22, Constitución). De esta manera, la ejecución de la pena debería ser realizada dentro de las máximas garantías para el interno, evitándose el fenómeno de la **prisonización**. Sin embargo, dado el estado actual de las cárceles peruanas, este principio no se cumple. Es también evidente que esta garantía supone el tratamiento humanitario de los internos procesados y condenados, respetándose su calidad de persona y de los derechos humanos que les son inherentes. En este sentido, el artículo 139 numeral 21 de la Constitución precisa el *«derecho de los reclusos y sentenciados en ocupar establecimientos adecuados»*.

275. Juez de ejecución y vigilancia penitenciaria

El artículo VI del Título Preliminar del Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004, al referirse a este principio establece que *«no puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. La ejecución de las mismas serán controladas e intervenidas judicialmente»*. Consideramos apropiada esta reforma que tiende al establecimiento del *juez de ejecución* y *vigilancia penitenciaria*.

Capítulo IV
FUENTES DEL DERECHO PENAL

Sumario: §16. Principio de legalidad. **§17.** Garantías que implica el principio de legalidad. **§18.** La jurisprudencia. **§ 19.** Principios generales del derecho. **§20.** La costumbre. **§21.** *Excursus*: costumbre, política criminal y legislación penal. **§22.** La doctrina. **§23.** Breve referencia de los códigos y literatura penal peruanos.

Bibliografía

Manuel G. Abastos: *Necesidad de una legislación especial en Asuntos Indígenas del Perú*, Ministerio de Justicia y Trabajo, Año I, Volumen I, Nº 1, Lima 1949; Idem, *El delincuente en el código de Maúrtua*, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Año II, Lima 1937-1938. / Wilfredo Ardito Vega: *¿Son los derechos humanos un concepto universal?*, en Desfaciendo entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Boletín Nº 3, Lima 1994. / Julio Armaza Galdos: *Aproximación al estudio de la ciencia jurídico-penal peruana decimonónica*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / Francisco Ballón Aguirre: *Las costumbres y la justicia*, Centro de Investigaciones judiciales, Lima 1985; Idem, *Etnia y represión penal*, CIPA, Lima 1980. / Marino Barbero Santos: *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, Barcelona 1980. / Maruja Barrig: *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana (Antología)*, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima 1980. / Santiago Benítez Sánchez: *Derecho penal peruano*, Ts. I y II, Servicio de prensa y publicaciones técnicas de la policía, 2ª edición, Lima 1958. / Javier Box Reig: *De nuevo sobre el principio de legalidad*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universitat de les Illes Balears, Palmas de Mallorca, 1986. / Luis Bramont Arias: *Temas de derecho penal*, 5 tomos, SP editores, Lima 1988; *Derecho penal, parte general (hasta la tipicidad)*, T. I, 3ª ed., Editorial Vilock, Lima 1978; Idem, *Código Penal anotado*, Editorial Ferrocarril, Lima 1966; Idem, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Librería Mundial de R. Meza S. y Cía., Lima 1950. / Hans-Jürgen Brandt: *Justicia Popular: Nativos. Campesinos*, Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República, Fundación Friedrich Naumann, Lima 1986. / Juan José Calle: *Código Penal (Ley 4868) anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania (1909), Suiza (1915), Suecia (1916), Italia (1921) y el Código Penal de Argentina (1921)*, Librería e Imprenta Gil, 1924. /

DANIEL CARBONETTO T.: *Condiciones de trabajo y calidad de vida en el sector informal urbano*, CIAT, Lima 1984. / JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Principios de derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. / *Código Penal Santa Cruz del Estado Sud-Peruano*, Edición Oficial, Imprenta Eusebio Aranda, Lima 1836. / ANGEL GUSTAVO CORNEJO: *Derecho penal especial*, Vols. I y II, Librería e Imprenta Gil, Lima 1937-1938; IDEM, *Comentarios al nuevo código penal. Parte general del derecho penal*, Ts. I y II, Librería e Imprenta Domingo Miranda, Lima 1936. / ANGEL GUSTAVO CORNEJO/PLÁCIDO JIMÉNEZ: *Proyecto de Código Penal*, Imprenta Minerva, Lima 1928. / GUILLERMO FIGALLO A.: *Población Indígena y derechos humanos*, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, Nº 8, Lima 1985. / ANTONIO DOVAL PAIS: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo blanch, Valencia 1999. / PIERRE CLAUDIO FOY VALENCIA: *Bases para un subsistema penal aplicable a nativos, fundamento para el juzgamiento penal de indígenas amazónicos* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1987. / LUIS FRANCIA SÁNCHEZ: *Pluralidad cultural y derecho penal*, en Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Materiales de Lectura, Lima 1992. / MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Grijley, Lima 2004. / JOHN S. GITILTZ/TELMO ROJAS A.: *Las rondas Campesinas en Cajamarca, Perú*, en Apuntes, Nº 16, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima 1985. / RICARDO HEREDIA: *Lecciones de derecho penal filosófico*, dictadas en la Universidad San Marcos, Lima 1884. / HANS JOACHIM HIRSCH: *Causas de justificación y prohibición de analogía*, en Derecho penal, Obras completas. Libro Homenaje, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / JOSÉ HURTADO POZO: *La ley importada*, CEDYS, Lima 1979. / RAQUEL IRIGOYEN: *Las rondas campesinas en Cajamarca-Perú. Una aproximación desde la antropología jurídica*. Tesis PUCP, Lima 1993; IDEM, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, en Conflicto y sistema penal (Diez estudios sobre la actual reforma), Colex, Salamanca 1996; IDEM, *Marco constitucional para la pluralidad jurídica*, en Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Año 3, Nº 1, Lima octubre-1996; IDEM, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999; IDEM, *Las rondas y el derecho en derecho y polémica*, en Revista de Derecho, Año 1, Nº 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1987. / PATRICIA M. ITURREGUI BYRNE/JORGE L. PRICE MASALÍAS: *La administración de justicia en Villa El Salvador* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1982. / *La Reforma del Código Penal*. Anteproyectos de 1877 y de 1900 y 1902, Imprenta de San Pedro, Lima 1918. / SINESIO LÓPEZ: *La revolución de los machetes*, en El Zorro de Abajo, Nº 4, marzo, Lima 1986. / JOSÉ MATOS MAR: *Desborde Popular y Crisis del Estado*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 1984; IDEM, *El huayco nacional*, en Qué Hacer, 31 octubre 1984. / SANTIAGO MIR PUIG: *Introducción a las bases de derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona 1976. / OSCAR MIRO QUESADA: *Breves apuntes de mesología criminal peruana*, Lima 1922. / SALVADOR PALOMINO FLORES: *El sistema de oposiciones en la comunidad de Sarbus*, Lima 1984. / LUIS PÁSARA: *Perú: administración de ¿Justicia?*, en JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *La Administración de justicia en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima 1984. / ANTONIO PEÑA JUMPA: *Pluralismo jurídico en el Perú*, en Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Boletín Nºs 3-4, Lima 1994. / ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: *Algunas notas sobre el principio de legalidad*, en Debate Penal, Nº 5, Lima 1988. / JAVIER PRADO UGARTECHE: *El método positivo en el derecho penal*, Lima s/f / LUIS MIGUEL REYNA ALFARO: *Derecho penal y la ley penal en blanco: algunos apuntes sobre la problemática de la técnica del reenvío en las legislaciones europeas a propósito de la normatividad comunicativa*, en Thémis. Revista de Derecho, 2ª Época, Nº 41, Lima 2000. / DARCY RIBEYRO/MARY R. WISE: *Los grupos étnicos de la amazonía peruana*, en

Comunidad y Culturas Peruanas, Nº 13, Instituto Lingüístico de Verano, Lima 1978. / RICARDO RIVERA ROMERO: *La comunidad campesina y el derecho consuetudinario*, Lima 1985. / FIDEL S. ROJAS VARGAS: *Los principios generales del derecho y el principio de la determinación alternativa*, en Estudios de derecho penal, Doctrina y jurisprudencia, Jurista Editores, Lima 2004. / NELSON SALAZAR SÁNCHEZ: *El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal)*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, Idemsa, Lima 2004. / DULCE MARÍA SANTANA VEGA: *El concepto de ley penal en blanco*, Ad Hoc, Buenos Aires 2000. / JOSÉ SILVA SANTISTEBAN: *Derecho natural o filosofía del derecho*, Lima 1884. / ATILIO SIVIRICHI: *Derecho indígena peruano. Proyecto de Código Indígena*, Kuntur, Lima 1946. / JOSÉ URQUIZO OLAECHEA: *Principio de legalidad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Prohibición de analogía in malam partem*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima 2000. / PATRICIA URTEAGA CROVETTO: *Pluralismo legal y semi-autonomía*, en Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Boletín Nºs 3-4, Lima 1994; IDEM, *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1993. / SISSI VILLAVICENCIO RÍOS: *La administración de justicia aguaruna* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1994. / FELIPE A. VILLAVICENCIO TERREROS: *Control social informal en sectores urbanos*, en Debate Penal, Nº 1, Lima 1987; IDEM: *Mecanismos naturales de regulación social en comunidades andinas y amazónicas peruanas*, en Debate Penal, Nº 4, Lima 1988; IDEM, *Mecanismo alternativos o paralelos de solución de conflictos en el Perú*, en Jueces para la Democracia, Nº 20, Madrid 1993. / JOSÉ VITERBO ARIAS: *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863* (tres volúmenes), Librería e Imprenta Gil, Lima 1900. / GLADYS YRURETA: *El indígena ante la ley penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981. / CARLOS ZAVALA LOAIZA: *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Librería e Imprenta Gil, Lima 1941. / GERMÁN ZEVALLOS: *Código Penal*, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo 1935.

§16. Principio de legalidad

La fuente principal del Derecho Penal es la **ley**. Se suele afirmar que es la única fuente formal, directa o inmediata del Derecho Penal, pero esto no es exacto. «Es cierto únicamente que en virtud del principio de legalidad sólo pueden crearse figuras delictivas o categorías de estado peligroso y establecerse o agravarse penas o medidas de seguridad mediante una ley. Son también fuentes del Derecho penal la costumbre, los principios generales del Derecho y los tratados internacionales que se hayan incorporado al ordenamiento jurídico interno» [1].

276. Ley como fuente principal

La Constitución de 1993 establece el **principio de legalidad** en el artículo 2, numeral 20, inciso d: «*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 previs-*

277. Definición normativa del principio de legalidad

[1] CEREZO MIR, 2003, I, p. 151.

ta en la ley» [2]. En la legislación penal peruana aparece este principio en el Código Penal de 1863, en los tres primeros artículos del Código Penal de 1924 y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal de 1991. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004, en el artículo II de su Título Preliminar añade el término «omisión» en la formulación del principio de legalidad, «para mejor entendimiento de que son tanto las conductas activas como omisivas las que deben estar previstas como delito o falta en la ley» (Introducción, párrafo 6).

Jurisprudencia:

«La Constitución del Estado consagra el principio de legalidad como un derecho fundamental de la persona y garantiza la motivación de las decisiones judiciales» [3].

278. *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*

Anselm von FEUERBACH originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín: «***nullum crimen, nulla poena sine lege***» [4], que reflejó y precisó una de las conquistas de la Revolución Francesa (artículo 8, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789; y la Constitución del 3 de setiembre de 1791) [5]. Antes había sido acogido en el *Bill of Rights* firmado en Filadelfia (1774), luego en Virginia (1776) y Maryland (1776).

Jurisprudencia:

«Si el hecho proviene de un acto que no estaba previsto como delito, es aplicable el principio del *nullum crimen – nullum poena sine lege*» [6].

---

[2] Este principio encuentra su complemento en el principio de reserva (artículo 2, numeral 24, inciso a, Constitución: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»).

[3] Exp. 440-81, Sétimo Tribunal Correccional de Lima **en** CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 1990, p. 19.

[4] En verdad, FEUERBACH no se refirió exactamente a la frase «*nullum crimen sine lege*». En el § 20 de su Tratado expresa «(...) los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada» (FEUERBACH, 1989, p. 63).

[5] MIR PUIG, 1985, p. 61.

[6] Ejecutoria Suprema del 13 de octubre de 1994, Exp. 904-93-B Junín, **en** ROJAS PELLA, 1997, p. 71. «*Es del caso declarar la nulidad de la sentencia en el extremo en el cual,*

279. Legalidad y derecho penal garantista

Este principio es esencialmente garantista; ya que con ello, el Estado determina específicamente el contenido y fundamento de sus intervenciones que realice sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible, y que éstos tengan la posibilidad real y efectiva de conocerlo [7]. En tal sentido, se cumple una doble garantía: el Estado debe señalar el hecho punible y la pena [8].

280. Legalidad como límite al poder penal

El principio de legalidad muestra sus efectos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley, y sobre los ciudadanos, buscando que conozcan, en todo momento, cuáles son las consecuencias jurídicas de su conducta y la manera cómo van a ser aplicadas. En la actualidad, no se acepta un poder absoluto del Estado sobre los particulares. Por esta razón, el principio de legalidad cumple un importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva estatal, pues le está prohibido imponer penas a conductas que no hayan sido previamente calificadas en la ley como delictivas. Sólo algunos excesos totalitarios han tratado de desvirtuar este principio [9].

281. Término «Ley»

El término **Ley** que utiliza la Constitución, al definir este principio, se refiere a las disposiciones jurídicas emanadas de los órganos del Estado que tienen funciones legislativas. Comprende a la *Ley* elaborada como acto político del Poder Legislativo y también los *Decretos Legislativos* emanados del Poder Ejecutivo de acuerdo a las formalidades que el orden constitucional establece (artículos 103 y 104, Constitución). No tienen la condición de Ley, los decretos y resoluciones dictadas por el Poder Ejecutivo (artículo 118, numeral 8, Constitución) ni las disposiciones dictadas por la autoridad administrativa de menor jerarquía. Por otro lado, es necesario considerar el problema de las leyes incompletas (leyes penales en blanco y los tipos abiertos) [10].

---

el colegiado ha impuesto como pena accesoria una no prevista por el ordenamiento legal peruano: encontrarse impedido para obtener licencia para conducir». Ejecutoria Suprema del 26 de noviembre de 1997, Exp. 1331-97 Cono Norte de Lima, **en** ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 46.

[7] BUSTOS, 2004, I, p. 566.

[8] MANTILLA NOUGUÉS/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 72.

[9] Admiten con gran amplitud la aplicación de la ley penal por analogía: Códigos Penales rusos de 1922 (artículo 10) y 1926 (artículo 16); en Alemania nacionalsocialista por Ley del 28 de junio de 1935 que modificó el artículo 2 del Código Penal. La primera vez que se admite, pero con estrechos límites, la analogía fue en el Código Penal danés de 1866 y luego el de 1930 (artículo 1) (Cfr. CEREZO MIR, 2003, I, pp. 164-165).

[10] MIR PUIG afirma el carácter incompleto de la gran mayoría de preceptos penales, en la necesidad de completar todo precepto de la parte especial con otros de la parte general (1976, p. 44-45).

a. Leyes penales en blanco

282. Ley penal en blanco

Son las que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución Política, que puede ser otra ley penal, leyes de otros sectores de orden jurídico, normas reglamentarias de nivel inferior a la ley [11]. La terminología de **«ley penal en blanco»** fue expresada, por primera vez, por Karl BINDING (*Blankettstrafgesetz*) [12] [13].

283. Ley penal en blanco como técnica legislativa

Los casos de ley penal en blanco se ubican en la parte especial del Derecho Penal [14]. Así, la ley penal en blanco no es más que una técnica legislativa [15], ya que es frecuente que el Código Penal no exprese disposiciones jurídicas en forma completa y, por ende, es necesario que sean complementadas por otras disposiciones que podrían provenir de la parte general [16]. «Ello permite afirmar que ni el supuesto de hecho ni la con-

---

[11] MIR PUIG, 2004, p. 76, num. 18.

[12] «En ellas el tipo de tales leyes penales no repite la definición del comportamiento prohibido por la norma, al contrario, existe un *Blankett* cuyo contenido se encuentra en las normas, el cual, a través de la diferentes posiciones de la más diversa procedencia, es completado y puede sobrevivir sin modificaciones al cambio de la norma (...)» (BINDING, en SANTANA VEGA, 2000, pp. 15-16). Cfr. DOVAL PAIS, 1999, p. 95.

[13] El término *ley penal en blanco* surgió en Alemania como una consecuencia de su estructura federal que distribuía competencias entre el *Bund* (Federación) y los *Länder* (Estados federados), de manera que existían casos en los que la ley del Imperio (Código Penal del *Reich*) delegaba en los *Länder* o en los municipios la concreción del supuesto de hecho con relación a un determinado tipo y esto se realizaba mediante una ley que sólo señalaba la pena que se tenía que imponer, usándose esta técnica con más frecuencia para faltas que para delitos (SANTANA, 2000, p. 15). Diferente es la situación en España donde el artículo 149 numeral 6 de la Constitución señala como competencia exclusiva del Estado la legislación penal y penitenciaria, de manera similar a lo que sucede en Italia. Sin embargo, la actual estructura territorial del Estado español y su integración a la Unión Europea viene planteando en relación a bienes jurídicos penales de amplio espectro que son normalmente protegidos a través de leyes penales en blanco dos problemas de remisión: *remisión horizontal* a las comunidades autónomas y *remisión vertical* a la normatividad comunitaria europea (*Ibidem*, pp. 59 y ss.). En el caso del Perú, está negada la posibilidad de leyes penales regionales por no encontrarse entre las atribuciones previstas para los gobiernos regionales (artículos 191 y 192, Constitución Política).

[14] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 118.

[15] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 252.

[16] Con respecto a este tema, nuestra jurisprudencia considera lo siguiente: «*Las leyes penales en blanco son aceptadas por la doctrina y tienen vigencia entre nosotros, particularmente en materias de faltas*». Ejecutoria Superior del 23 de julio de 1982, en ANDIA CHÁVEZ, 1996, p. 63.

secuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del Código penal. En este sentido, todas las disposiciones del Código penal aparecen, vistas aisladamente como proposiciones incompletas» [17].

284. Norma sancionadora y norma complementaria

Encontramos la parte en blanco o indeterminada de la norma penal en el supuesto de hecho, es decir, en la descripción de la conducta delictiva. Por otra parte, la sanción o consecuencia jurídica penal se halla en la norma penal y no se requiere su remisión a otros preceptos [18]. Por lo tanto, es necesario distinguir entre **norma sancionadora** y **norma complementaria**, donde el tipo de la ley penal en blanco sólo se configurará plenamente mediante una norma complementaria [19].

285. Formas de leyes penales en blanco

La problemática de esta técnica se presenta en la remisión que se hace a otro precepto distinto, es decir, el tipo de precepto en que se busca el complemento de la ley penal en blanco [20]. «Se tratan de materias que requieren de gran flexibilidad y dinamismo y son de gran complejidad» [21]. Así, podemos diferenciar **leyes penales en blanco en sentido estricto** (complemento en una fuente de menor rango), ejemplo: especulación (artículo 234, Código penal: «*productos considerados oficialmente de primera necesidad*»); **leyes penales en blanco cuyo complemento se halla en una ley distinta**, ejemplo: apropiación ilícita de un tesoro (artículo 192, numeral 1, Código penal: «*sin observar las normas del Código Civil*»); abuso del poder económico contra la libre competencia (art. 232 Código penal: «*Infringiendo la ley de la materia*») [22]; **leyes penales en blanco cuyo complemento se encuentra en la misma ley**, ejemplo: parricidio por emoción violenta (artículo 109, Código Penal: «*Si concurre algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107*»), lesiones dolosas graves, ejemplo: el menor como sujeto pasivo (artículo 121-A, Código penal: «*En los casos previstos en la primera parte del artículo anterior*»), etc. [23].

---

[17] Mir Puig, 1998, p. 32.

[18] Cfr. García Pablos de Molina, 2000, p. 254; Maurach/Zipf, 1994, p. 134.

[19] Jescheck/Weigend, 2002, p. 118.

[20] García Pablos de Molina, 2000, p. 255.

[21] Bustos, 2004, I, p. 579.

[22] Se refiere al Decreto Legislativo Nº 701, art. 19 (modificado por Decreto Legislativo Nº 807).

[23] La doctrina alemana ha distinguido dos formas de ley penal en blanco: *leyes penales en blanco propia* o *completa* y *leyes penales en blanco impropia* o *estricta*. Las primeras buscan su complemento en leyes de la misma materia o en leyes de la misma instancia. Las segundas acuden a preceptos de instancias inferiores (García Pablos de Molina, 2000, p. 254).

286. Constitucionalidad de las leyes penales en blanco

Se discute la constitucionalidad de estas leyes en relación al principio de legalidad [24] ya que determinadas materias no pueden ser tratadas completamente en un precepto penal, y por ello es indispensable la remisión [25]. Se considera que la prohibición penal se debe hallar concretada en la ley, las normas complementarias sólo buscarán señalar circunstancias o condiciones que tengan aspectos meramente complementarios, pero nunca podrán definir la prohibición misma [26] [27].

287. Ley penal en blanco al revés

Un concepto muy diferente a la ley penal en blanco es lo que JIMÉNEZ DE ASÚA denomina **«Ley en blanco al revés»**, en el que «la parte no fijada es la pena en vez de estar en blanco el tipo» [28]. Esta técnica atentaría con las garantías legislativas ya que no se puede confiar la determinación de las penas a instancias de rango inferior de la ley penal [29].

b. Tipos abiertos [30]

288. Tipos abiertos

Son los tipos que requieren complementación a través de la jurisprudencia. Ejemplo: «culpa» (artículo 111, homicidio culposo) que necesita ser completado en cada caso por el juez, en relación a la infracción del deber de cuidado, etc. La sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 010-2002-AI-TC publicada en el diario oficial el 4 de enero del 2003 expresa en su fundamento 49 que *«el derecho penal admite la imposibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo en los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de completarlos mediante la interpretación»*. Sin embargo, entendemos que el Derecho Penal peruano admite esta técnica legislativa, pero no de manera ilimitada. En todo caso, en el tipo penal debe estar presente la sanción, y ésta no puede construirse de

---

[24] MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 22-23.

[25] BUSTOS, 2004, I, pp. 578-579.

[26] *Ibidem*, p. 579.

[27] Lo que se quiere evitar son continuas reformas del código penal que llevarían a la no aplicación de la ley; esta técnica permite lograr economía legislativa y una mayor eficacia con el control social (BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 53).

[28] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, II, p. 35. Este autor cita como ejemplo el artículo 4º de la Ley sobre «fuentes del derecho» emanada del Vaticano del 7 de junio de 1929 que disponía que los atentados a los jefes de Estado será castigado «con la misma pena con la que sería penado, si el hecho fuere cometido en el territorio del Estado al cual pertenece la persona contra la cual va dirigido el hecho» (*Ibidem*).

[29] MIR PUIG, 2004, p. 78, num. 31.

[30] Denominación original de WELZEL, 1976, p. 119.

manera abierta, donde la decisión de su aplicación dependa arbitrariamente del juez [31].

289. Tipos abiertos y principio de legalidad

Los tipos abiertos pueden ser estudiados en relación a dos aspectos: su ubicación en la teoría del delito y su relación con el principio de legalidad (su determinabilidad legal). Sobre esto último, y «al igual que en las leyes penales en blanco, el límite de lo admisible desde el punto de vista constitucional sólo quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de la prohibición y, por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa. Son un ejemplo límite los delitos de omisión impropios y en ellos se centra la discusión» [32] [33] [34].

§17. Garantías que implica el principio de legalidad

290. Garantías que implica el principio de legalidad

En el estado actual del principio de legalidad se establecen diferentes limitaciones dirigidas tanto a la criminalización primaria como a la secundaria. Al legislador se le exige que formule las descripciones de los delitos de la manera más precisa posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege previa*). A nivel de criminalización secundaria se exige que las imputaciones y las condenas se fundamenten en la ley penal escrita y no en la costumbre (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (*nullum crimen sine lege stricta*, la llamada «prohibición de

---

[31] Bustos, 2004, I, p. 580.

[32] Bustos, 1984, p. 87.

[33] Luis Miguel Bramont-Arias Torres considera que ningún tipo puede calificarse estructuralmente como cerrado, pues el juez siempre tiene una labor de interpretación en cada caso (2000, p. 55).

[34] Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. 010-2002-AI-TC, fundamento 52): «*En la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener 'un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término 'concepto jurídico indeterminado' se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la* lex certa (...) *la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)' (STC de 29 de setiembre de 1997)*».

analogía») [35]. A este nivel, también habrá que agregar que no es posible aplicar retroactivamente una ley desfavorable. Estas cuatro expresiones del principio de legalidad constituyen garantías de libertad y seguridad para la sociedad, y ejercen una autolimitación para el poder penal [36][37].

a. *Nullum crimen sine lege certa* [38]

La ley penal debe ser redactada con la mejor precisión posible (*lex certa*). Esto se podrá lograr si se ha llegado a una elaboración exhaustiva. Sin embargo, *«esta exigencia de 'lex certa' no puede entenderse (...), en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...). En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina jurisprudencial»* [39].

291. *Nullum crimen sine lege certa*

Este principio de certeza que está dirigido al legislador [40], presenta algunas dificultades. Así, es un error creer que el principio de legalidad supo-

---

[35] Cfr. HASSEMER, 1984, p. 313; ROXIN, 1999, p. 140, num. 8.

[36] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, pp. 18-19.

[37] Jurisprudencia: *«En virtud del mandato de determinación, constitucionalmente consagrado, el Estado en ejercicio de su facultad punitiva debe, al desarrollar cualquiera de las cuatro garantías derivadas del principio de legalidad (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución) observar la triple exigencia derivada de aquél (carácter previo, escrito y estricto de sus previsiones); obligación que no se agota en la instancia legislativa sino que se extiende a través de múltiples manifestaciones a todos los órganos vinculados al ejercicio de aquella facultad»*. Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia del 20 de mayo de 1998, Exp. 169-98 en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 43.

[38] Señalan MAURACH/ZIPF que este principio no puede ser una categoría propia debido a que la *nulla poena sine lege scripta* satisface el principio de determinación legal de los tipos: «la *lex scripta* no es satisfecha si la descripción legal de las circunstancias de hecho constitutivas de ilícito es insuficiente» (1994, p. 137).

[39] STC del Exp. 010-2002-AI-TC, fundamentos 46 y 47.

[40] «El 'legislador responsable' en la descripción típica o en la ley penal en general, dejará sentada la finalidad de la norma y el objeto de protección de la misma, brindando las pautas esenciales de valoración para una correcta interpretación, teniendo en cuenta las variadas circunstancias y hechos de la vida, y evitando en lo posible referencias legales oscuras, ambiguas o arbitrarias» (URQUIZO, 2000, p. 64).

ne que las disposiciones del Código Penal deben observar una redacción casuística, pues basta la redacción general de la norma. «El legislador puede conseguir esa redacción general describiendo los factores típicos de cada grupo de casos. Lo contrario sucede con la casuística que, aferrada a superficialidades que en modo alguno se adaptan a todos los hechos concretos punibles, hace surgir necesariamente lagunas que impiden una decisión correcta en casos límites (...)» [41].

292. Redacción casuística de la ley penal

En otros casos, el legislador prefiere la ***lex incerta***. Las razones por las que el legislador se decide por estas redacciones imprecisas de la ley penal son diversas: tendencia a la experimentación, redacción de transacción (alternativa entre diferentes posiciones políticas o dogmáticas), incapacidad del legislador para redactar leyes precisas (pluralidad y desconocimiento de casos) [42]. Ejemplo: *«El que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma»* (artículo 325, Código penal).

293. *Lex incerta*

El principio de certeza no sólo es aplicable por parte del legislador sino también por el *intérprete* al momento de realizar el juicio de tipicidad.

294. Principio de certeza y juicio de tipicidad

Jurisprudencia:

«En estricto respeto al mandato de certeza derivado del principio de legalidad corresponde realizar una correcta tipificación del delito, subsumiendo los hechos en el (o los) inciso pertinente del tipo penal y no realizar una tipificación en términos genéricos dentro de los alcances del tipo penal» [43].

b. Nullum crimen sine lege previa

Lo determinante de esta garantía es la búsqueda de la seguridad jurídica, de manera que el ciudadano conozca, en la actualidad, qué conducta está prohibida y cuál es la pena que se aplica al infractor. «Más importante aún que esta consideración general es la razón, específicamente jurídico-penal, de que no cabe admitir leyes *ad hoc*, que fácilmente podrían dictarse bajo la conmoción producida por el caso contrario, pues, luego, en una valoración a distancia, suelen revelarse como demasiados duros. A lo dicho se añade el pensamiento de que el mandato normativo sólo puede motivar al delincuente cuando existe como ley al cometerse el hecho» [44].

295. *Nullum crimen sine lege previa*

---

[41] JESCHECK, 1981, I, p. 174. Cfr. JESCHECK, 1993, p. 115.

[42] HASSEMER, 1984, pp. 314-316.

[43] Ejecutoria Suprema del 2 de octubre de 1997, Exp. 4354-97 Callao en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 45.

[44] JESCHECK, 1993, p. 123.

La prohibición de promulgar leyes penales con efecto retroactivo, tiene en la legislación peruana rango constitucional (artículo 103, segundo párrafo). También está reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9).

296. Prohibición de retroactividad *in malam partem*

Esta prohibición de retroactividad rige *in malam partem*, es decir, cuando es desfavorable al inculpado. Por el contrario, se admite cuando le beneficia (**retroactividad benigna**), por ello, la prohibición de retroactividad de la ley penal no es un principio absoluto. De esta manera, la prohibición de irretroactividad no sólo se dirige al legislador sino también al juez que aplica la ley penal.

297. Alcances del *nullum crimen sine lege previa*

Esta garantía tiene una permanente actualidad, pues se busca evitar que, a través de la criminalización primaria, se introduzcan nuevos delitos o figuras agravantes con posterioridad a hechos ocurridos, motivados por «hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables» [45]. Así, este principio tiene diversos *alcances*: no se puede sancionar con una ley de manera retroactiva; no se puede sancionar retroactivamente con una pena más grave (ejemplo: privación de libertad en lugar de multa); no se puede agravar la pena de manera retroactiva (ejemplo: aumentarla de tres a cinco años de privación de libertad) [46].

c. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

298. *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*

No hay delito, no existe pena sin ley escrita (*«calificado en la ley, de manera expresa (...)»* artículo 2, numeral 24, inciso d, Constitución). Se dirige a rechazar a la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho Penal, sin que esto signifique negar su incidencia en este Derecho, siempre subordinada a la ley. Esta garantía se fundamenta en el mandato que el castigo de una conducta sólo puede ser establecido por la ley [47]. Busca la seguridad jurídica, en los términos que es la ley, y no otra fuente, la que representa la voluntad jurídica popular de la sociedad. Esta es la fundamentación democrática representativa del principio de legalidad

d. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

Está prohibido aplicar por analogía la ley penal en perjuicio del inculpado. La **prohibición de analogía** (artículo 139, numeral 9, Constitución;

---

[45] ROXIN, 1999, p. 161, num. 51.

[46] *Vid. Ibidem*, p. 141, num. 10.

[47] BUSTOS, 2004, I, p. 566.

artículo III, Título Preliminar, Código penal: «*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde*») supone que el juez no puede asumir función de legislador, por ende, esta prohibición se constituye como una garantía de la administración de justicia. En la aplicación de la ley, se exige determinar cuáles son los supuestos que se hallan recogidos por estos, donde no se debe rebasar los límites que la ley determina en la adecuación a ciertos supuestos, pues cualquier violación a estos límites implicaría contradecir la vigencia de esta garantía. Es por ello que su tratamiento «está relacionada con la problemática de la interpretación» [48].

299. Prohibición de analogía

Jurisprudencia:

«Si bien el delito de defraudación en perjuicio de la administración pública estuvo previsto en el anterior Código Penal, el mismo ha sido descriminalizado en el Código Penal vigente que no lo contempla, no siendo posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el artículo 198 inciso 8 por estar prohibida la aplicación de la Ley penal por analogía, por lo mismo, el hecho resulta atípico» [49].

Este principio consiste en delimitar la interpretación de acuerdo a la ley y no llegar al extremo de crear nuevos Derechos [50]. Se establece una discusión con respecto al verdadero significado de la prohibición de la analogía. Así, la mayoría considera que el legislador sólo pretende un tratamiento igualitario de las acciones que él declare punibles [51].

300. Analogía e interpretación penal

La **analogía** puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles, a ellos, las disposiciones previstas para casos semejantes (**analogía *legis***) o están deducidos de los principios generales del Derecho (**analogía *juris***) [52]. Es decir, signifi-

301. Analogía

---

[48] Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 109. Cfr. idem, 2002, p. 120.

[49] Ejecutoria Suprema del 12 de agosto de 1994, Exp. 1688-94 Lima **en** Rojas Vargas, 1999, p. 79. En otro caso: «*Habiendo constituido los procesados una sociedad comercial dedicada a efectuar préstamos de dinero, captando para ello recursos exclusivamente de sus socios accionistas, este último hecho, es decir, la restricción del universo de prestamistas, excluye la noción del 'público' exigible por el tipo penal de intermediación financiera, resultando por lo mismo amparable la excepción de naturaleza de acción en atención a los principios de legalidad y prohibición de aplicación de analogía del hecho señalado como delictivo*». Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima de 17 de marzo de 1998, Exp. 5339-97-B **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 47.

[50] Roxin, 1999, p. 147, num. 26.

[51] Bacigalupo, 1998, p. 78.

[52] Mantovani, 1979, p. 103.

ca «trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos) (...), según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica)»[53].

302. Interpretación analógica

Excepcionalmente, el Código Penal autoriza interpretaciones sobre la base de la analogía. Ejemplos: «*otro medio capaz de poner en peligro la vida*» (artículo 108, numeral 4), «*otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*» (artículo 172) [54], «*cualquier clase de energía*» (artículo 273).

303. Analogía *in malam partem*

La prohibición de la analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (**analogía *in malam partem***), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad.

Jurisprudencia:

«*Existe en el Derecho Penal peruano prohibición expresa de aplicar analógicamente* in malam partem *las normas penales (como una forma de garantizar su estrictividad), particularmente para calificar el hecho, según indica el artículo tercero del Título Preliminar del Código Penal*» [55].

304. Analogía *in bonam partem*

Por el contrario, la analogía favorable (**analogía *in bonam partem***) es aceptada [56] a través de los procesos de interpretación de la ley penal. Ejemplo: interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales personales de exclusión de la punibilidad. El Anteproyecto de Código Penal del 2004 admite en el artículo III del Título Preliminar

---

[53] ROXIN, 1999, p. 140, num. 8.

[54] GARCÍA CANTIZANO explica que la modificación introducida al tipo penal de la violación sexual (Ley 28251) indica que el legislador sigue usando la expresión «actos análogos», pero no en el sentido que tenía en la anterior legislación cuya jurisprudencia restringía la interpretación al coito anal y que con esta reforma es el mismo legislador quien define como análogos los actos de introducción de objetos, vía anal o vaginal, «por lo que el margen de interpretación jurisprudencial queda prácticamente anulado» (2004, p. 152). *Vid.* también los casos jurisprudenciales que interpretan textos legales generando auténticas aplicaciones analógicas de la norma penal creando similares o «análogas» a fin de superar lo que entienden como un vacío legal para sancionar con mayor severidad, v. gr. el concepto de sujeto activo en el delito de peculado o cohecho pasivo (*Ibidem*, p. 154).

[55] Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Exp. 169-98 **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 47.

[56] BATISTA, 1984, p. 117 (Bases constitucionales do principio da reserva legal). MIRABETE, 1988, p. 52.

la analogía *in bonam partem*, al declarar expresamente que esta sólo procede a favor del reo.

Sin embargo, no resulta fácil establecer una distinción entre *interpretación admitida* y *analogía prohibida*. Una posición bastante difundida considera que lo decisivo aquí viene a ser el texto legal: todo lo que esté cubierto por el texto será interpretación justificada, lo que no lo esté será interpretación analógica no autorizada si es desfavorable al autor. «Debe respetarse, en todo caso, el 'sentido literal posible' como límite extremo» [57]. Pero la fórmula del **sentido literal posible**, de los términos utilizados en el texto legal, tampoco es satisfactoria. «Solamente una precisa descripción de la idea legal fundamental orientada a los hechos respectivos tipificadores de lo ilícito y de la culpabilidad, puede trazar los límites de la interpretación correcta. El texto legal brinda, en este sentido, el punto de partida, aunque sin embargo, no constituye un criterio sólido» [58].

305. Fórmula del sentido literal posible

§18. La jurisprudencia

Entendemos por **jurisprudencia** al conjunto de resoluciones o sentencias expedidas por los tribunales de justicia. A la jurisprudencia se le puede estudiar desde dos puntos de vista: desde un punto de vista amplio, la jurisprudencia está conformada por los fallos del tribunal; y desde un punto de vista estricto, a través de la forma como los jueces aplican o interpretan la ley frente a un número de casos concretos [59].

306. Jurisprudencia

Si bien la jurisprudencia no puede crear tipos de lo injusto o penas (función reservada exclusivamente a la ley), sin embargo, ella es una **fuente de producción derivada**, subordinada a la ley [60]. De esta manera, cumple una función complementadora y de apoyo a la interpretación [61]. Como fuente de producción derivada, la jurisprudencia no sólo interpreta la ley sino que crea Derecho. Así ocurre cuando llena de contenido a los conceptos «*violencia contra la persona*» (artículo 188, Código penal), «*culpa*» (artículo 111, Código penal), «*grave amenaza*» (artículo 170, Código penal), etc. Los criterios que se adoptan son sólo

307. Jurisprudencia como fuente de producción derivada

---

[57] Jescheck, 1981, I, p. 214; Idem, 1993, p. 142.

[58] Stratenwerth, 1982, p. 39. Cfr. Idem, 2005, p. 96, num. 33.

[59] Mantilla Nougués/Rodríguez Pinzón, 1999, p. 85.

[60] Stratenwerth, 2005, p. 94; Bustos, 2004, I, p. 582.

[61] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 115.

de probable aplicación e incluso, el tribunal puede decidir el cambio de criterio.

308. Importancia de la jurisprudencia

En este sentido, el análisis de la jurisprudencia es útil pues permite apreciar un Derecho Penal vigente a través de una constante interpretación, cuando la norma penal aparezca frente al intérprete en forma oscura, contradictoria e imprecisa. Correspondiendo, por ello, al juez buscar y determinar su verdadero sentido y alcance.

309. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial las que declaren la inconstitucionalidad de una norma, también son consideradas como fuentes del Derecho Penal [62]. Es importante indicar el **carácter vinculante** que tiene para los magistrados la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema [63]. Recientemente, la Corte Suprema viene emitiendo jurisprudencia vinculante [64].

310. Plenos jurisdiccionales

Por otro lado, los **Plenos Jurisdiccionales** que se hallan regulados en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen un espacio de discusión de los magistrados de diferentes especialidades, donde se busca estudiar y debatir acerca de los temas jurídicos que generan controversia en las decisiones judiciales. A través de estas reuniones se esclarecen determinados puntos en debate y por medio del consenso se logran uniformizar criterios jurisprudenciales mediante las conclusiones plenarias, además se logra la capacitación de los magistrados [65]. Los Plenos Jurisdiccionales no tienen efecto de ley ni de sentencia, pero constituyen una fuente indirecta para el juez en la interpretación de la ley.

---

[62] *Ibidem*, p. 116.

[63] En efecto, la Ley 28301 de 27 de julio de 2004 en su primera disposición final señala que «los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad». Igualmente, el artículo 301-A introducido por el Decreto Legislativo 959 del 17 de agosto de 2004 señala que, en el marco del proceso de reforma y transitoriedad al modelo acusatorio, da valor de jurisprudencia vinculante a las resoluciones que así sean presentadas por la Corte Suprema de la República del Perú.

[64] *Vid.* Ejecutorias Supremas de 17 de febrero de 2005 (R. N. 3932-2004), de 21 de enero de 2005 (R. N. 1628-2004), de 22 de diciembre de 2004 (R. N. 1062-2004), de 21 de diciembre de 2004 (R. N. 3048-2004), de 20 de diciembre de 2004 (Consulta 126-2004), entre otras.

[65] Conclusiones de Plenos Jurisdiccionales de 1998. Poder Judicial. 1999 p. 3. Otros Plenos Jurisdiccionales: Arequipa (1997), Ica (1998), Iquitos (1999) y Trujillo (2004). A nivel de la Corte Suprema de Justicia, *vid. Plenos Jurisdiccionales de las Salas Penales Permanente y Transitoria* (Lima, 2005), en *El Peruano*, 26 de noviembre de 2005, pp. 6227-6238.

§19. Principios generales del derecho

311. Principios generales del derecho

Los principios generales del Derecho son fuentes complementarias de la ley penal. «Equivalen a normas superiores que sirven de fundamento a la ley, y a premisas del derecho natural que no pueden ser desconocidos jamás por el intérprete» [66]. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, precisa que *«los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran al derecho peruano»*.

§20. La costumbre

El principio de legalidad excluye la posibilidad de crear delitos, aplicar penas o agravarlas en base a la costumbre (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). La costumbre es más que la reiteración permanente de determinadas conductas, creando en los ciudadanos una conciencia de obligatoriedad. Este derecho consuetudinario está formado por dos presupuestos esenciales: un elemento subjetivo (el *animus*), que es la voluntad de vigencia, por parte de la comunidad, hacia una conciencia o sentimiento obligacional; y un elemento objetivo (el *corpus*), que es la práctica suficientemente reiterada de un determinado acto [67]. A la costumbre la podemos identificar de manera activa (*consuetudo*), cuando da nacimiento a nuevas normas jurídicas o normas consuetudinarias; y de manera pasiva (*desuetudo*), cuando extingue o pone en obsolescencia algunas normas jurídicas preexistentes [68].

312. Costumbre

En cuanto a la relación que puede tener la costumbre con la ley, se distinguen tres formas: **Costumbre *praeter legem***, que es aquella que se perfila más allá de lo establecido por la ley. No tiene validez, ya que atenta contra toda expresión del principio de legalidad [69]. **Costumbre *contra legem***, que actúa en forma contraria a lo establecido por la ley. Así, si existe un conflicto entre ley y costumbre, se elegiría a la costumbre. También se vulnera el principio de legalidad. **Costumbre *secundum legem*** (*costumbre integrativa*) [70],

313. Relación: Ley-Costumbre

---

[66] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 191.

[67] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 119.

[68] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, I, p. 61.

[69] MANTILLA NOUGUÉS/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 84.

[70] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 93.

que está en concordancia con lo expresado por la ley. La ley se remite a la costumbre para solucionar los problemas de interpretación o vacíos que pueda encontrar el operador de Derecho [71]. Con esta forma de costumbre se busca la concordancia con lo expresado por la ley, y con ello no se tendría ningún tipo de contrariedad con el principio de legalidad.

314. Costumbre y el Derecho Penal general

La costumbre también aporta al desarrollo de la parte general del Derecho Penal, pues dada la codificación parcial de las instituciones penales, contribuye a llenar los vacíos que puedan existir. También pueden surtir efectos en la elaboración, eliminación o modificación de los tipos penales, siempre y cuando éstos, por vía consuetudinaria, pierdan vigencia o se limiten [72]. En el Derecho Penal hay elementos que pueden ser valorados de distintas maneras por la sociedad; y es por ello, que la costumbre cumple una excelente labor cuando se busca interpretar dichos elementos [73].

315. Derecho consuetudinario y jurisdicción especial

Sin embargo, en el Perú, el **derecho consuetudinario** ocupa un lugar al lado del Derecho Penal formal. Si bien, la Constitución Política prohíbe toda forma de justicia paralela (con excepción de la arbitral y militar, artículo 139, numeral 1), también admite la llamada **jurisdicción especial** ejercidas por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario y siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149). Se considera que «esta concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia» [74].

§21. *Excursus*: costumbre, política criminal y legislación penal

a. Comunidades y rondas campesinas, comunidades nativas, y pueblos jóvenes

316. Comunidades campesinas

En el Perú, el derecho consuetudinario se aprecia especialmente en el ejercicio de la administración de justicia en las comunidades andinas y amazónicas [75] y pueblos

---

[71] *Loc. cit.*

[72] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 119.

[73] *Vid.* PEÑA CABRERA, 1997, p. 198.

[74] BRANDT, 1986, p. 32.

[75] VILLAVICENCIO, 1988, p. 179.

jóvenes en sectores urbanos [76]. Las **comunidades campesinas** son agrupaciones de familias identificadas por un determinado territorio, ligados por rasgos sociales y culturales, trabajo comunal, ayuda mutua y básicamente por su actividad vinculada al agro. Al interior de ellas, su situación de conflictos y las formas de regulación se ubican en el derecho consuetudinario, en la costumbre. La literatura es abundante en referencias [77]. Se han registrado denuncia de graves y famosos delitos, originados a consecuencia de la aplicación de la autojusticia comunal [78], sin embargo la aplicación de criterios consuetudinarios no siempre es rigurosa.

317. Conflictos y sanciones en las comunidades campesinas

No existen estadísticas oficiales sobre las características de los conflictos y sólo investigaciones particulares han detectado una mayoría de conflictos sobre la tenencia de tierras, peleas, borracheras, lesiones, asesinatos, robo de ganado, violaciones, estafas y problemas de naturaleza civil menos frecuentes [79]. Los comuneros adoptan diversos mecanismos de regulación de conflictos: arreglos y conciliaciones, la *no solución* (remisión del caso a la instancia familiar, social), una decisión (problemas civiles) y la aplicación de una sanción (v. gr. económica), privación de libertad, pena de honra (amonestación pública, destitución del cargo comunal, exposición al escarnio público, castigos corporales, golpes, azotes, palizas, baños fríos en el río), expulsión de la comunidad [80] (sanción gravísima aplicada a rebeldes y reincidentes) y, excepcionalmente, la muerte [81].

---

[76] Villavicencio, 1987, p. 70.

[77] Barrig, 1980 (se refiere a las obras de Alegría, Arguedas, Ribeyro, Reynoso, Martínez, Urteaga, Scorza, López Albújar, Thorndike).

[78] Caso Huayanay (1974): persona muerta a pedradas en una plaza después de haber sido sentenciada en proceso informal por 218 comuneros. Caso del quechuólogo cuzqueño Andrés Alencastre muerto por pobladores de Paccobamba (Canas) por un litigio de tierras (1984). El caso de la ejecución del alcalde de Ilave en Puno (2004), en manos de habitantes del lugar.

[79] Pásara, 1984, p. 197.

[80] La Corte Constitucional de la República de Colombia (Sentencia Nº T-254/94 de 30 de mayo de 1994), en el caso de un miembro de una comunidad indígena que fue expulsado de la misma luego que fuera acusado de la supuesta comisión de un hurto y que la sanción también comprendió a sus familiares, declaró que la sanción de *expulsión* es una práctica «frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales». Sin embargo, precisa que no se debe confundir con la *pena de destierro* que sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de naciones, de manera que, en el caso, no se vulneró la prohibición de destierro (artículo noveno, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; artículo 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos). No obstante, en base al principio de la responsabilidad penal individual consideró que la pena aplicada era «desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales».

[81] Brandt, 1986, pp. 135-144. El artículo 149 de la Constitución Política de 1993 precisa que le ejercicio de la función jurisdiccional especial se realiza dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario y, «siempre que no viole los derechos fundamentales de la persona».

318. Rondas campesinas

Las **rondas campesinas** [82] existen en ciertas zonas del país, especialmente en Cajamarca y Piura. En Cajamarca aparecen como un fenómeno propio de la subregión central [83]. Tienen su origen en el aumento de abigeato, la tradicional anarquía de los habitantes de la región (el tomar la justicia por sus propias manos) [84] y la corrupción de las autoridades [85]. En la realidad, las rondas desarrollan actividades paralelas a las policiales de carácter preventivo como también de investigación y detención por delito flagrante: v. gr. control de caminos, campos, exigencia de documentos a transeúntes desconocidos, obligación de explicar, restricción de libertad de tránsito, hacer rondar a ciertas personas, disuelven riñas; en todos los casos sus normas internas están garantizadas por la sanción que aplican, por el reconocimiento de su autoridad [86]. Todo esto supone funciones paralelas a las jurisdiccionales en la llamada **justicia campesina** [87].

---

[82] Ante esta realidad de una zona del país, el Estado peruano, a través de la Ley 27908 del 7 de enero del 2003 ha reconocido a las rondas campesinas «personalidad jurídica, como forma autónoma y democrática de organización comunal», que «pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial» (artículo 1).

[83] La primera ronda campesina se organizó en el caserío de Cuyumalca, provincia de Chota (Cajamarca) el 29 de diciembre de 1976, fundada por el Teniente Gobernador don Régulo OBLITAS para luchar contra los constantes robos, pero el factor determinante fue un asalto a la escuela, lo que originó se formara la «ronda de vigilancia nocturna de la escuela de Cuyumalca». Los antecedentes más resaltantes de las rondas han sido las acciones del campesinado a comienzos del siglo (tomas de tierras de las haciendas), el bandolerismo y finalmente, las rondas de hacienda. En el caso de Bambamarca, la primera ronda campesina fue organizada en la estancia de San Antonio de la Camaca, el 25 de enero de 1987. Cfr. HUAMANÍ *et al.*, 1988, p. 67. Actualmente por medio de la Ley de Rondas Campesinas (Ley 27908) se ha declarado al caserío de Cuyumalca, distrito y provincia de Chota, departamento de Cajamarca como cuna y patrimonio histórico de las Rondas campesinas del Perú (primera disposición final y transitoria).

[84] GITLITZ y ROJAS, 1985.

[85] LÓPEZ, 1986, p. 19.

[86] IRIGOYEN, 1987, p. 8.

[87] El Reglamento de las Rondas Campesinas elaborado y aprobado en su Séptimo Congreso Nacional (agosto de 1987), Título quinto, se refiere a la justicia campesina, detallando que la máxima autoridad que hace justicia es la Asamblea General que decide y aplica sanciones que corresponden (artículo 31). La competencia es sobre problemas de robos, litigios de tierras, riñas, de mujeres y niños abandonados y otros casos (artículo 32). Se indica que, para «casos complicados» se podrá crear una comisión respectiva (artículo 33). El llamado «Tribunal campesino» aplicará como sanciones: amonestación severa, trabajo de faenas comunales, multas y pago en dinero por el daño causado, destitución temporal y definitiva (artículo 40) y las faltas son: violación de reglamento, recurrir a las autoridades para pedir justicia contra la comunidad y su

319. Sanciones aplicadas por rondas campesinas

En cuanto a las **sanciones**, se ha venido observando una reducción progresiva de su rigurosidad. Algunos ronderos atribuyen, entre otras razones, las intervenciones de instituciones destinadas a cautelar los derechos humanos, discursos que dirigentes ronderos aceptan, a las quejas y denuncias ante autoridades oficiales, etc. Inicialmente los castigos físicos comprendían desde los denominados «pencazos» (azotes) hasta la muerte del sujeto. También se aplica el «baño» (sujeto obligado a sumergirse en un río o pozo en la noche o madrugada), la «ronda obligatoria» (en rondas vecinales) y el trabajo comunal (en caminos, postas médicas, etc.) [88].

320. Etnias de la Amazonia peruana: Aguarunas

Las **etnias de la Amazonía peruana** se dividen en 63 grupos, las que pertenecen a doce familias idiomáticas diferentes [89]. Las comunidades nativas han desarrollado la agricultura como una actividad complementaria de la caza, pesca y recolección. Estas comunidades desarrollan su existencia en zonas ecológicas claramente identificables: bosques secos tropicales, bosques húmedos subtropicales y bosques húmedos tropicales dispersos en grandes cuencas hidrográficas [90]. Por ejemplo, investigaciones realizadas con los **aguarunas** [91] han mostrado que en dichas comunidades existen organismos de resolución de conflictos del conjunto de los comuneros. Cuentan con una directiva y como órgano máximo: una Asamblea Comunal para resolver asuntos de robos, adulterio, incesto, venganza, etc. Además, existe un jefe de la Justicia Nativa que integra a un determinado grupo de comunidades aguarunas, asumiendo competencia sobre conflictos que no son resueltos al interior de la comunidad, por ejemplo, en casos de homicidio por brujería o venganza. Así, la relación homicidio con la cosmovisión andina puede presentar diversas facetas vinculadas a la cultura. La situación de escasez de recursos naturales originada en la pobreza del suelo en el que habitan guarda relación con los infanticidios selectivos en grupos amazónicos aislados; también la idea de responsabilidad de grupo en el sentido que cualquier pariente del fallecido puede dar muerte a cualquier otro pariente del homicida, tiene una relación con la necesidad de equilibrio en una sociedad que no cuenta con un poder centralizado y que sólo puede arribar a ese fin de manera privada. En algunos idiomas aborígenes, una misma palabra es usada para expresar los conceptos occidentales de *justicia* y *venganza* [92].

---

organización, el robo y soborno, complicidad delictiva, no dar cotizaciones, faltar a las tareas encomendadas por la Junta directiva o la Asamblea General, no respetar símbolos patrios, burlarse de las tradiciones, rondar embriagado o disfrazado de policía, abuso de autoridad, violación de domicilio y las que establezca la Asamblea General (artículo 36). Es también una sanción la expulsión de las autoridades corruptas o enemigas de las rondas (artículo 44). Hacen falta investigaciones que analicen la manera cómo los ronderos actúan y además comparen la experiencia con los modelos oficiales.

[88] Huamaní *et al.*, 1988, p. 77.

[89] Ribeyro y Wise, 1978, p. 41. Los grupos más numerosos en población son los Aguarunas, Cama, Ashaninca, Conona-Cocamilla, Lamista, Shipibo y Conibo.

[90] Naciones Unidas: Doc HRI/CORE/1/ADD 43/Rev. 1 de 27 de junio 1995, p. 4 Nº 12.

[91] Urteaga Crovetto, 1993. Villavicencio Ríos, 1994. *Vid.* Peña Jumpa, 1994, p. 13.

[92] Ardito Vega, 1994, p. 33. «En Jívaro –lengua del grupo étnico aguaruna– no existe la palabra justicia, que refiere un valor abstracto, intangible, difícil de imaginar en un contexto cultural como el amazónico. El equivalente aproximado que encon-

También se presentan experiencias en los sectores urbanos, especialmente en los llamados **asentamientos humanos**, donde se utilizan mecanismos o medios extrajudiciales en la solución de diversos problemas al margen del sistema oficial [93].

321. Conflictos en asentamientos humanos

En estos ámbitos populares urbanos se ha registrado la utilización de mecanismos o medios extrajudiciales en la solución de conflictos al margen del sistema de control oficial. No sólo incluye la actitud de quienes alcanzan soluciones sin recurrir a dicho sistema, sino también, la actitud de grupos de ciudadanos quienes al margen del Poder Judicial imponen, a su manera, el orden y control social deseados. No es sólo la popularización de la justicia permitida por el orden jurídico. Se trata de otra de las respuestas sociales al permanente desvanecimiento de la sensación y la probabilidad de alcanzar justicia (entendida como orden y control social) [94].

322. Policía vecinal

Los sistemas de protección contra la delincuencia están dirigidos a sustituir la carencia de vigilancia policial. Empero, la llamada **policía vecinal** desaparece conforme se implementan los servicios básicos de la comunidad (electricidad, agua, etc.). El elemento que influye en el surgimiento de la llamada policía vecinal es la ausencia de electrificación pública [95]. Se trata también de una respuesta a la frustración de la población ante la ineficacia del sistema policial. Este es un fenómeno que surge en la época inicial de la formación del asentamiento humano. Algunos grupos vecinales optan por castigar directamente al infractor. Su sistema de control vecinal contaba con *sanciones punitivas* por incumplimiento (vergüenza pública en la asamblea de manzana, sanciones pecuniarias, expulsión en caso de reiteración de conductas) y ciertas condiciones procesales (asamblea en reunión mayoritaria de los pobladores, votación secreta, etc.). También el sistema penal formal reacciona reprimiendo a dirigentes vecinales que resuelven litigios al margen de la ley oficial [96] (usurpación de autoridad).

b. La responsabilidad penal de personas con pautas culturales diferentes

323. Personas de cultura diferente en el Código Penal de 1924

Ha sido tratada en diferentes sentidos por el derecho penal peruano. La utilización de los conceptos *«salvaje»* (artículo 44, Código penal de 1924), *«semi civilizados»* o *«degradados por la servidumbre o alcoholismo»* (artículo 45, Código Penal de 1924) en el contexto histórico e ideológico en el que Víctor MAÚRTUA elaboró el proyecto de Código Penal, reflejaba la preocupación de cómo debían ser tratadas penalmente las personas que formasen parte de dichos grupos y cometieran delitos [97]. Sin embargo,

---

tramos fue 'venganza' (atribuido en la antigüedad a los rituales de venganza de sangre), cuyo signo lingüístico en Jíbaro significa el restablecimiento del equilibrio social» (URTEAGA, 1994, p. 17).

[93] Con abundante información casuística, *vid.* ITURREGUI BYRNE/PRICE MASALÍAS, 1982, pp. 164, 173, 177-179 y 181.

[94] Sin embargo, la Constitución Política de 1993 (artículo 149) no les otorga la posibilidad de ejercer la función de jurisdicción especial.

[95] ITURREGUI BYRNE/PRICE MASALÍAS, 1982, p. 189.

[96] *Ibidem*, p. 202.

[97] HURTADO POZO, 1979, p. 84. *Vid.* además pp. 69, 72, 76.

la política criminal del Código Penal de 1924 al usar estos términos contenía una clara concepción etnocéntrica que desconocía el derecho de las autonomías culturales. Los sujetos tenían la condición de imputables relativos, susceptibles de una penalidad atenuada o medidas de seguridad. De esta manera, el ordenamiento penal concebía a la sociedad integrada por salvajes, semicivilizados y civilizados en una explicación de desarrollo unilineal inevitable que en la actualidad ha sido desvirtuada a favor de una explicación multilateral [98].

324. La inimputabilidad de personas de cultura diferente

En los años cuarenta del siglo pasado, Manuel G. ABASTOS afirmaba que «en vez de declarar la incapacidad absoluta del indio, la ley debe establecer junto a un principio común y general de capacidad penal (imputabilidad) unas cuantas excepciones de inimputabilidad» [99]. Después de propugnar la creación de un *derecho especial para el indígena*, agregaba que «si hay que poner al indio en un plano de incapacidad relativa, no es porque sea indio sino porque pertenece a una cultura diferente» [100]. Luego, se propuso un *Proyecto de Código Indígena* elaborado sobre la base de las ideas de peligrosidad, proponiéndose aplicar al indígena medidas de defensa social de índole correccional o de naturaleza médico-pedagógica [101]. En el proceso de reforma penal de los años ochenta del siglo pasado, el proyecto de Código Penal del 31 de marzo de 1986, seguía postulando con criterio etnocentrista (artículo 21) la inimputabilidad [102] por su cultura o costumbre. Posteriormente, prescindiéndose de la calificación de inimputables [103], el Código Penal peruano de 1991 en su artículo 15 incorporó a la legislación una nueva fórmula de error.

c. El artículo 15 del Código Penal peruano de 1991

325. Solución del error para personas de cultura diferente

Una solución a la problemática planteada se introdujo en el Código Penal de 1991, la denominada fórmula del «*error de comprensión culturalmente condicionado*» [104] que también contendría a los casos de conciencia disidente. No creemos que todos los casos de condicionamiento cultural sean resueltos por vía del error –que puede dar también lugar a otras formas de error de tipo y de prohibición (artículo 14, Código penal)–, pues también se pueden presentar supuestos de inexigibilidad o de justificación.

---

[98] FRANCIA, 1992, pp. 146-148.

[99] ABASTOS, 1949, p. 28.

[100] *Loc. cit.*

[101] SIVIRICHI, 1946, p. 353.

[102] Artículo 21: «*El juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión*».

[103] VILLAVICENCIO, 1990, p. 71. *Vid.* YRURETA, 1981, especialmente el capítulo III, «La responsabilidad penal del indígena ante la doctrina» (pp. 43-46) y las «Soluciones jurídicas recomendables y las que deben ser rechazadas (pp. 111 y ss.). *Vid.* además, la posición de ZAFFARONI sobre «el error de comprensión culturalmente condicionado».

[104] VILLAVICENCIO, 1992, pp. 97-99.

d. La responsabilidad de las personas que ejercen la jurisdicción especial

326. Responsabilidad de personas que ejercen jurisdicción especial

El ejercicio de la jurisdicción especial está vinculado al reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario, que hace legítimo su accionar en los límites señalados en el artículo 149 de la Constitución, aunque hasta el momento no exista la Ley de coordinación [105]. Así, las limitaciones de la fórmula constitucional permiten afirmar que estos, en los supuestos pertinentes, podrían ser resueltos a través del artículo 15 del Código Penal de 1991.

§22. La doctrina

También llamado *derecho científico* [106], constituye un conjunto de juicios, pensamientos, interpretaciones que los juristas realizan sobre determinados puntos del Derecho –en nuestro caso del Derecho Penal– con la finalidad de alcanzar la verdad jurídica. Es el «resultado del constructivo esfuerzo conjunto de la ciencia (teoría, doctrina) y de la práctica (jurisprudencia) del derecho penal» [107]. Su punto de referencia está conformado por las ideas expuestas por otros juristas, las legislaciones (ya sean nacionales o extranjeras) y la jurisprudencia [108]. Las elaboraciones doctrinales constituyen elementos básicos, tanto para el legislador como para el juez, ya que son los doctrinarios los que, con sus postulados y trabajos científicos, logran conocimientos jurídicos más elaborados y actualizados. «El juez como tal no puede más que nutrirse en la ciencia de los juristas, quienes con sus críticas y prospecciones llegan a ser algo así como jueces de los jueces y del propio legislador» [109].

327. Doctrina

Los aportes que hacen los *juristas* se hallan expresados en obras o literaturas penales que constituyen una verdadera fuente bibliográfica penal y permite acceder tanto a los aportes más modernos como a las fuentes históricas del Derecho Penal [110].

328. Juristas

---

[105] Existe un Pre-dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República recaído en los Proyectos de Ley 822/2001-CR y 3410/2002-CR que propone regular la función jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas (10 de diciembre de 2003).

[106] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 95.

[107] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, I, p. 63.

[108] REYES ECHANDÍA, 1989, p. 48.

[109] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, I, p. 64.

[110] *Vid.* ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 99. «Los juristas (penalistas) ejercen tradicionalmente –desde las agencias de reproducción ideológica– el poder discursivo

§23. Breve referencia de los códigos y literatura penal peruanos

a. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre

329. Manuel Lorenzo de Vidaurre

Los primeros pasos en el proceso de codificación los dio Manuel Lorenzo de VIDAURRE y su proyecto publicado en Boston en 1828, sobre la base de la ideología francesa e inglesa [111], pero con acentuada originalidad. Manuel Lorenzo de VIDAURRE fue oidor de la Audiencia de Cuzco en 1811, como también Presidente de la Corte Suprema de la República [112]. En el mismo año de la publicación de su código, es invitado al Congreso del Perú y de Chile ante la convocatoria para el concurso del mejor proyecto de «Código Criminal» [113].

330. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre

Su proyecto tiene dos partes: una parte teórica y general, y la otra parte donde se expone las diferentes conductas típicas. Acoge las disposiciones en forma de leyes manteniendo la tradición jurídica española de la segunda década del siglo XIX [114]. En dicha obra, VIDAURRE considera que el delito es el daño causado concientemente a la sociedad. Adopta una teoría mixta de la pena, y éstas tienen en su propuesta un carácter draconiano [115]. Además, se desprende la «supresión de los delitos de hechicería, magia y apostasía; administración de justicia en público; proscripción del uso de pruebas privilegiadas y de la imposición de penas arbitrarias; respeto por los principios de legalidad y de intrascendencia de la pena; igualdad ante la ley; supresión del derecho de asilo y, sobre todo, fin prioritariamente utilitario del Derecho penal» [116]. Aunque fue el primer paso para la codi-

---

de legitimación del ámbito punitivo, pero muy escaso poder directo, que está a cargo de otras agencias. *Su propio poder discursivo se erosiona con el discurso de las agencias políticas y de comunicación, paralelo y condicionante del elaborado por los juristas en sus agencias de reproducción ideológicas* (universidades, institutos, etc.)» (*Ibidem*, p. 20).

[111] En este proyecto se nota la influencia de MONTESQUIEU, VOLTAIRE, César BECCARIA, Gaetano FILANGIERI, Hugo GROCIO, Manuel de LARDIZÁBAL, Samuel PUFENDORF, John LOCKE, J. J. ROUSSEAU, Jeremías BENTHAM, MIRABEAU, ROBESPIERRE, RAYNAL, HELVETIUS, entre otros (VILLA STEIN, 1998, 81; ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 18-19).

[112] Sobre su labor como magistrado, político y jurista, vid. ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 16-18.

[113] PEÑA CABRERA, 1997, p. 155.

[114] ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 21.

[115] BASADRE, 1937, p. 377.

[116] ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 20.

ficación penal en el Perú, se encuentra en dicha obra una serie de carencias. «Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatuían de manera precisa lo que es delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicación. En su mayor parte, son declaraciones de principios o normas de carácter procesal» [117]. Pero aún así, este proyecto es considerado la primera elaboración de Código Penal en América [118].

b. Código Penal de Santa Cruz para la Confederación Peruano-Boliviana

331. Código Penal de Santa Cruz

Este Código Penal estuvo vigente en el Estado Sur-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana (octubre de 1836-julio de 1838) por decisión del General SANTA CRUZ. Fue elaborado sobre la base del modelo español de 1822 (influenciado por el Código de NAPOLEÓN de 1810 y el derecho histórico español) [119].

c. Código Penal de 1863

332. Fuentes del Código Penal de 1863

El primer Código Penal de la República peruana data de 1863 y tuvo inspiración en el Código español de 1848 (y la reforma de 1850), a su vez influenciados por el Código brasileño de 1830, francés de 1810, napolitano de 1819 y español de 1922. Este código se hallaba dividido en tres libros: un primer libro, que contenía la parte general; un segundo libro, relativo a los delitos y las penas; y un tercer libro, sobre las faltas.

333. Comisiones de elaboración del Código Penal de 1863

Para la elaboración de este código se instalaron tres comisiones parlamentarias: En la primera comisión (1853) se nombró a los encargados de preparar el proyecto de Código Penal. Tal comisión estaba conformada por los senadores Servancio ÁLVAREZ, Pablo CÁRDENAS y Santiago TÁVARA y los diputados Carlos PACHECO, Mariano GÓMEZ FARFÁN, Manuel Toribio URETA, Ignacio NOVOA y Gregorio GALDÓS. Ante los proyectos elaborados por la primera comisión, la Convención Nacional en 1856 nombró una segunda comisión dedicada a la revisión del proyecto cuyo presidente era José Simeón TEJADA. En la tercera comisión (1861) se dispuso una segunda revisión del proyecto. Esta comisión estuvo integrada por los senadores Manuel MACADO, José Silva SANTISTEBAN y Juan de la C.

---

[117] HURTADO POZO, 2005, p. 102, num. 254.

[118] *Vid.* ARMAZA GALDOS, 2003, p. 19; PEÑA CABRERA, 1997, p. 157; VILLA STEIN, 1998, p. 81.

[119] *Código Penal Santa Cruz del Estado Sud-Peruano*, Edición oficial, Imprenta Eusebio Aranda, Lima, 1836.

LIZÁRRAGA; los diputados eran José María PÉREZ, Epifanio SERPA, Isaac SUERO y Evaristo GÓMEZ SÁNCHEZ. El proyecto terminado por la tercera comisión es el que se aprueba y entra en vigencia desde el 1 de mayo de 1863.

334. Literatura originada por el Código Penal de 1863

La literatura penal que originó el Código Penal de 1863 cuenta con los aportes de Ricardo HEREDIA [120], José GÁLVEZ EGÚSQUIZA [121] y José SILVA SANTISTEBAN [122]. Dichos autores reflejan la influencia de los penalistas españoles donde se acogía los postulados de la Escuela alemana del derecho natural creada por KRAUSE [123]. La única exposición completa del Código es la obra de José VITERBO ARIAS [124]. En 1896 se presentó una reacción contra la influencia jusnaturalista y krausista siendo acogido con entusiasmo el positivismo italiano. Destacan durante ese período Manuel Vicente VILLARÁN, Juan Bautista de LAVALLE, Javier Prado UGARTECHE [125] y Oscar MIRO QUESADA [126].

335. Reforma del Código Penal de 1863

Los propósitos de reforma del Código de 1863 incluyen diversas comisiones de 1871, 1873 (proyecto 1874) y 1877. En 1900 se encargaron trabajos a otras comisiones cuyo proyecto (anteproyecto 1900-1902) no fue promulgado [127].

d. Código Penal de 1924

336. Fuentes del Código Penal de 1924

El segundo Código Penal de la República peruana fue promulgado el 10 de enero de 1924 y entra en vigencia el 29 de julio. Su proceso de gestación se inicia con el proyecto de 1916 cuyo autor y ponente fue Víctor M. MAÚRTUA. El Código recoge, por primera vez, la fuerte influencia de la experiencia codificadora suiza (anteproyectos de 1915 y 1916, y proyecto de 1918), y en

---

[120] *Lecciones de derecho penal filosófico*, Dictadas en la Universidad San Marcos, 1884. Sobre esta obra, *vid.* ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 42-45.

[121] Sus biógrafos sospechan de unas *Lecciones de Derecho Penal*, vid. ARMAZA GALDOS, 2003, p. 27.

[122] *Derecho natural o filosofía del derecho*, 1884. Además de su *Curso de Derecho Penal* (1863) que se divide en una parte científica (origen del derecho a penar, de los delitos, y penas) y una parte positiva. Sobre la última obra, *vid.* ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 36-42.

[123] HURTADO POZO, 2005, p. 105, num. 264.

[124] *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863*, tres volúmenes, Librería e Imprenta Gil, 1900.

[125] *El Método Positivo en el Derecho Penal. Vid.* ARMAZA GALDOS, 2003, pp. 45-49.

[126] *Breves apuntes de Mesología criminal peruana*, 1922.

[127] *La reforma del Código Penal*, Anteproyectos de 1877 y de 1900 y 1902, Imprenta de San Pedro, Lima, 1918.

menor medida, la italiana (Código Penal ZANARDELLI 1889, Proyecto FERRI 1921), la del Código argentino de 1921 y del Código uruguayo de 1889.

Este código se encuentra dividido en cuatro libros: el primero trata de las disposiciones generales; el segundo se encarga de los delitos en especial; el tercero señalaba las faltas; y el cuarto comprendía la vigencia y aplicación del Código Penal. Entre las disposiciones más importantes destacan: la incorporación de un capítulo referente a las condiciones de culpabilidad; el incremento de atenuantes, una marcada inclinación hacia la política criminal, mejora de tratos a los menores, un perfeccionamiento del régimen penitenciario, la creación de colonias penales para los delincuentes habituales y relegación a comunidades agrícolas para los peligrosos, incorporación de la noción de reincidencia, se sigue el modelo italiano para la penitenciaria, la prisión, la multa, la inhabilitación, el delito frustrado y la prescripción [128].

337. Contenido del Código Penal de 1924

338. Literatura originada por el Código Penal de 1991

La literatura originada por el Código Penal incluye, entre otras, las obras de Juan José CALLE [129], Germán ZEVALLOS [130], Ángel Gustavo CORNEJO [131], Carlos ZAVALA LOAIZA [132], Manuel G. ABASTOS [133], Luis BRAMONT ARIAS [134], Santiago BENÍTEZ SÁNCHEZ [135], Raúl PEÑA CABRERA [136], Luis ROY FREYRE [137], José HURTADO POZO [138], Felipe A. VILLAVICENCIO TERREROS [139], entre otros.

El movimiento de reforma del Código Penal de 1924 se inicia con el proyecto de 1928, elaborado por Ángel Gustavo CORNEJO y Plácido JIMÉNEZ [140],

---

[128] PEÑA CABRERA, 1997, pp. 160-161.

[129] *Código Penal* (Ley 4868) *anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania (1909), Suiza (1915), Suecia (1916), Italia (1921) y el Código Penal de Argentina (1921)*, Librería e Imprenta Gil, 1924.

[130] *Código Penal*, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo, 1935.

[131] CORNEJO, 1936, I y II; IDEM, 1937-1938.

[132] ZAVALA LOAIZA, 1941.

[133] ABASTOS, 1937-1938. Ha venido circulando en las facultades de derecho limeñas un documento mimeografiado de sus clases dictadas en la UNMSM: IDEM, s/f.

[134] BRAMONT ARIAS, 1950; IDEM, 1966; IDEM, 1978; IDEM, 1988; IDEM, 1984.

[135] BENÍTEZ SÁNCHEZ, 1958, I y II.

[136] PEÑA CABRERA, 1964; IDEM, 1977, posteriormente integradas a su *Tratado de Derecho penal* (cuatro volúmenes) ya en varias ediciones. Dirigió la revista *Debate Penal* (publicada desde 1987).

[137] ROY FREYRE, 1974; IDEM, 1975; IDEM, 1983; IDEM, 1986; .

[138] HURTADO POZO, 1978; IDEM, 1979; IDEM, 1981; IDEM, 1982; IDEM, 1983; IDEM, 1987.

[139] VILLAVICENCIO, 1990; IDEM, 1983.

[140] *Proyecto de Código Penal*, Imprenta Minerva, Lima, 1928.

que no sólo fue una revisión del Código sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular. El encargo otorgado por el Congreso fue la revisión del Código de 1924, pero los autores fueron más allá del mandato legislativo. Así, el proyecto de 1927 fue criticado por un marcado casuismo, falta de sistemática y su exagerada extensión. Por ello, se volvió a revisar dicho proyecto y se publicó en 1928. Este proyecto no fue promulgado. El nuevo proyecto se dividía en dos partes: la primera referida de la delincuencia y contenía tres libros: preceptos generales, delitos en particular y las faltas y contravenciones; la segunda parte estaba titulada como «Prevención referida a las Medidas de Seguridad».

339. Proyecto de Código Penal Cornejo-Jiménez de 1928

Posteriormente, el Anteproyecto de 1972 fue elaborado en el gobierno de Fernando BELAUNDE TERRY, quien por Decreto Supremo Nº 136 del 25 de marzo de 1965 nombró una comisión encargada de la revisión del Código de 1924. La comisión estaba conformada por los representantes de la Corte Suprema, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Colegio de Abogados de Lima y la Federación de Abogados. Los representantes eran Manuel G. ABASTOS, Alfonso ESPARZA HORNA, Carlos ESPINOZA VILLANUEVA, Luis BRAMONT ARIAS, Hugo PIAGGIO, Octavio TORRES MALPICA, Luis E. ROY FREYRE y Raúl PEÑA CABRERA. Dicha comisión estaba presidida por Octavio TORRES MALPICA.

340. Anteproyecto de Código Penal de 1972

En la década de los años ochenta y comienzos de los años noventa del siglo pasado, se realizaron una serie de proyectos que dieron origen al Código Penal vigente. Así, se publicaron los siguientes instrumentos: Proyecto de Código Penal de 1984 [141], Proyecto de Código Penal de 1984 [142], Proyecto de Código Penal de 1985 [143], Proyecto de Código Penal de 1986 [144], Proyecto de Código Penal Parte General de setiem-

341. Reforma penal de los años 80

---

[141] Por Resolución Suprema Nº 070-81-JUS del 8 de setiembre de 1981 se nombró una comisión encargada de elaborar un proyecto de Ley del Código Penal. Dicha comisión estaba conformada por los doctores Luis E. ROY FREYRE, Eduardo MIMBELA DE LOS SANTOS, Carlos ESPINOZA VILLANUEVA, Lauro MUÑOZ GARAY, Alfonso AGUILAR BUSTILLOS, Víctor MAÚRTUA VÁSQUEZ, Nicolás de PIÉROLA Y BALTA y el Coronel PIP José CABRERA MÁRQUEZ.

[142] La Ley 23859 del 5 de julio de 1984 otorgó facultad al Poder Ejecutivo para que por medio de un decreto legislativo promulgase el Código Penal. Para ello, se formó una comisión revisora que estaba integrada por los doctores Javier ALVA ORLANDINI, Luis BRAMONT ARIAS, Hugo DENEGRI CORNEJO, Víctor ALFARO DE LA PEÑA, Guillermo BETTOCHI IBARRA, Oriel BOLDRINI POMAREDA, Edmundo HAYA DE LA TORRE, Segundo PEÑA REYNA, Víctor PÉREZ LIENDO, Juan PORTOCARRERO HIDALGO y Bonifacio QUISPE CUSI.

[143] Con algunas enmiendas se publica nuevamente en agosto de 1985.

[144] Por Resolución Ministerial Nº 193-85-JUS se conformó una comisión consultiva del Ministerio de Justicia que esta vez contaba con la colaboración de Edmundo HAYA DE LA TORRE, Luis BRAMONT ARIAS, Juan PORTOCARRERO HIDALGO, José TELLO CAMPODÓNICO y como secretario Jorge RODRÍGUEZ VÉLEZ.

bre de 1989 [145], Proyecto de Código Penal de julio de 1990 [146] y Proyecto de Código Penal de enero de 1991 [147].

e. Código Penal de 1991

342. Contenido del Código Penal de 1991

Este Código Penal se promulgó y se puso en vigencia a través del Decreto Legislativo Nº 635 del 3 de abril de 1991. El Código Penal buscaba concretar los postulados de la moderna política criminal sentando la premisa que el Derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de Derecho (Exposición de Motivos). El Código introduce un título preliminar con un conjunto de principios garantistas, y entre otras reformas el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de la comisión del delito, la omisión impropia, el error de tipo y prohibición, el llamado error de comprensión culturalmente condicionado, consentimiento, miedo insuperable, el actuar por otro, entre otros aspectos relativos al hecho punible. Resalta el sistema de penas, pues se unifica la pena privativa de libertad, se introducen las penas restrictivas de libertad, limitativas de derecho y se modifican criterios sobre la multa. Entre otros aspectos en la aplicación de la pena se consagra el principio de la co-culpabilidad de la sociedad, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, se proscribe la reincidencia y un conjunto amplio de innovaciones en la parte especial.

---

[145] En 1988 se instaló una nueva comisión revisora sobre la base de la Ley 23859 y 24901 a la que se le autorizó hacer cualquier tipo de reformas que estimaren pertinentes sobre el Proyecto del Código Penal de 1986. Dicha comisión la conformaron los doctores René NÚÑEZ DEL PRADO, Felipe OSTERLING PARODI, Rolando BREÑA PANTOJA, Flavio NUÑEZ IZAGA, Benjamín MANDUEÑO YANSEY, Duberly RODRÍGUEZ TINEO, Carlos ESPINOZA VILLANUEVA, Pedro MÉNDEZ JURADO, Luis BRAMONT ARIAS, Luis ROY FREYRE y Ricardo VÁSCONES VEGA. Colaboraron con dicha comisión los doctores Raúl PEÑA CABRERA, Carlos LECAROS CORNEJO, Felipe Andrés VILLAVICENCIO TERREROS, César SAN MARTÍN CASTRO, Luis LAMAS PUCCIO y Víctor PRADO SALDARRIAGA.

[146] Se publicó la parte general y especial.

[147] La última comisión revisora del proyecto estaba conformada por los senadores Javier ALVA ORLANDINI, Luis GAZZOLO MIANI y Absalón ALARCÓN DE RUEDA, los diputados Gilberto CABANILLAS BARRANTES, Eduardo LÓPEZ THERESE y José BAFFIGO TORRE, el representante del Ministerio Público, Pedro MÉNDEZ JURADO, del poder judicial, Carlos ESPINOZA VILLANUEVA, el representante del Ministerio de Justicia, Juan PORTOCARRERO HIDALGO, de la Federación Nacional de Colegio Abogados, Luis LÓPEZ PÉREZ, y del Colegio de Abogados de Lima, Luis BRAMONT ARIAS. Además contó con la colaboración de Roberto KEII. ROJAS, Gonzalo DE LAS CASAS y Raúl PEÑA CABRERA.

343. Literatura originada por el Código Penal de 1991

La literatura que origina el vigente código, cuenta con las obras de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ [148], Julio ARMAZA GALDOS [149], Julio BERNAL CAVERO [150], Juan José BLOSSIERS HÜME [151], Luis A. BRAMONT ARIAS [152], Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES [153], Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES [154], Dino Carlos CARO CORIA [155], José Antonio CARO JOHN [156], José Luis CASTILLO ALVA [157], Ricardo CUBA SALERNO [158], Francisco CHIRINOS SOTO [159], Percy CHOCANO NÚÑEZ [160], Gregorio ESPINOZA HIDALGO [161], Milko Robinson FLORES MUÑOZ [162], Manuel FRISANCHO APARICIO [163], Tomas Aladino GÁLVEZ VILLEGAS [164], Percy GARCÍA CAVERO [165], Flavio GARCÍA DEL RÍO [166], Gonzalo GÓMEZ MENDOZA [167], José HURTADO POZO [168], Miguel HUERTA BARRÓN [169], Jorge B. HUGO ÁLVAREZ [170], Silfredo HUGO

---

[148] ABANTO VÁSQUEZ, 2003; IDEM, 2000; IDEM, 1997.

[149] Julio ARMAZA GALDOS, 1994; IDEM, 1992; IDEM, 2004.

[150] BERNAL CAVERO, 1997.

[151] BLOSSIERS HÜME, 2003.

[152] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001.

[153] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001; LUIS A. BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998; IDEM, 1998a.

[154] LUIS M. BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000.

[155] CARO CORIA, 1999; IDEM, 1995.

[156] CARO JOHN, 2002.

[157] CASTILLO ALVA, 2005; IDEM, 2002; IDEM, 2001.

[158] CUBA SALERNO, 2002.

[159] CHIRINOS SOTO, 1993.

[160] CHOCANO NÚÑEZ, 1992.

[161] ESPINOZA HIDALGO, 2004.

[162] FLORES MUÑOZ, 1994.

[163] FRISANCHO APARICIO, 2000.

[164] GÁLVEZ VILLEGAS, 2004; IDEM, 2001.

[165] GARCÍA CAVERO, 2005; IDEM, 2003; IDEM, 2003a.

[166] GARCÍA DEL RÍO, 2004; IDEM, 2002.

[167] GÓMEZ MENDOZA, 1996a.

[168] HURTADO POZO, 2005; IDEM, 1995; IDEM, 1995a.

[169] HUERTA BARRÓN, 2000.

[170] HUGO ÁLVAREZ, 2002; IDEM, 2000.

VIZCARDO [171], Luis LAMAS PUCCIO [172], Juan MARCONE MORELLO [173], Julio F. MAZUELOS COELLO [174], Iván MEINI MÉNDEZ [175], Javier Ysrael MOMETHIANO SANTIAGO [176], Iván NOGUERA RAMOS [177], Jelio PAREDES INFANZÓN [178], Jorge M. PAREDES PÉREZ [179], Mariano PELÁEZ BARDALES [180], Raúl PEÑA CABRERA [181], Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE [182], Juan PORTOCARRERO HIDALGO [183], Víctor R. PRADO SALDARRIAGA [184], José Leandro REAÑO PESCHIERA [185], James REÁTEGUI SÁNCHEZ [186], Luis M. REYNA ALFARO [187], Jorge RODRÍGUEZ VÉLEZ [188], Fidel ROJAS VARGAS [189], Ricardo SALAS ZÚÑIGA [190], Ramiro SALINAS SICCHA [191], Eliseo TALANCHA CRESPO [192], José URQUIZO OLAECHEA [193], Carlos Shikara VÁSQUEZ SHIMAJUKO [194], Javier VILLA STEIN [195], Felipe A. VILLAVICENCIO TERRE-

---

[171] HUGO VIZCARDO, 2002; IDEM, 2002a; IDEM, 2000; IDEM, 1995.

[172] LAMAS PUCCIO, 1996; IDEM, 1992; IDEM, 1992a.

[173] MARCONE MORELLO, 1994.

[174] MAZUELOS COELLO, 1996; IDEM, 1995.

[175] MEINI MÉNDEZ, 1999.

[176] MOMETHIANO SANTIAGO, 2003.

[177] NOGUERA RAMOS, 1995; IDEM, 1992.

[178] PAREDES INFANZÓN, 2000.

[179] PAREDES PÉREZ, 1994.

[180] PELÁEZ BARDALES, 2001.

[181] PEÑA CABRERA, 1997; IDEM, 1992-1996; IDEM, 1994.

[182] PEÑA CABRERA FREYRE, 2004.

[183] PORTOCARRERO HIDALGO, 2003; IDEM, 1999; IDEM, 1999a; IDEM, 1996.

[184] PRADO SALDARRIAGA, 1996; IDEM, 1994; IDEM, 1993; IDEM, 2000.

[185] REAÑO PESCHIERA, 2004; IDEM, 2002.

[186] REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2002.

[187] REYNA ALFARO, 2002; IDEM, 2003.

[188] RODRÍGUEZ VÉLEZ, 2002; IDEM, 1995.

[189] ROJAS VARGAS, 2004; IDEM, 2002; IDEM, 2000a; IDEM, 1997.

[190] SALAS ZÚÑIGA, 1992.

[191] SALINAS SICCHA, 1998; IDEM, 2000; IDEM, 2002.

[192] TALANCHA CRESPO, 1993.

[193] URQUIZO OLAECHEA, 2000.

[194] VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2004.

[195] VILLA STEIN, 1998; IDEM, 1998a; IDEM, 1997; IDEM, 1997a.

ROS [196], Carlos Enrique ZARZOSA CAMPOS [197], Alberto ZEBALLOS ALÉ [198], Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ [199], entre otros autores que han escrito artículos y ensayos.

f. Anteproyecto de Parte General del Código Penal de 2004

La Ley 27837 del 4 de octubre de 2002 crea una comisión especial encargada de revisar el texto del Código Penal de 1991, las normas modificatorias y la adecuación de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y demás instrumentos internacionales. La comisión [200] ha concluido la primera parte de su trabajo y ha entregado a la comunidad jurídica la nueva parte general del Anteproyecto [201] que contiene una serie de modificaciones que responden a los avances de la jurisprudencia y la legislación sobre la materia. Cuenta con un Título Preliminar cuyas más importantes incorporaciones son el reconocimiento de la analogía *in bonam partem*; los principios de proporcionalidad, protección a la víctima, humanidad y necesidad, *ne bis in idem*. Además, se han realizado algunas modificaciones en la teoría del hecho punible: una nueva alternativa a la fórmula de la omisión impropia, modificaciones en la inimputabilidad por alteración en la percepción, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, obediencia

344. Anteproyecto de la parte general del Código Penal de 2004

[196] VILLAVICENCIO TERREROS, 2002.

[197] ZARZOSA CAMPOS, 1993.

[198] ZEVALLOS ALÉ, 1997.

[199] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001.

[200] La comisión que elaboró la parte general, estuvo integrada por tres congresistas de la República: los doctores Alcides CHAMARRO BALVÍN (Presidente de la Comisión), Mauricio MULDER BEDOYA y Eduardo SALHUANA CAVIDES; dos representantes del Poder Ejecutivo, doctores Alcides CHINCHAY CASTILLO y Fidel ROJAS VARGAS; dos representantes del Poder Judicial, doctores Robinson G. GONZÁLES CAMPOS, Dino Carlos CARO CORIA y un representante alterno doctor Aldo FIGUEROA NAVARRO; un representante del Ministerio Público, doctor Mateo G. CASTAÑEDA SEGOVIA; tres representantes de las Universidades de la República, doctores Juan PORTOCARRERO HIDALGO (Vicepresidente de la Comisión), Luis ROY FREYRE e Iván NOGUERA RAMOS; dos representantes de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, doctores Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES y Gastón MOLINA HUAMÁN; y un representante de la Defensoría del Pueblo, doctor Iván MONTOYA VIVANCO. Intervinieron como asesores de la presidencia de la comisión los doctores Felipe Andrés VILLAVICENCIO TERREROS, Juan Carlos PORTOCARRERO ZAMORA, Jorge OLIVERA VANINI, Lesly LLATAS RAMÍREZ y la asistente de la comisión Janet MORALES ESPINOZA.

[201] *Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General*, Biblioteca del Congreso del Perú, Lima abril 2004.

jerárquica, actuar por otro, etc. En el sistema de penas: limitación a la cadena perpetua, eliminación de la pena de expatriación de nacionales, se introduce un sistema de determinación y fundamentación de la pena, entre otras reformas.

Capítulo V
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Sumario: §24. Aplicación temporal. **§25.** Aplicación espacial. **§26.** Aplicación personal.

Bibliografía

Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Ezequiel Malarino, Konrad Temis, Montevideo 2005; Idem, *El nuevo derecho penal internacional*, Ara, Lima 2004. / Kai Ambos/Ezequiel Malarino (editores): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck de Derecho penal Extranjero e Internacional, Montevideo 2003. / Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Jan Woischnik (editores): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2005. / José Luis Amadeo: *La ley penal más benigna según la jurisprudencia de la Corte*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / Carlos Blanco Lozano: *Principios espaciales y personales de aplicación del derecho penal español*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 73, enero, Madrid 2002; Idem, *La aplicación temporal de las normas penales*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 71, Madrid 2000. / Luis María Bonetto: *Corte penal internacional*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / Luis Alberto Bramont-Arias Torres: *Aplicación de la ley penal vigente-Retroactividad favorable de la ley penal*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; Idem, *Retroactividad descriminalizadora de la ley penal*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / Francisco Bueno Arús: *Nociones básicas sobre extradición*, en Documentación Jurídica, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Nº 24 (octubre-diciembre), Madrid 1979. / Dino Carlos Caro Coria: *Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado*, en Arsenio Oré Guardia, *Medidas limitativas de derechos fundamentales* (Primer módulo), Seminario de Derecho Procesal Penal I, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho Penal, PUCP, Lima 2004. / José Antonio Caro John: *La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 4, Grijley, Lima 1994. / José Luis Castillo Alva: *Principio de igualdad ante la ley penal*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / Raúl Cervini: *La jurisdicción penal internacional en el contexto jurídico-político de América Latina*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro

Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, 2ª ed., CAJ, Lima 2004; IDEM, 1ª ed., 2001. / CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Bogotá 1998. / RIGHTS AND DEMOCRACY, *Manual para la Ratificación e Implementación del Estatuto de Roma*, Vancouver, 2000. / M. DELMAS-MARTY/ J. A. E. VERVAELE: *The Implement of the Corpus Juris in the Member States* (3 Volúmenes), Intersentia, Antwep-Groningen-Oxford 2000. / CASIMIRO GARCÍA BARROSO: *Interpol y el procedimiento de extradición*, Edersa, Madrid 1982. / MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Vigencia de las leyes penales temporales*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid 1981. / PETER GÓMEZ LUCANA: *Recensión al Código Penal (1ª. ed.) de Felipe Villavicencio*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año 1, Nº 2, Lima 1993. / VÍCTOR GUERRERO APRÁEZ: *La Corte Penal Internacional como Instrumento de los Derechos Humanos*, en Estatuto de la Corte Penal Internacional, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Colombia 1998. / SALVADOR MARTÍN HERENCIA CARRASCO: *La implementación del Estatuto de Roma en la región andina. Los casos de Bolivia, Colombia y Perú*, Comisión Andina de Juristas, Lima 2005; IDEM, *El establecimiento de la Corte Penal Internacional y la nueva justicia internacional*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / ALBERTO HUAPAYA OLIVARES: *La Extradición*, Gráfica Horizonte, Lima 2000. / ELIZABETH SALMÓN, *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, IDEI - PUCP Fondo Editorial, Lima 2001. / JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ: *La retroactividad penal favorable: una cuestión de proporcionalidad*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 14, Lima julio-2004; IDEM, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Cuadernos Civitas, Madrid 2000. / JULIO B. J. MAIER: *Derecho Procesal Penal*, T. I (Fundamentos), 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires 2002. / IVÁN MEINI MÉNDEZ: *¿Aplicación retroactiva de beneficios penitenciarios?*, en Actualidad Jurídica, T. 123, Lima 2004. / MARCO MONROY CABRA: *Régimen jurídico de la extradición*, Temis, Bogotá 1987. / FABIÁN NOVAK TALAVERA: *Antecedentes históricos del Estatuto de Roma: la posibilidad de juzgar individuos en el Derecho Internacional*, en La Corte Penal Internacional y las Medidas para su implementación en el Perú, Fondo Editorial PUCP, Lima 2001. / JOSÉ PAREJA PAZ-SOLDÁN: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3ª ed., Ediciones Justo Valenzuela, Lima 1984. / ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: *Algunas notas sobre el principio de legalidad*, en Debate Penal, Año 2, Nº 5, Lima 1988. / MARTA DEL POZO PÉREZ: *La extradición: la más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos*, en Hacia un derecho penal sin fronteras, Colex, Madrid 2000. / ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Instituto Francisco de Victoria, Madrid 1955. / RIGHTS AND DEMOCRACY - THE INTERNATIONAL CENTRE FOR CRIMINAL LAW REFORM AND CRIMINAL JUSTICE POLICY, *Corte Penal Internacional, Manual para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma*, Vancouver 2000. / PERCY REVILLA LLAZA: *Momento de comisión del delito*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / LUIS MIGUEL REYNA ALFARO: *Principio de territorialidad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Principio de extraterritorialidad*, Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Principio de representación*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Excepciones al principio de territorialidad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Lugar de comisión del delito. Principio de ubicuidad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA: *Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica*, en Doctrina Penal, Nº 40, octubre-diciembre, Buenos Aires 1987. / CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Vol. I, Grijley, Lima 2003. / HANS SCHULTZ: *Les problémes*

actuel de l'extradition, en Revue Internationale de Droit Pénal, Nºs 3 y 4, 1974. / KLAUS TIEDEMANN: *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona 1985. / JOSÉ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO: *La nueva ley de extradición, visión crítica a parte de un proceso*, en Thémis, Nº 12, Lima 1988. / JOSÉ URQUIZO OLAECHEA: *El principio de combinación en el nuevo Código Penal*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año I, Nº 1, Lima 1993. / JAVIER VALLE-RIESTRA: *La Extradición (Principios, Legislación, Jurisprudencia)*, AFA, Lima 1989. / EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: *La reacción penal en el Código Penal tipo Latinoamericano frente a la Convención Americana de Derechos Humanos y a las actuales demandas de la política criminal continental*, en Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas. Disyuntivas, Hammurabi, Buenos Aires 1982.

§24. Aplicación temporal de la ley penal

345. Aplicación temporal de la ley penal

La **aplicación temporal** o **vigencia temporal de la ley penal** constituye el conjunto de principios o reglas que tratan del conflicto entre diferentes leyes penales en el tiempo en relación a un hecho imputado.

346. Irretroactividad de la ley penal

Una de las garantías que origina el principio de legalidad es que la ley penal es irretroactiva (artículo 103, segundo párrafo, Constitución). La **irretroactividad** supone que la ley penal sólo es aplicable a los hechos cometidos después de su puesta en vigencia, y a ellas se les impone las consecuencias jurídicas que ésta señale. Este principio de irretroactividad de la ley penal se refiere a la de la ley penal más gravosa, pues existe la retroactividad de la ley penal más favorable.

a. Vigencia y derogación

347. Validez social de la ley penal

La ley es fiel expresión del cambio dinámico que se genera en la sociedad, por ello, se puede afirmar que «la ley es la expresión fragmentaria de la cultura siempre cambiante» [1]. Algunas leyes se vuelven inoperantes y, por ende, dejan de cumplir una necesidad social. Esta situación de actualización origina que las leyes innecesarias sean reemplazadas por otras que son consideradas eficaces en relación a las nuevas situaciones sociales.

348. Vigencia de la ley penal

La ley penal está **vigente** desde que es obligatoria (artículo 109, Constitución), hasta su derogación (artículo I, Título Preliminar, Código Civil). Promulgada la ley penal por el Presidente de la República o por el Presidente del Congreso, ésta entra en vigencia desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial. La excepción a este principio se presenta en los casos en que la propia ley establezca una disposición diferente, donde se posterga su vigencia en todo o en parte.

---

[1] PEÑA CABRERA, 1997, p. 233.

349. *Vacatio legis*

El período que media entre el final de la publicación y su entrada en vigencia se denomina ***vacatio legis*** [2]. Durante este período, la ley penal, como también cualquier otra ley, no puede ser aplicada, estando vigente la ley que le antecede [3]. En nuestro país la experiencia legislativa muestra que el período de la *vacatio legis* es, por lo general muy corto, pero si lo dispone la ley puede ser ampliado [4].

350. Derogación de la ley penal

La vigencia de la ley penal concluye con la **derogación** que sólo es posible por otra ley y por declaración expresa de incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o cuando la materia de ésta esté íntegramente regulada por aquella. No pueden ser derogadas por disposiciones de menor jerarquía (Decreto Supremo, Resolución Suprema, etc.). Tampoco el desuso de la ley (*desuetudo*) puede generar su derogación [5]. Además, por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado (artículo I *in fine*, Título Preliminar, Código Civil). También una ley penal puede quedarse sin efectos si el Tribunal Constitucional declara su inconstitucionalidad. La sentencia del Tribunal que declara su inconstitucionalidad, en todo o en parte, no tiene efectos retroactivos (artículo 204, Constitución) [6].

b. Irretroactividad

351. *Tempus regit actum*

En principio, la ley penal sólo se aplica a aquellos hechos que se encuentren dentro del tiempo en que ésta entró en vigencia hasta su derogación [7]. El concepto corresponde al «***tempus regit actum***», donde se debe aplicar una ley a

---

[2] CEREZO MIR, 2003, I, p. 175. El Código Penal suizo del 21 de diciembre de 1937 entró en vigencia el 1 de enero de 1942, la parte general del StGB alemán del 4 de junio de 1969 entró en vigor el 1 de enero de 1975 (*Ibidem*).

[3] Debido a las consecuencias que puede generar la aplicación de la ley penal, algunos autores recomiendan una *vacatio legis* superior a los veinte días, pues consideran que, con este lapso, se permite su completo conocimiento, tanto para los magistrados, que están obligados a aplicar a determinados hechos, como para los ciudadanos, quienes por su conducta ilícita son susceptibles a asumir las consecuencias penales (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 136).

[4] *Vid.* BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M., 2000, p. 90.

[5] Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 290, num. 765.

[6] «Por elementales razones de seguridad jurídica, el tribunal de control constitucional no puede decidir regresivamente sobre sus propias decisiones, porque las garantías son de realización progresiva y no es admisible el regreso cuando se marcó un nivel más avanzado» (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 119).

[7] En el Estatuto de Roma también se expresa el principio de irretroactividad en el artículo 24, numeral 1: «*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*».

un hecho que ella considere ilícito desde el momento de su vigencia [8]. El deber de aplicar la ley se excluye cuando un hecho se cometió antes de su vigencia y, por ello, es necesario hablar del principio de irretroactividad o prohibición de retroactividad de la ley penal. Se procura que una conducta sea anunciada bajo determinados presupuestos como ilícita, con anterioridad y con tiempo suficiente [9]; y consecuentemente con ello, declarar a esta conducta como punible mientras esté en vigor la ley que así lo estipule. El *regit actum* y el principio de irretroactividad de la ley penal «son, en realidad, el anverso y el reverso de una misma moneda» [10].

352. Origen de la irretroactividad de la ley penal

En su *origen*, el principio de la irretroactividad de la ley penal tuvo una connotación política. Fue dictado por primera vez en la Constitución de Maryland de 1776 (artículo 14 y 15) de los Estados norteamericanos y luego proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1791 (artículo 8) y la Constitución de 1793 (artículo 14) en Francia [11] [12]. Para el Derecho Penal se considera que fue von FEUERBACH el primero en proponer este principio [13].

353. Fundamentos para la irretroactividad de la ley penal

Existen dos *fundamentos* para este principio: constitucional y penal [14]. El fundamento constitucional responde a la idea de seguridad jurídica para que los ciudadanos no puedan ser sorprendidos posteriormente con una prohibición desconocida, o al menos desconocida en el momento de la

---

[8] En ese instante, «debió obrar la intimidación disuasoria sobre la voluntad» (BRAMONT ARIAS, Luis A./BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., 2001 p. 149).

[9] Cfr. HASSEMER, 1984, p. 320.

[10] HURTADO POZO, 2005, p. 293, num. 779.

[11] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 196.

[12] Pero en estas disposiciones la prohibición se refería solamente a las leyes penales. Con la Constitución del 5 de Fructidor del Año III, se menciona también las leyes civiles («ninguna ley criminal o civil puede tener efecto retroactivo») (HURTADO POZO, 2005, p. 294, num. 784).

[13] En la actualidad, este principio ya no es entendido como la *magna charta* del delincuente (von LISZT) que aseguraría la impunidad al delincuente si supiera escaparse de las mallas de la ley (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 147).

[14] MAURACH/ZIPF reconducen esta prohibición a través de dos orígenes independientes: primero, desde el punto de vista del derecho público, donde es determinante para su vigencia el reconocimiento de una esfera individual de prescindencia estatal, del quehacer libre y sin prohibiciones: «nadie debe ser sorprendido con penas por hechos suyos que, a la fecha de la realización, eran irrelevantes para el derecho penal; nadie debe sufrir penas más severas que las conminadas al momento del hecho»; y desde el punto de vista de la política criminal, donde este principio aparece justificado por la ausencia de sentido de una pena retroactivamente aplicada: «tal pena no es compensación de culpabilidad, porque no se conecta a culpabilidad alguna, y tampoco puede operar preventivamente, porque al tiempo de comisión faltaba la coacción inhibitoria de la conminación penal» (1994, p. 196).

actuación [15]. Así, este principio aparece cumpliendo una función garantista de impedir la arbitrariedad [16] por parte del Estado [17]. El fundamento penal implica que la ley penal busca prevenir la ejecución de hechos delictivos a través de la imposición de deberes y la amenaza con una pena (*prevención general*) [18].

354. Irretroactividad del íntegro derecho material

La prohibición de la retroactividad no sólo alcanza a disposiciones de la parte especial del Código Penal sino también a disposiciones de la parte general, pues debe tomarse en cuenta el «*íntegro derecho material*» del que depende la admisibilidad de la sanción [19].

355. Aplicación temporal de la norma complementaria a leyes penales en blanco

En relación a las **leyes penales en blanco** [20], se discute si el principio de irretroactividad debe aplicarse a las leyes o disposiciones que las complementan [21]. Por nuestra parte, compartimos el criterio que «las leyes situadas fuera del orden penal, si bien en sí mismas, por no constituir leyes penales, no son retroactivas, son retroactivas en cuanto son parte integrante de la ley penal» [22]. El principio de irretroactividad se aplica tanto a la ley penal en blanco como a las leyes o disposiciones de menor jerarquía que se integran a ella. Sin embargo, el problema no es tan simple, pues si bien, se pueden presentar normas de complemento que se encuentran vigentes al tiempo de la promulgación de la ley en blanco, también puede ser que la norma de complemento sea dictada en el futuro. Ejemplo: el delito de abuso de poder económico –artículo 232 Código

---

[15] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 181. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 147; BACIGALUPO, 1998, p. 122.

[16] BUSTOS, 2004, I, pp. 567-568.

[17] «La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho» (ROXIN, 1999, p. 161, num. 51).

[18] BACIGALUPO, 1998, p. 122.

[19] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 198.

[20] *Supra* núms. margs. 282 y ss.

[21] Sobre las diferentes teorías que el caso de las leyes penales en blanco, dan o niegan efecto retroactivo a la normatividad de complemento: *vid.* SANTANA VEGA, 2000, pp. 87 y ss.

[22] CÓRDOBA RODA, en MAURACH, 1962, I, p. 144. BUSTOS, 2004, I, p. 597; GARCÍA CAVERO, 2003, pp. 203-204. Cfr. ZAFFARONI, 1980, p. 465.

Penal de abril de 1991– que fue completado por una norma extrapenal de naturaleza administrativa contenida en el artículo 19 segundo párrafo del Decreto Legislativo 701 del 7 de noviembre de 1991 [23], supuesto en el que la operatividad de la ley sólo se produce con la promulgación de la norma complementaria [24].

También se discute si el principio de irretroactividad comprende a las **medidas de seguridad** [25]. La prohibición de retroactividad a las medidas de seguridad, a primera vista, parece evidente, ya que ellas no son respuestas del pasado (retribuir a lo injusto cometido), sino aseguramiento del futuro (defensa de peligros futuros) [26]. El carácter marcadamente preventivo especial de las medidas –que, por ello se dice, son siempre más favorables– inspiran este criterio legal. En este sentido, el principio es la retroactividad y la excepción la irretroactividad. Sin embargo, las dudas sobre los efectos preventivo-especiales de las medidas de seguridad (reeducación, reinserción) no nos permiten afirmar que ellas sean siempre favorables. Por esta razón, se sugiere la aplicación de los principios de irretroactividad y de retroactividad benigna a las medidas de seguridad [27] [28].

356. Aplicación temporal de las medidas de seguridad

En cuanto a **las leyes procesales penales**, aunque en nuestra legislación no se prevé norma expresa, consideramos que son irretroactivas, salvo que sean favorables o que expresamente dispongan la retroactividad [29]. Una corriente procesalista, basándose en la teoría de las normas, ha señalado que salvo en materia de competencia, la ley procesal no es retroactiva posterior a la comisión, ya que debe tenerse en cuenta que el objeto de las leyes procesales son los actos del proceso y no los hechos delictivos

357. Aplicación temporal de las leyes procesales penales

---

[23] Abanto Vásquez, 2000, p. 40 y 46.

[24] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 109.

[25] Ejemplo: *internación* (artículo 74 y 75, Código penal) y *tratamiento ambulatorio* (artículo 76, Código penal).

[26] Hassemer, 1984, p. 321.

[27] Véase artículos 2, numeral 1 y 2 del Código Penal español de 1995.

[28] Pérez Pinzón opina que las medidas de seguridad también están sometidas al principio de legalidad, y que además equivalen a penas. «De manera de que si de varias leyes se concluye que alguna mejora, empeora o mantienen la situación de los inimputables sometidos a medidas, el juez debe acudir a la que más favorezca la vida del recluso» (1996, pp. 241-242).

[29] Hurtado Pozo (2005, p. 328, num. 884) considera que es preferible una aplicación discriminada de la regla de la retroactividad de las leyes procesales: No hay que admitirla en los supuestos que comporten una agravación de la situación del procesado.

enjuiciados [30] [31]. Pero aún así, no hay que olvidar que no se puede hacer una separación entre normas materiales o penales y formales o procesales, debido a que ambas se encuentran indisolublemente unidas. «Son dos aspectos de la misma realidad, dentro de la cual las normas formales sirven para la realización o efectividad de las normas materiales» [32]. Estas normas no se pueden distinguir en el ámbito de la punibilidad [33]. La jurisprudencia, anterior al Código Penal vigente, parecía también aceptar esta idea [34]:

Jurisprudencia:

«El principio de retroactividad de la ley penal más benigna tiene jerarquía constitucional y prima sobre cualquier otra disposición legal. La ley procesal penal también se encuentra comprendida dentro de este principio» [35].

358. Irretroactividad de las leyes procesales penales

Sin embargo, la problemática de la vigencia temporal de la ley procesal penal no es pacífica. Para MAIER, «en materia procesal penal, no está prohibido (es admisible) que la ley se aplique retroactivamente, según ella misma lo puede establecer, aunque esa forma de aplicación no pueda

---

[30] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 116.

[31] Algunos como MAURACH/ZIPF consideran que «la prohibición de la retroactividad sólo rige para aquellas normas que fijan las consecuencias jurídicas de un hecho cometido, es decir, para el derecho penal material. Por el contrario, no quedan afectadas por la prohibición de retroactividad aquellas normas que rigen el procedimiento, trátese del proceso penal en sí, o de la ejecución» (1994, pp. 197-198). LUZÓN PEÑA considera que hay normas que se mezclan con las normas penales. Así pues, «*las normas sobre responsabilidad civil derivada de delitos* no son leyes penales, sino de Derecho privado, aunque conexas y coadyuvantes con las penales. Exactamente lo mismo ocurre con las *leyes procesales penales*, incluso con aquellas que regulan instituciones de naturaleza mixta, donde los criterios, principios y fines penales sustantivos se mezclan en los procesales (...). La consecuencia es que, como normas no penales, no se rigen por las reglas de irretroactividad y retroactividad (...), en general no serían retroactivas, pero pueden disponer lo contrario» (1999, pp. 192-193).

[32] BUSTOS, 2004, I, p. 597.

[33] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 116.

[34] Aunque hay otras jurisprudencias que no asumen dicha idea: «*El beneficio de la retroactividad penal debe entenderse de aplicación a la Ley Penal Sustantiva, mas no a la norma procesal. (...) No puede, mantenerse el mismo status procesal del imputado si es que durante el proceso se establece que el delito cometido merece detención, aun cuando en la fecha en que se le procesó, no regía la modificación de la Ley 24388*». Exp. 209-86, Undécimo Tribunal Correccional de Lima en CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 1988, p. 236.

[35] Exp. 10-85, Octavo Tribunal Correccional de Lima en CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 1988a, p. 97.

pretender cumplir una de las principales funciones políticas de la ley en relación con los hechos ya sucedidos» [36]. Por su parte, SAN MARTÍN CASTRO no admite la argumentación de retroactividad, pues considera que las normas procesales no son normas de materia penal, por consiguiente, «si durante el transcurso del proceso se modifican en sentido negativo las instituciones procesales que inciden en derechos individuales, su aplicación estricta está condicionada a que no modifiquen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior» [37] [38]. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también niega la retroactividad al expresar que, «*en el derecho procesal, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen*» [39].

359. Fundamentos para la irretroactividad de las leyes de ejecución penal

También es problemática la retroactividad de las leyes de ejecución penal. En el ámbito de los beneficios penitenciarios, reciente jurisprudencia viene sosteniendo que no pueden retrotraerse por las mismas objeciones que se le establecen a las leyes procesales [40].

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

«*En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios, resulta ejemplar la Ley Nº 27770 –que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen*

---

[36] MAIER, 2002, p. 247. Señala ROSAS YATACO que «el principio general es la irretroactividad de la ley procesal sin embargo la excepción a esta regla es la retroactividad, siempre que favorezca al procesado. Pues, la irretroactividad de la norma procesal es poner freno al Estado para evitar que las personas sean privadas de su libertad ambulatoria por motivos distintos de la comisión de un hecho punible. Situación esta que se debe evitar, puede ocurrir que por la manipulación de la estructuración de los delitos –mucho más aún– por la manipulación de la forma en que está modelado el proceso» (2003, pp. 123-124).

[37] SAN MARTÍN CASTRO, 2003, I, p. 26.

[38] Si las nuevas normas procesales restringen el contenido de derechos y garantías al ciudadano y les son menos ventajosas que las leyes anteriores no puede darse el efecto retroactivo. Si se aplica la nueva ley más restrictiva, desplazará sus efectos sobre determinado acto procesal que estaba bajo la vigencia de una ley anterior, dándose, lo que llamarían algunos, «la retroactividad perjudicial de la ley procesal» (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 142-143). Cfr. CEREZO MIR, 2003, I, p. 182.

[39] Fundamento 9, STC Exp. 1300-2002-HC/TC.

[40] Sobre argumentos que defienden la no aplicación retroactiva de los beneficios penitenciarios *vid.* MEINI MÉNDEZ, 2004, pp. 9-13.

delitos graves contra la Administración Pública–, y que, a su juicio, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados. En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo a normas como la Ley Nº 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio tempus regis actum, *pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse»* [41].

En otro sentido, consideran que la aplicación de la ley al condenado debe ser la más apta y no la más favorable (la «*lex favorabilior*» se limita

---

[41] STC de 10 de diciembre del 2003, fundamentos 9-10, Exp. 2196-2002-HC/TC. Jurisprudencia: «*Que este mismo criterio jurisprudencial sobre la no aplicación de la ley posterior que atenta contra los derechos del procesado, ha sido alegado por el Señor Fiscal Supremo, al emitir el dictamen, como representante del Ministerio Público ante la Vocalía de Instrucción, que se ha pronunciado en primera instancia con fecha veinticinco de setiembre del año próximo pasado, considerando que sí es aplicable la ley posterior por ser una disposición especial de aplicación inmediata conforme a su propio texto; apreciación que comparte este Colegiado en tanto estas últimas disposiciones no sean contrarias a las garantías constitucionales del numeral tres, once y veintidós del artículo ciento treinta y nueve*» (Ejecutoria Suprema del 6 de enero del 2004, Exp. 014-2001). Voto Singular de BIAGGI GÓMEZ: «*Que, previamente, a pasar a discutir a fondo, hay que determinar ante qué clase de norma estamos, si ante una norma penal sustantiva o ante una norma procesal penal, las primeras han sido definidas como las que tipifican conductas graves e imponen sanciones y las segundas como leyes de producción, que tiene actuación en los procedimientos judiciales, que resuelven casos concretos a partir de normas generales, en estas últimas hay que distinguir las normas comunitarias y normas institucionales, las primeras no tienen el carácter de generales y rigen para un ámbito privado y las segundas son de orden público y rigen para casos generales, que por la grave repercusión que pueden tener la aplicación de las normas procesales penales dentro de un proceso para la libertad de una persona es que alguna de ellas han adquirido la categoría de garantías constitucionales que integran el debido proceso; en este orden de ideas, cuando se infringen estas normas procesales penales constitucionales, entre las que se encuentra la aplicación de la ley más favorable al reo o sentenciado en caso de conflicto de leyes en el tiempo, en este sentido, están incluidas también las leyes penales penitenciarias, en ambos casos rige el principio de la benignidad de la ley penal, previsto en el inciso segundo del artículo ciento tres de la Constitución en este sentido el Tribunal Constitucional en sus últimas ejecutorias ha establecido que se aplica la ley vigente a los procesos en trámite desde su promulgación, pero siempre que no limiten derechos constitucionales; que la ley numero veinte siete mil setecientos setenta del doce de junio del año dos mil dos de carácter procesal penitenciario no se aplica retroactivamente si el sentenciado ya había cumplido el término exigido por la ley anterior para otorgar semilibertad cuando entre en vigencia la nueva ley más restrictiva aplicando el uno por cinco (...), por otro lado el mismo tribunal también ha establecido que en lo que respecta a la retroactividad y la interpretación del beneficio penitenciario de semilibertad, la nueva ley, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial*».

por la «*lex aptior*») [42]. Las normas de ejecución penal aunque limitan derechos a los condenados no pueden hallarse fuera de la legalidad, y si son aspectos autónomos del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, en la realidad, se dirigen a un mismo fin y actúan siguiendo los principios constitucionales consagrados para estos cuerpos legales, en el campo de la punibilidad [43]. «El art. 103 pf. 2 de la constitución no distingue entre normas materiales, procesales o penitenciarias, únicamente proscribe la retroactividad de la ley penal perjudicial. Y un principio esencial del Derecho penal se cifra en adoptar la interpretación más favorable, lo que en este caso implica proscribir toda concepción restringida de la cláusula constitucional. Así, la prohibición de retroactividad perjudicial alcanza inevitablemente a las normas de ejecución penal que afectan la libertad del condenado» [44]. Nuestro Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo Nº 654) también expresa la retroactividad benigna a favor del reo en el artículo VIII de su Título Preliminar: *«La retroactividad y la interpretación de este código se resuelven en lo más favorable al interno»*.

360. Fundamentos para la retroactividad de las leyes de ejecución penales

Con respecto a la jurisprudencia, el problema no es la irretroactividad o retroactividad de las decisiones judiciales debido a que ellas no tienen carácter de leyes. La modificación de la jurisprudencia, mejor dicho aún, una revisión de la condena anterior como consecuencia de un cambio o de una interpretación posterior más favorable, no está sujeta a la prohibición de la retroactividad [45] [46].

361. Aplicación temporal de la jurisprudencia

c. Retroactividad de la ley favorable

Una excepción al principio anterior viene a ser la retroactividad de la ley más favorable o retroactividad benigna. En la **retroactividad**, un hecho se

---

[42] *Vid.* Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 117.

[43] *Loc. cit.*

[44] Caro Coria, 2004a, p. 666.

[45] Wessels, 1980, p. 15.

[46] «Cuando una acción que hasta ese momento era considerada lícita pasa a ser tratada como ilícita en razón de un nuevo criterio interpretativo, no puede serle reprochada al agente, porque eso equivaldría a pretender no sólo que los habitantes deban abstenerse de lo que la jurisprudencia considera legalmente prohibido, sino también todo lo que podría llegar a considerar prohibido en función de posibles e innovadores criterios interpretativos.(...) Cuando la jurisprudencia con valor indicativo general cambia de criterio y considera atípica una acción que hasta ese momento valoró como típica (...), provoca un escándalo jurídico, pues dos personas que realicen idénticas acciones reguladas por la misma ley, resultarán juzgadas de modo que una sea condenada y otra absuelta, sólo porque la primera fue juzgada antes» (Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 119).

362. Retroactividad y ultractividad benigna

retrotrae a los efectos de la ley vigente durante la determinación de la sentencia que es más favorable que la ley que estaba vigente en el momento de la comisión del hecho. La **retroactividad benigna** se complementa con la **ultractividad** de la ley penal. Esta última, supone que un hecho se rige por la ley penal vigente al tiempo de su comisión por ser más favorable que la nueva ley.

Jurisprudencia [47]

«En caso de conflicto en el tiempo de la Ley penal se aplicará la Ley posterior si es más benigna que la Ley vigente al momento de comisión del evento» [48]. En otro supuesto: *«En el presente caso el delito imputado a los acusados ocurrió en 1971, encontrándose previsto en el artículo 150 del Código Penal de 1924 con pena de penitenciaría no menor de seis años ni mayor de veinte; que siendo esto así, es de aplicación al caso materia de autos la primera norma legal invocada por ser más favorable al reo en atención del principio de ultractividad benigna»* [49].

363. Definición normativa de retroactividad benigna

Nuestro ordenamiento jurídico penal autoriza la aplicación retroactiva de la ley penal favorable al reo. La Constitución lo señala en el artículo 103 (luego de la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley 28389, de 17 de noviembre de 2004): «La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal, cuando favorece al reo». En el Código Penal, el artículo 6 expresa que «la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales». El Estatuto de Roma en el artículo 24, numeral 2, señala que «de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena».

Jurisprudencia [50]

«El delito materia de juzgamiento se encuentra previsto y sancionado por el artículo 369 del Código Penal derogado, vigente cuando ocurrieron los hechos y de aplicación

---

[47] *«En caso de existir conflicto de leyes penales, la norma que favorece al reo es la que resulta aplicable, aunque el hecho se hubiere perpetrado durante la vigencia de una norma más severa»*. Exp. 209-95-Ucayali, en *Anales Judiciales* LXXXIII, p. 305. Sobre la prohibición de retroactividad contra reo y adecuación de pena, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 1234-2004-HC/TC Lima.

[48] Ejecutoria Suprema del 17 de octubre de 1995, Exp. 306-092-A, en ROJJASI PELLA, 1997, pp. 74-76.

[49] Ejecutoria Suprema del 17 de agosto de 1998, Exp. 1207-97, La Libertad, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 67.

[50] Otras jurisprudencias: Ejecutoria Suprema del 9 de diciembre de 1994, Exp. 3218-93-B-Lambayeque, en GÓMEZ MENDOZA, 1996, p. 162; Ejecutoria Suprema del 29

por ser más favorable a los procesados, pues el quantum del extremo mínimo de la pena es menor que el previsto en el artículo 252 del actual Código Penal que reprime el mismo ilícito» [51].

La **fundamentación** de la retroactividad de la ley favorable se basa en criterios políticos criminales, pues el legislador decide no sancionar una determinada conducta o reducir su intensidad [52]. Resulta más justo aplicar las nuevas leyes penales más favorables para el inculpado, a los hechos anteriores a la vigencia de dicha ley [53], inspirándose en razones humanitarias, y esencialmente en el principio de necesidad de la pena. De esta manera, resulta innecesaria la aplicación de la pena más rigurosa de la ley derogada [54]. Para nosotros, este principio se constituye como un **límite al poder penal**, siendo de aplicación general, alcanzando a las disposiciones complementarias de leyes penales en blanco, tipos abiertos y, puede usarse en los procesos interpretativos [55].

364. Fundamentación de la retroactividad benigna

Jurisprudencia:

«Si bien en cuanto a la aplicación de la ley en materia penal es posible la retroactividad favorable, inspirada no sólo en razones humanitarias sino también en el principio de necesidad de la pena, debe tenerse en cuenta que ésta sólo es posible cuando existe un conflicto temporal entre dos leyes que reclaman su aplicación a un mismo hecho, de allí que debe valorarse los marcos penales que se comparan, así como sus circunstancias y condiciones» [56].

Se habla de **sucesión** o **tránsito de leyes** cuando durante la actuación de un supuesto de hecho y su proceso concurren varias leyes hipotéticamente aplicables. También se le puede definir en términos más completos a la sustitución de determinadas normas por otras que más se adecuan a la

365. Sucesión de leyes penales

---

de setiembre de 1993, Exp. 1297-93, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 62; Ejecutoria Suprema del 05 de abril de 1994, Exp. 3437-93, en ROJJASI PELLA, 1997, p. 81; Ejecutoria Suprema del 18 de setiembre de 1997, Exp. 4117-97, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 64; Ejecutoria Suprema del 18 de diciembre de 1991, Exp. 369-91, en *Anales Judiciales* LXXIX, 1993, p. 304. Sobre la primacía del principio de retroactividad benigna de la ley penal, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 2050-2002-AI/TC Lima.

[51] Ejecutoria Suprema del 13 de agosto de 1991, en *Anales Judiciales* LXXIX, 1993, p. 278.

[52] Cfr. ROXIN, 1999, p. 167, num. 60.

[53] «Una ley que pretenda ser aplicable a un caso que haya ocurrido antes que la ley haya entrado en vigor, es un fantasma del Estado policial» (HASSEMER, 1984, p. 320).

[54] ANTÓN ONECA, 1986, p. 106.

[55] *Vid.* Ejecutoria Suprema del 19 de enero de 1982, Exp. 962-81, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 63.

[56] Ejecutoria Suprema del 20 de agosto de 1999, Exp. 2522-99-Callao, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 63.

vigencia histórica de una sociedad [57]. La sucesión de leyes no implica una concepción puramente cronológica, menos se refiere a una mera sustitución de leyes en el tiempo, sino que «se le utiliza con un contenido material centrado precisamente en la existencia de una evolución de las concepciones dominantes sobre la necesidad de proteger unos u otros bienes jurídicos» [58]. Esta sucesión puede producir las siguientes situaciones. *Primera*, una nueva ley crea un delito no establecido en una ley anterior: si los actos que se dieron durante la vigencia de la ley anterior eran considerados impunes, y con la nueva ley se estipulan punibles, ésta no puede aplicarse retroactivamente. *Segunda*, una nueva ley considera lícito un hecho que en la ley anterior era considerado ilícito: rige en este caso el principio de la retroactividad de la ley más favorable (*ley abolitiva*) [59]. *Tercera*, una nueva ley modifica la penalidad de un delito: si disminuye la pena se aplica la nueva ley, pero si aumenta la pena se aplica la ley anterior por ser más favorable [60].

366. Ley abolitiva

En el caso de la **ley abolitiva** pueden presentarse dos situaciones procesales en el momento de su aplicación retroactiva: *el proceso está en trámite* o *el proceso ha concluido con sentencia condenatoria*. Esta última hipótesis se constituye como una excepción a la cosa juzgada [61]. Así, en los supuestos de *cosa juzgada*, es decir, en los casos de modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena, se limitará la pena conforme a la ley más favorable (artículo 8, Código penal).

En el caso de **leyes sustitutivas por retroactividad benigna** (como por ejemplo la Ley 28002, que modificó diversos tipos penales –v. gr. artículos 296

---

[57] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 137.

[58] *Loc. cit.*

[59] En este mismo sentido se refieren el Código Penal (artículo 7: «*Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho*») y la jurisprudencia: «*Si según la nueva ley el hecho sancionado en forma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho*». Exp. 321-91 Segunda Sala Penal de Puno. En otro caso: «*La desincriminación (sic) de un delito por la nueva ley da lugar al sobreseimiento del juicio, es decir, la acción penal no puede proseguirse por cuanto la acción cometida ha dejado ser delito*». Ejecutoria Suprema 28 de enero de 1993, Exp. 690-82 Loreto, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 66.

[60] Esta situación está expresada en el artículo 6, segundo párrafo, del Código Penal: «*Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley*». Con mayor precisión, el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004, en el segundo párrafo del artículo 6, expresa que «si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez la sustituirá por la que proporcionalmente corresponda, conforme con la nueva ley *y con los criterios de determinación de la pena establecidos en la sentencia*» (cursivas son nuestras).

[61] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 153. El Código Procesal Penal de 1991 en el artículo 363, numeral 6, señala que el *recurso de revisión* de las sentencias condenatorias y absolutorias procede si correspondiera aplicar retroactivamente una ley penal que ha dejado de considerar como delito un hecho que antes lo era.

y 297, Código penal– en materia de tráfico ilícito de drogas disminuyendo la pena conminada), previsto en el segundo párrafo del artículo 6 del Código Penal, el *Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República,* en su sentencia plenaria Nº 2-2005/DJ-3001-A [62] ha establecido la siguiente doctrina legal: *primera,* cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior ineludiblemente debe ser sustituida; *segunda,* la sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables; *tercera,* la nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad; *cuarta,* si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y *quinta,* si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley; o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley. En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al tribunal de la sustitución a cuyo efecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, así como las demás previstas en la ley e incorporadas en la sentencia. Otros factores que deben tomarse en consideración son: de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidas a la misma sección modificada; y, de otro lado, aunque sin ser estimado como el factor principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el tribunal originario.

367. Leyes sustitutivas por retroactividad benigna

Para la determinación de la **favorabilidad** es recomendable realizarla o precisarla en función al caso específico que se analiza [63], en el sentido que debe valorarse cuidadosamente los diferentes marcos penales que se comparan considerando las circunstancias y condiciones personales del sujeto. De acuerdo al momento en que realizó el hecho se tomarán en cuenta las normas que se han promulgado desde dicho tiempo, comparándose no en abstracto sino en concreto [64], es decir, se escogerá entre las leyes que se

368. Determinación de la favorabilidad

---

[62] Diario oficial *El Peruano,* Lima, 26 de noviembre de 2005, p. 6230. Esta sentencia plenaria tiene carácter de precedente vinculante y resolvió una discrepancia jurisprudencial originada entre ejecutorias supremas vinculantes de 16 de marzo de 2005 (R.N. 352-05 Callao, basada en los acuerdos del Pleno Jurisdiccional de Trujillo) y del 20 de mayo de 2005 (R.N. 130-2005 Callao). *Vid.* Voto singular del magistrado Sivina Hurtado (*Ibidem*).

[63] Logoz, 1976, p. 33; Fragoso, 1985, p. 107.

[64] Roxin señala la determinación invocando una jurisprudencia antigua: «No sólo (...) hay que comparar entre sí en abstracto los tipos y las penas típicas de las

han dado desde la comisión hasta la determinación de la sentencia, la que más le favorezca al inculpado, en el caso específico [65]. Quizás no será dificultosa la cuestión cuando se despenaliza una conducta o se comparan los marcos temporales de penas de la misma naturaleza pero probablemente sí lo será cuando se confrontan consecuencias jurídicas diferentes [66]. Creemos que la determinación le corresponde al juez, y si bien no existe una norma expresa, es recomendable que tome en cuenta la opinión del presunto responsable [67].

Jurisprudencia:

«Para la determinación de la ley más favorable se debe realizar una comparación concreta de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho, esto es, debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de la comisión del hecho, con la que resultaría como consecuencia de la reforma; que, en esta comparación debe tomarse en cuenta a las penas principales y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y de las reglas de la parte general)» [68].

369. Ley penal intermedia

Se presentan ciertos problemas con las leyes penales intermedias y leyes temporales y excepcionales. Surge una **ley penal intermedia** cuando se da una continuidad de leyes entre las que la más favorable no es la del momento de la comisión delictiva (ley anterior) ni la última ley, sino una ley intermedia que no estuvo vigente en el momento de la comisión delictiva ni en el de la sentencia. Para nosotros, la ley penal intermedia más favorable puede tener efectos retroactivos o ultractivos en el caso específico.

Nuestro Código Penal prevé norma expresa (artículo 8) [69] que declare la aplicación ultractiva de la ley penal temporal y la ley excep-

---

diversas leyes, sino que lo decisivo es fijar qué regulación permite en el caso concreto a resolver y según sus circunstancias específicas un juicio más favorable para el autor» (1999 p. 168, num. 65).

[65] Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 302, num. 806.

[66] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 143-144.

[67] «Algunos autores entienden que debe ser decisiva la opinión del reo sobre qué ley considera más favorable; otros, en cambio, defienden que debe oírse la opinión del reo pero sin carácter vinculante, es decir, que debe decidir el juez» (LUZÓN PEÑA, 1999, p. 187). Esta última posición es la que adopta el Código Penal español de 1995 (artículo 2.2 inciso 2: «en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo»).

[68] Ejecutoria Suprema del 10 de junio de 1998, Exp. 1697-98 Lima, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, p. 63.

[69] Artículo 8: «*Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario*». El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 mantiene la fórmula legal.

cional [70]. Las **leyes penales temporales** (*leyes penales temporales en sentido estricto*) son aquellas que van a regir en un tiempo determinado, ya que tiene fijado en su texto el tiempo-calendario de vigencia o el suceso que determinará la perdida de ésta. El problema surge cuando la ley temporal más severa deja de estar en vigor y recobra su vigencia la ley anterior más favorable. Si la infracción ha de juzgarse cuando la ley temporal no esté vigente, no es necesario aplicar una ley que sea más favorable, ya que la ley temporal seguiría siendo efectiva, debido a que su derogación responde a «la extinción de la causa que la originó pero no por un cambio en la concepción jurídica del legislador» [71]. Por ello, las leyes temporales constituyen tan sólo una aparente excepción al principio de vigencia retroactiva de la ley más favorable [72]. Las **leyes excepcionales** [73] (*leyes penales temporales en sentido amplio*) son las que rigen en circunstancias especiales (epidemias, grave alteración del orden público, etc.) para reforzar la tutela o protección de ciertos bienes jurídicos, y hacen depender su vigencia a la duración de dichas situaciones. No precisan de un plazo calendario de vigencia (diferente de las leyes temporales). Lo expresado para las leyes temporales tiene para éstas también validez [74] [75].

370. Leyes penales temporales y excepcionales

---

[70] En el Derecho Penal peruano es dominante el criterio de la ultractividad de estas leyes. Cfr. Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 2001, p. 149; Peña Cabrera, 1997, pp. 236-237; Hurtado Pozo, 2005, p. 323; Villa Stein, 1998, p. 161.

[71] Jescheck/Weigend, 2002, p. 151.

[72] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 145; Bacigalupo, 1998, p. 126.

[73] «Son instrumentos útiles de control social en circunstancias en que se hace necesario prevenir calamidades mayores o un desgobierno en la emergencia, favorecedor del caos social» (Villa Stein, 1998, p. 161).

[74] Stratenwerth considera infundada la limitación del principio de retroactividad benigna a los casos de derogación o modificación de las leyes temporales, generalmente consecuencia de la transformación de la valoración ético-social o porque las necesidades de protección han desaparecido, por razones ficticias (2005, p. 87, num. 13).

[75] Así también lo prevén en la doctrina nacional: Peña Cabrera, 1997, pp. 236-237; Bramont Arias, Luis A./Bramont-Arias Torres, Luis A., 2001, p. 149. Considera Villa Stein, que el punto entra en discusión por el hecho que el artículo 103 de la Constitución Política «consagra la prohibición de la retroactividad con la sola salvedad que favorezca al reo, cosa que en efecto ocurre tratándose de la ley normal de vigencia recobrada versus la excepcional más severa, lo que convierte en anticonstitucional la ultractividad maligna. (...) Resulta dudoso favorecer con la retroactividad benigna al autor calculadamente doloso de un injusto en tiempo excepcional, habrá que reformar la Constitución Política en ese extremo, de modo de no colisionar en caso alguno, con el artículo 8 del Código Penal, cuando la ley excepcional, como es de esperar, resulte más severa que la norma ordinaria. El objeto de esta solución propuesta es no restarle eficacia funcional a la ley transitoria» (1998, pp. 161-162).

Se discute si al momento de determinar la favorabilidad se puede combinar aspectos parciales favorables de una ley anterior y de otra posterior [76]. Una fuerte corriente de la doctrina penal considera que admitirlo significaría crear una tercera ley (***lex tertia***) [77], híbrida, asumiendo el juez funciones legislativas que no le corresponden [78]. Otra posición considera que el juzgador al combinar las leyes se ampara en el principio constitucional del artículo 103 de la Carta Política, utilizando los elementos previstos por la propia ley. «Si puede escoger el 'todo' para favorecer al reo, podrá también tomar parte de ese todo para combinar con la parte del otro todo, en obediencia al mandato constitucional» [79]. Por nuestra parte, consideramos que no siempre se trata de un problema de *lex tertia* sino de una **interpretación integrativa** [80] favorable al procesado. Ocurre que, cuando se trata de *leyes simples* no se presentan mayores dificultades para efectuar la comparación entre ellas, pero es muy diferente cuando se confrontan *leyes complejas* (ejemplo: códigos penales) en las que existe la posibilidad de que el sujeto se beneficie con instituciones penales que sean tomadas de manera íntegra para aplicarlas al caso particular (v. gr. el tipo penal de hurto del Código Penal anterior y el sistema de prescrip-

371. Combinación de leyes penales en el tiempo

---

[76] En el Código Penal el primer párrafo del artículo 6 señala que *«no obstante, se aplicará **la** más favorable (...)»*, por otro lado, el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 modifica esta frase: *«no obstante, se aplicará **lo** más favorable (...)»*.

[77] MAURACH, 1962, I, p. 144; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1984, II, p. 634; CEREZO MIR, 2003, I, p. 190; PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 233.

[78] CARO JOHN precisa que la combinación de leyes no tiene asidero constitucional, que sí lo tiene el principio de unidad de ley aplicable, que la exposición de motivos del Código Penal interpreta equivocadamente el sentido constitucional del principio de unidad de ley aplicable para negarla y en su reemplazo proponer el pseudo principio de combinación (cfr. CARO JOHN, 1994, pp. 748-749). GARCÍA CAVERO rechaza la aplicación del principio de combinación pero no por una inconstitucionalidad «sino porque con este proceder el juez estaría configurando una nueva regulación sin atender a los criterios generales establecidos por el legislador» (2003, pp. 188-189). Sin embargo, en el supuesto de una combinación de leyes cuando los tipos penales prevén diversas consecuencias jurídicas (penas principales, accesorias, consecuencias accesorias) que por un lado agravan y por el otro atenúan, este último autor se inclina por la posición que entiende «que cabe una consideración individualizada de cada consecuencia jurídica para precisar cuál es más favorable» (*Ibidem*, p. 189).

[79] BRAMONT-ARIAS TORRES, 2004, p. 319; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 152.

[80] BUSTOS, 2004, I, p. 109. En Colombia; cfr. PÉREZ PINZÓN, 1988, p. 373. En contra: URQUIZO, 1993, 256; GÓMEZ LUCANA, 1993, pp. 741 ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. Miguel, 2000, p. 94; HURTADO POZO, 2005, p. 303, num. 810 (aunque parece admitir la distinción en caso de leyes complejas).

ción del nuevo Código Penal por ser respectivamente más favorables frente a sus referentes) [81]. Efectivamente, creemos que se trata de una reducción teleológica del texto [82]. Debe tratarse de *leyes complejas divisibles* que permitan aplicar lo más favorable de cada una de ellas y posibiliten la ultra o retroactividad de la ley en conjunto; por el contrario, las *leyes complejas indivisibles* no permiten tomar estos aspectos parciales pues en este supuesto sí se estaría creando una tercera ley (*lex tertia*) [83]. El problema está en determinar esta divisibilidad [84]. Es evidente que esta aplicación podrá hacerse atendiendo a las particularidades de cada caso y no en abstracto, de manera que no se afecte el principio de legalidad. La jurisprudencia nacional también se expresa en este sentido, aunque el asunto es muy discutido.

Jurisprudencia:

En el sentido de interpretación integrativa: «*Por la fecha en que se comete un delito son aplicables al caso las disposiciones del Código Penal anterior y también las disposiciones del actual Código Penal, en virtud del principio de combinación de leyes penales que consagra el artículo sexto de este último. El artículo ochenta del Código Penal vigente establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley penal para el delito, si es de pena privativa de la libertad, más la mitad de ese plazo cuando a mediado interrupción, según lo dispone el artículo ochentitrés del mismo*» [85]. En el sentido de prohibición de *lex tertia*: «*Invocándose el principio de la*

---

[81] «Si se trata de leyes monotemáticas, el cotejo es bien simple porque basta estudiar el tratamiento que dan al fenómeno de que se ocupan y decidir cuál de ellas ofrece la respuesta más favorable; cuando, en cambio, las leyes son pluritemáticas –ejemplo clásico de ellas son, precisamente, los códigos penales– debe examinarse la materia jurídica referida al hecho cuya solución se busca, en las diversas normas que a ellas se refieren. Quiere esto significar que la ley cuya favorable aplicación demanda la Constitución y los principios rectores del derecho es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulen normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto» (Reyes Echandía, 1989, p. 68).

[82] Hurtado Pozo, 2005, p. 304, num. 810 («En la medida en que excluye la confrontación de las leyes tomadas globalmente para solo limitarla a las de las disposiciones en particular»). Conforme a Fernández Carrasquilla, «en estos casos, entendemos que el juez, al aplicar de cada ley la disposición más favorable, no está mezclando *indebidamente* las leyes, ni creando abusivamente una tercera, sino reduciendo cada precepto al ámbito que le corresponde» (1998, I, p. 119).

[83] Velásquez, Velásquez, 2002, p. 141.

[84] Hurtado Pozo, 2005, p. 304, num. 810 *in fine*.

[85] Ejecutoria Suprema del 9 de diciembre de 1994, Exp. 520-93-B-Lima, en Gómez Mendoza, 1996, p. 314. En otro caso: «*Haciendo una interpretación integrativa de los artículos 119 inciso quinto y 121 última parte del Código Penal de 1924, se debe combinar el aspecto*

retroactividad benigna, no es posible extraer preceptos aislados de las disposiciones en conflictos que sean beneficiosas. Ello determinaría la aplicación de una tercera norma creada por el intérprete. Debe acogerse, entre dos o más disposiciones, aquella que en su totalidad le sea al reo más favorable» [86].

d. Tiempo del hecho delictivo

372. Momento de comisión del delito

Es preciso determinar el **momento de comisión del delito** para fijar la vigencia temporal de la ley penal, ya que con ello se permitirá la identificación de la ley penal previa y también se podrá resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad, ya analizados, como otras interrogantes. Con respecto a este tema, en la doctrina se han planteado una serie de teorías: de la acción, del resultado y mixta.

373. Teoría de la acción

Para la **teoría de la acción o de la actividad** el delito se comete en el momento de la acción, es decir, en el momento en que se exterioriza la voluntad de ejecutar una determinada conducta. La posición dominante en la doctrina penal considera acertado el criterio de la acción o comportamiento ya que parece el más adecuado desde el punto de vista valorativo, pues es el momento inicial el que determina la contradicción con la nor-

---

favorable de la ley vigente al momento en que se cometieron los hechos con el aspecto favorable de la ley que se promulga con posterioridad» Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 1999, Exp. 4882-98, en ROJAS VARGAS/INFANTE ROJAS, 2001, pp. 63-64. En un tercer caso: «*En aplicación del principio de 'combinación de leyes' consagrado en el precepto constitucional aludido y en el artículo sexto del Código Sustantivo, concordante con el acápite 'Aplicación Temporal' de la exposición de motivos del propio ordenamiento penal, debe establecerse que, para los efectos de la tipificación del hecho resulta ser más benigna la norma contenida en el artículo doscientos cincuenta y siete del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, pero para, los efectos de establecer el cómputo del tiempo transcurrido y determinar la prescripción, resulta ser más benigna la norma contenida en los artículos ochenta y ochenta y tres del vigente Código Penal*». Ejecutoria suprema del 5 de mayo de 1993, Exp. 662-92 Lima, en CARO JOHN, 1994, p. 751.

[86] Exp. 78-85 Lima, **en** *Anales Judiciales* LXXIII, p. 151. En otro caso: «*Si bien este Supremo Tribunal en reiterada jurisprudencia, ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación, conforme al artículo sexto del Código Penal vigente; sin embargo, en atención a la facultad conferida por el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es del caso precisar que dicho principio no se puede aplicar irrestrictamente, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar la desnaturalización y la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro sistema constitucional*». Ejecutoria Suprema del 20 de noviembre de 1998, Exp. 2476-98 Lima, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 453. En un tercer caso: «*En la determinación de la ley penal más benigna no está permitido tomar de cada una de las leyes concurrentes lo que parece más favorable al reo. Sólo debe aplicarse una de las leyes concurrentes en su conjunto*». Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 1985, Exp. 729-85, **en** *Anales Judiciales* LXXIII, p. 200.

ma y por ende, da lugar a la tipicidad [87]. El Código Penal en su artículo 9, influenciado por el Código Penal portugués de 1982 (artículo 3) y el § 8 del StGB, se inclinan en esta posición y consideran determinante la acción: «El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe a actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca». En el Derecho Penal comparado es también esta la posición dominante [88]. En consecuencia, resulta indiferente la situación al tiempo de producción del resultado [89].

374. Teoría del resultado y mixta

La **teoría del resultado** precisa que el delito se comete en el momento en el cual se produce la consecuencia material de la acción. Ejemplo: el delito de injuria sólo se consuma con el conocimiento del contenido de la carta por el destinatario. En la teoría mixta el momento de la comisión del delito se considera efectuado indistintamente al tiempo de la acción o el resultado. Esta teoría concilia a las teorías mencionadas anteriormente.

375. Sistema diferenciador para la determinación del tiempo del hecho delictivo

Pero no es posible adoptar un sistema único aplicable a toda figura. Si bien el principio que la acción es el momento determinante, resulta necesario adoptar un sistema diferenciador o de valoración jurídica [90]: *Primero*, en los **delitos omisivos**, el momento determinante es el del acto que el sujeto estaba obligado a realizar, y no lo hace. *Segundo*, en los **delitos permanentes** y los **delitos continuados** el momento de la comisión del delito se extiende hasta la terminación del hecho. Ambas formas deben apreciarse jurídicamente como una sola acción; por ello, si hay una modificación de leyes durante el tiempo de su comisión, consideramos que el tiempo de la acción debe ser el último acto parcial del delito continuado o el último instante de la situación vigente en el delito permanente [91]. *Tercero*, en los **delitos a distancia**, donde el resultado ilícito se da en un lugar diferente al de la ejecución, el momento del hecho es el instante en que el agente manifiesta su voluntad. *Cuarto*, en la **tentativa**, es el momento en el que el agente comenzó la ejecución del delito (artículo 16, Código penal). *Quinto*, en la **prescripción** de la acción penal, es en el momento que se cometió el delito o, si este fuere continuo, desde el día en que terminó (artículo 82, numeral 3, Código penal). Así se evita que

---

[87] Bustos, 2004, I, p. 601.

[88] StGB de Alemania, § 8. Proyecto español de 1983, artículo 6.

[89] Stratenwerth, 2005, p. 85, num. 8; Welzel, 1976, p. 43; Maurach, 1962, p. 142; Zaffaroni, 1980, p. 476. Entre nosotros, Hurtado Pozo, 2005, pp. 306-307, num. 818-820.

[90] Luzón Peña, 1999, pp. 195-196.

[91] Maurach/Zipf, 1994, p. 200.

una prolongada ejecución haga que el delito esté ya prescrito o pronto a estarlo [92]. *Sexto*, en la **autoría mediata**, es en el momento que el sujeto comienza a utilizar al intermediario. El **coautor** y el **cómplice**, en el momento de su aporte inicial al delito.

§ 25. Aplicación espacial de la ley penal

La aplicación espacial de la ley penal supone establecer cuál es el Estado competente para perseguir o sancionar un hecho delictivo en función del lugar en que éste se ha ejecutado. Se precisan dos marcos sobre los que se estudia la validez de la ley penal en el espacio: **principio de territorialidad** y los **casos de extraterritorialidad** (principio real, principio de personalidad, principio de universalidad). Así, existen reglas de solución ante el conflicto de distintas legislaciones aplicables a un hecho delictivo. Son principios que se refieren a la aplicación del Derecho Penal del Estado en casos en los que, por el lugar de comisión o por la nacionalidad o estatuto personal del autor o de la víctima, se podría dar la posibilidad de aplicar el Derecho Penal de otro Estado [93].

376. Aplicación espacial de la ley penal

a. Principio de territorialidad

Fundado en el criterio de la soberanía e independencia del Estado, la ley penal tiene validez estrictamente en el territorio de la República, sobre las infracciones cometidas por cualquier persona, sin importar la nacionalidad del autor y los partícipes, ni menos contra quienes se ha dirigido (artículo 1, Código penal) [94]. La formulación básica de este principio nos lleva a determinar que un hecho delictivo se halla regida por la ley penal del lugar donde se haya cometido: ***locus regit actum***. Esta es una garantía frente a una intervención punitiva abusiva [95] y, por ende, es un principio siempre presente en todo Estado democrático y social de Derecho [96].

377. Principio de territorialidad

---

[92] BUSTOS, 1984, p. 102.

[93] BACIGALUPO precisa que ambas caracterizaciones se han calificado frecuentemente como excluyentes: o es derecho de aplicación o es derecho de colisión (1998, p. 112).

[94] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 178; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 174.

[95] BUSTOS, 2004, I, p. 603.

[96] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 201.

378. Fundamento del principio de territorialidad

El fundamento del principio de la territorialidad de la ley penal es el mantenimiento del orden público y el fortalecimiento del ordenamiento jurídico, dentro del territorio donde el Estado ejerce su soberanía [97]. El principio de territorialidad es el que mejor se puede ajustar a la justicia en el caso concreto y al principio de economía procesal, debido a que la práctica de la prueba, en el lugar de los hechos, es la que promete alcanzar los resultados más seguros [98].

379. Concepto jurídico de territorio

Entendemos jurídicamente por **territorio**, a todo lugar donde se ejerce la soberanía del Estado [99]. El concepto jurídico de territorio es más amplio que su concepto geográfico o del léxico [100]. El territorio comprende los espacios geográficos donde la soberanía del Estado se puede extender, es decir, abarca al suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que los cubre (artículo 54, Constitución).

380. Suelo, dominio marítimo y espacio aéreo

El perímetro del **suelo** que integra al territorio está precisado en los tratados celebrados con nuestros países limítrofes, el **dominio marítimo** comprende una extensión de doscientas millas marinas contadas desde la costa (artículo 54, segundo párrafo, Constitución política; Decreto Supremo 781 del 1 de agosto de 1947). Sin embargo, se discute la extensión vertical del **espacio aéreo** sobre el suelo y el dominio marítimo, para la aplicación de las leyes penales. La Constitución (artículo 54 *in fine*) y las leyes peruanas [101] se afilian a la teoría ilimitada en la altura.

381. Representaciones diplomáticas

Con respecto a los edificios y los locales de representación diplomática o consular del Perú en el extranjero, sí se les incluyen como parte del territorio peruano, pero no los recintos diplomáticos extranjeros que se hallan dentro del territorio peruano [102].

382. Principio del pabellón o de bandera

También forman parte del territorio los espacios acogidos por el principio del pabellón. El **principio del pabellón o de bandera** (*territoire flottant*) es una ampliación del principio de territorialidad por el que se extiende la aplicación de la ley penal peruana a hechos punibles cometidos en naves o aeronaves nacionales en donde se encuentren y, en las naves o aeronaves

---

[97] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 64, num. 42.

[98] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 179.

[99] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, II, p. 771.

[100] FRAGOSO, 1985, p. 114; COUSIÑO, 1975, p. 167.

[101] La Ley de Aeronáutica Civil, Ley 27261 (10 de mayo de 2000) sostiene este criterio: «Artículo 3.- El Estado peruano ejerce soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente, hasta el límite de las 200 (doscientas) millas (...)».

[102] PEÑA CABRERA, 1997, p. 217.

nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía (artículo 1, Código penal). Un buque sólo puede llevar legítimamente un pabellón nacional y una aeronave sólo puede estar registrada en un Estado, según el Convenio de Chicago de 1944. «El Estado, cuyo pabellón es enarbolado legítimamente por un buque de mar, barco fluvial o bajo el cual está registrada una aeronave, puede someter a su poder punitivo las acciones cometidas a bordo del barco o de la aeronave» [103]. Así también, el Convenio de Tokio de 1963 establece que, cuando haya conflicto entre el principio de territorialidad y el principio del pabellón, se otorgará primacía a èste último (artículo 3, III).

383. Aeronaves civiles nacionales y extranjeras

En relación a las *aeronaves civiles peruanas*, fuera del territorio de la República, los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo se someten a la ley peruana (artículo 6, Ley 27261), de igual forma, cuando se encuentrèn sobre territorio extranjero, excepto cuando los efectos de tales actos o delitos afecten la seguridad o el orden público del Estado subyacente o causen daño a personas o bienes dentro del territorio. Los delitos cometidos a bordo de *aeronaves civiles extranjeras* en vuelo sobre territorio peruano se rigen por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto cuando afecten la seguridad o el orden público de la República peruana y cuando causen daño a personas o bienes en territorio peruano (artículo 7, Ley 27261).

384. Aeronaves del Estado

Las aeronaves del Estado (utilizadas en servicios militares, de policía y aduana, artículo 38.2, Ley 27261), se someten necesariamente a las leyes peruanas (artículo 2, Ley 27261).

b. Extraterritorialidad de la ley penal

385. Extraterritorialidad de la ley penal

La aplicación de la ley penal puede darse a hechos delictivos ejecutados fuera del territorio nacional (*Derecho Penal internacional*). Estas excepciones del principio de aplicación territorial, se denominan *principios de extraterritorialidad* o *ultraterritorialidad de la ley penal*. La extraterritorialidad de la ley penal es sustantiva y no procesal [104]. Los principios correspondientes son: principio real o de protección de intereses, de personalidad y universal (justicia mundial).

b.1. Principio real o de protección de intereses

Se aplica la ley nacional a toda conducta que afecte los intereses o bienes jurídicos del propio Estado o de sus ciudadanos, sin considerar la nacio-

---

[103] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 179.

[104] PEÑA CABRERA, 1997, p. 215.

nalidad del agente, ni el lugar donde se hayan cometido. Su fundamento radica en la protección de bienes jurídicos propios del Estado, que puede serle indiferente a otro Estado, no brindándole protección o haciéndolo de manera insuficiente [105] [106].

386. Principio real o de protección de intereses

El Código Penal considera que este principio comprende a los siguientes delitos cometidos en el extranjero: delitos contra la seguridad o la tranquilidad pública (Títulos XII y XIV, Libro segundo, Código penal), siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República, delitos que agravien al Estado y la defensa nacional (Título XV), a los poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario (Título X, Capítulo II, Código penal).

387. Ámbito de aplicación del principio real

Este principio de protección se extiende a las infracciones cometidas por *funcionarios o servidores públicos*, en el desempeño de sus cargos (artículo 2, inciso 1, Código penal) [107]. Ejemplo: delitos cometidos por funcionarios públicos (artículos 376 al 401, Código penal), falsificación de documentos (artículo 427, Código penal), etc.

388. Funcionarios o servidores públicos

b.2. Principio de personalidad o de nacionalidad

La ley penal peruana se aplica a ciudadanos nacionales en el lugar donde se encuentren [108]. El poder penal se aplica a hechos cometidos por perua-

---

[105] Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 102, num. 18.

[106] Con relación a los otros principios «materialmente es el principio real que queda en primer lugar, por asir la idea de protección conforme a su sustancia real: sirve en primer término a la protección de los bienes jurídicos internos. Los demás principios apuntan sólo a su limitación o concreción. El principio personal concibe la protección de modo ideal: el Estado protege su vigencia internacional al controlar el comportamiento de sus súbditos, conforme a sus leyes no importando dónde éstos se hallen. En el principio de territorialidad, y simplemente por razones prácticas, la idea de protección aparece especialmente vinculada: todo hecho cometido en el interior compromete la paz jurídica interna. En el principio universal, la idea de protección recibe una expresión internacional solidaria: todo Estado se protege mejor al perseguir los delitos cuyos autores están sometidos a su alcance» (MAURACH/ZIPF, 1994, p. 175).

[107] Para HURTADO POZO (2005, p. 284, num. 751) la frase «en el desempeño de su cargo» debe interpretarse en el sentido que el delito debe ser cometido «con ocasión del cumplimiento de los actos propios a la función o servicio». Para WELZEL, «no se trata del principio de defensa, sino de la lesión de un deber especial» (1970, p. 47).

[108] Una variante del principio de la personalidad, que no tiene regulación específica en el capítulo de la aplicación espacial de la ley penal, es el **principio de domicilio** conforme al cual basta que el sujeto tenga su domicilio en el territorio del Estado para que le alcancen las leyes dondequiera que se encuentre (Cfr. BUSTOS, 2004, I, p. 606; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 181). La Convención Interamericana

nos en el territorio de otros Estados y sin interesar contra quién se haya realizado el mismo; todo esto, según el aforismo «*res publica interes habere bono súbditos*» (BARTOLUS) [109]. Este principio de la personalidad se expresa por contraposición terminológica al principio real o de defensa [110]. Así, predomina la nacionalidad del autor sobre el lugar de comisión del delito. «El principio personal es en el fondo una manifestación de la relación de obediencia o dependencia entre el ciudadano y el Estado» [111]. Se diferencia entre el principio de personalidad activa y pasiva.

389. Principio de personalidad

El **principio de personalidad activa** (prinçipio de personalidad en sentido estricto), supone que la ley peruana se aplica al nacional que cometa una infracción en el extranjero (artículo 2, numeral 4, Código penal). Se exige que la infracción sea susceptible de extradición, haya doble incriminación (delito también punible en el Estado extranjero) y cuando el culpable ingresare de cualquier manera al territorio de la República. Es indiferente la nacionalidad de la víctima. Un problema especial se presenta con los extranjeros que adoptaran la ciudadanía peruana después de haber perpetrado el delito. El Código Penal no tiene solución expresa y se limita a señalar que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido por «peruano» en el extranjero [112]. Creemos que la nacionalidad a tomar en cuenta es la que tiene el agente durante la comisión del delito.

390. Principio de personalidad activa

Por el **principio de personalidad pasiva** la ley peruana se aplica al extranjero que comete un delito contra un nacional fuera del territorio de la República (artículo 2, numeral 4, Código penal). Se exige que la infracción sea susceptible de extradición, según la ley peruana, haya doble incriminación y, cuando el sujeto ingresare de cualquier modo en el territorio de la República. En realidad, se habla del principio de personalidad pasiva, pero éste no guarda precisas relaciones con el principio de perso-

391. Principio de personalidad pasiva

---

contra la Corrupción, en su artículo V numeral 2, establece que tendrá jurisdicción el Estado cuando la persona «tenga residencia habitual en su territorio». Sobre la adecuación de esta Convención a la legislación interna, *vid.*: VILLAVICENCIO, 2001, p. 19, nums. 36 y 37.

[109] JESCHECK, 1993, p. 151.

[110] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 207.

[111] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 180. Más que una relación de fidelidad o de dependencia, entre el Estado con sus ciudadanos, la base sustentadora de este principio radica en evitar una injustificada y escandalosa impunidad de los individuos que delinquen en el extranjero y se refugian en su país (LUZÓN PEÑA, 1999, p. 206).

[112] Nuestro Código Penal de 1924, en su artículo 5, numeral 2 señalaba expresamente como solución, la nacionalidad que adquiere el extranjero después de la comisión del delito, aplicándosele la ley peruana.

nalidad, sino que es una manifestación extrema del principio real o de protección de intereses. Al parecer esta extensión es excesiva, pues supone una desconfianza en la administración de justicia de otros países [113].

b.3. Principio universal (Justicia mundial o justicia universal)

Este principio pretende la protección de los intereses culturales, de todos los Estados [114], resultando indiferente el lugar de comisión y la nacionalidad del autor o la víctima de la infracción. Se le confiere al Estado la facultad de sancionar hechos delictivos que lesionan determinados bienes jurídicos, especialmente los reconocidos por la humanidad, y que es cometido por cualquier persona y en cualquier país. Hay que tener en cuenta las diferentes disposiciones que tienen los códigos penales para determinados delitos. Por ello, se debe adoptar este principio de manera controlada y limitada [115]. Éste también se haya justificado en la salvaguarda de bienes jurídicos supranacionales cuyo interés es común en todo los Estados [116] (*solidaridad internacional*). El principio del derecho mundial se halla plasmado en las convenciones internacionales en donde los Estado que la reconocen se unen para proteger mediante el Derecho Penal los bienes jurídicos que interesan a la humanidad [117].

392. Principio universal

En la actualidad, la necesidad de sancionar graves delitos asume dos vías: Una pasa por los derechos penales de cada Estado y para ello se busca promover la celebración de tratados internacionales que sean ratificados como derechos internos, y otra vía establece la universalización de la justicia penal como necesidad para la persecución de las distintas violaciones de los derechos humanos [118]. En la primera orientación se encuen-

393. Dos vías de la justicia universal

---

[113] CEREZO MIR, 2003, I, pp. 207-208.

[114] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 182.

[115] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1990, p. 169.

[116] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 182.

[117] A veces se utiliza el principio universal para resolver cuestiones de competencia, sin decidir respecto de la ley aplicable, «lo que abre la posibilidad de aplicación de la ley extranjera por tribunales nacionales» (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 203).

[118] BUSTOS, 2004, I, p. 608. «Históricamente, el principio de justicia universal recibió una explicación iusnaturalista. Ciertos delitos ofenden a sentimientos comunes a toda la humanidad, pues la ley natural que violan, no contrae su sentido a una sola nación. Según ello, el delincuente capturado, prescindiendo de su nacionalidad, debe ser juzgado o entregado, y si esto último no es posible pues ningún país la reclama, debe ser juzgado prescindiendo del lugar dónde se haya delinquido» (QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 184).

tra el numeral 5 del artículo 2 del Código Penal que establece que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, *cuando el Perú se halle obligado a reprimir conforme a Tratados Internacionales* [119]. En la segunda orientación, existe el Tratado del 17 de julio de 1998 en Roma (Estatuto de Roma), por medio del cual se crea la Corte Penal Internacional en el marco de la organización de las Naciones Unidas [120] y que nuestro país ha aprobado mediante Resolución Legislativa 27517.

b.4. Excepciones a los Principios de Defensa y de Personalidad

394. Excepciones a los principios real y de personalidad

Los principios real o de defensa y de personalidad no se aplican cuando la acción penal se encuentre extinguida conforme a la legislación nacional (artículo 78, Código penal) o a la extranjera. Tampoco se aplican cuando se trata de delitos políticos [121] o hechos conexos con ellos y cuando el acusado haya sido absuelto en país extranjero, o el condenado haya cumplido la pena, o ésta se hallare prescrita o le hubiere sido remitida (artículo 4, Código penal). Cuando no hubiere cumplido totalmente la pena, podrá renovarse el juicio ante tribunales peruanos, pero tendrá que computarse la parte de la pena cumplida (artículo 4, Código penal).

c. Lugar de comisión del delito

395. Lugar de comisión del delito

El principio de la territorialidad de la ley penal supone determinar el lugar en que se ha realizado el delito (***loccus comissi delicti***). Cuando la acción y el resultado del delito se producen en un mismo lugar de comisión, no se presenta dificultad para los efectos de la territorialidad. Sin embargo, la más importante dificultad se encuentra en los **delitos a distancia** que son aquellos en los que la conducta tiene lugar en un territorio y el resultado en otro. Problemática especial representan los **delitos de tránsito** en los que ni la actividad inicial ni el resultado se produce en el Perú, sino que sólo transcurre en nuestro territorio parte del proceso

---

[119] V. gr. *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* del 9 de junio de 1994 (aprobada por la Resolución Legislativa 27622 del 7 de enero de 2002), *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* del 10 de enero de 1986 (aprobada por Resolución Legislativa 25286), *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* del 9 de diciembre de 1948 (aprobada por Resolución Legislativa Nº 13288).

[120] *Vid.* COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 2001. *Vid.* también RIGHTS AND DEMOCRACY, 2000; SALMÓN, 2001; AMBOS, 2004; AMBOS/MALARINO (eds.), 2003.

[121] El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 reemplaza el término «*delito político*» por el de «*imputaciones políticas*» (numeral 2, artículo 4). *Vid.* también *infra*, núm. marg. 427.

ejecutivo del delito. Tres teorías plantean solución: teoría de la acción, del resultado y de la ubicuidad.

396. Teoría de la acción

La **teoría de la acción** o **de la actividad** (FRANK) considera que el lugar es el de actuación de la voluntad, donde se da principio a la ejecución de la conducta. Aquí, se toma en cuenta el desvalor de la acción y el efecto preventivo general, debido a que en dicho lugar el agente se opone al Derecho [122]. Su fundamento se apoya en el sentido que el resultado no permite una solución general, pues existen delitos sin resultado (de pura actividad) además, en que la teoría fundamentada en el resultado origina soluciones insatisfactorias como en el caso del sujeto que actúa en estado de inimputabilidad y el resultado se produce cuando recupera la normalidad o los cambios legislativos que se producen en el tiempo que transcurre entre la acción y el resultado, y, en tercer lugar, se alude a las dificultades para determinar el lugar del resultado [123].

397. Teoría del resultado

La **teoría del resultado** (von LISZT) afirma que el lugar de comisión es donde se produce el resultado, es decir, la lesión al bien jurídico. Encuentra su fundamento en el postulado de la misión del Derecho Penal, que es la protección de los bienes jurídicos [124]. Esta es la fórmula que se acepta como alternativa en el artículo 302 del Código Bustamante que acuerda «dar preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado» [125].

398. Teoría de la ubicuidad

Para la **teoría de la ubicuidad** (BINDING) el lugar de comisión es tanto el de la acción como del resultado típico [126]. El fundamento de esta teoría reside en la unidad que constituyen, típicamente considerado, la acción y el resultado, lo que impediría su separación y consideración aislada [127]. Esta regla de la ubicuidad «no resuelve el problema, sino que

---

[122] BUSTOS, 2004, I, pp. 606-607.

[123] BACIGALUPO, 1998, p. 114.

[124] BUSTOS, 2004, I, p. 607.

[125] El texto expresa que «*cuando los actos de que se componga un delito se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí sólo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en el que el delito se haya consumado*». Para COUSIÑO (1975, p. 189) «es una fórmula asaz desgraciada, en especial respecto del primer inciso, pues el fraccionamiento de la actividad punible puede no revestir la gravedad estructural del conjunto o puede dejar impune una parte de ella, ya que se trata de una facultad que se otorga a cada Estado contratante y no una obligación que se le impone».

[126] BUSTOS, 2004, I, p. 607.

[127] *Loc. cit.*

tiene como único objeto evitar un conflicto negativo que conlleve impunidad» [128]. Esta es la posición más seguida y la que es incorporada en códigos y proyectos [129]. En nuestro Código Penal está prevista en el artículo 5: «El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos» [130]. En la doctrina nacional, BRAMONT ARIAS [131], Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES [132], Luis M. BRAMONT-ARIAS TORRES [133], PEÑA CABRERA [134] y VILLA STEIN [135] se inclinan por esta teoría; HURTADO POZO [136] piensa que el artículo citado debe ser interpretado en el sentido del principio de ubicuidad restringidà.

399. Casos especiales de aplicación en relación al lugar de comisión

Existen supuestos especiales de aplicación de la ley penal en relación al lugar de comisión del delito. Así, en el caso de los **delitos de tránsito**, cuya actividad inicial y resultado se producen fuera del país, debe identificarse la parte del proceso delictivo que se ejecuta en territorio nacional, en cuyo caso aplicaremos la ley peruana «sin importar cuál fracción se realizó en él, pues basta que el desenvolvimiento de la acción delictuosa tenga como escenario el territorio nacional, así sea un instante» [137]. Diferente sería la solución si el proceso de ejecución se interrumpe en territorio peruano, en cuyo caso podrá aplicarse la regla del artículo 16 del Código Penal (tentativa). En los **delitos continuados**, el hecho delictivo se considera realizado en cualquiera de los lugares donde se haya efectuado una parte de la acción conformadora de la unidad delictiva [138]. En los **delitos a distancia** el lugar de comisión es tanto donde se actuó como también donde se produjo el resultado. En cuanto al lugar de la

---

[128] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 201.

[129] V. gr. el Código Penal de Portugal (Decreto Ley 400/82 de 23/9): Artículo 7 (Lugar de prática do fato). El Código Penal austriaco (de 1974): Artículo 67 (Tiempo y lugar del hecho). El Código Penal colombiano (del 2000): Artículo 14, segundo párrafo.

[130] El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 mantiene la teoría de la ubicuidad (artículo 5).

[131] BRAMONT ARIAS, 1978, p. 199; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 148.

[132] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 148.

[133] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M., 2000, pp. 87-88.

[134] PEÑA CABRERA, 1997, p. 221.

[135] VILLA STEIN, 1998, pp. 149-150.

[136] HURTADO POZO, 2005, p. 249, num. 633. Cfr. IDEM, 1987, pp. 215-216.

[137] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 150.

[138] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 191.

participación, el artículo 5 del Código Penal cuenta con una expresa referencia al participe [139], de manera que el lugar de comisión viene a ser aquel en que el inductor ha actuado sobre el autor o el cómplice le ha auxiliado, pero también simultáneamente en el lugar donde se ha realizado el hecho principal [140]. Con respecto a la **autoría mediata** el lugar de comisión es aquel en que el autor mediato actúa con dominio de voluntad sobre el intermediario, como también aquel lugar en que ejecuta el hecho delictivo éste último, así como el lugar en que el resultado se produce o debe producirse [141].

d. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal

El **Derecho Penal Internacional** (BENTHAM) es el conjunto de principios y disposiciones que regulan la aplicación espacial de la ley penal cuando una persona, respecto de la cual un Estado reclama respuestas penales, se encuentra en el territorio de otro Estado. Esta es una *denominación impropia* [142] y podría conducir a malentendidos, pues de lo que se trata es de normas o principios del derecho interno. Cada Estado dicta sus propias normas de Derecho Penal Internacional, por ende, es derecho nacional, no internacional [143]. Así, los instrumentos de cooperación internacional más conocidos son la extradición y el asilo.

400. Derecho Penal Internacional

Por otro lado, se denomina **Derecho Internacional Penal** [144] a la lègislación penal de aplicación internacional. Con este término se designa a un nuevo orden internacional, como parte del derecho internacio-

401. Derecho Internacional Penal

---

[139] HURTADO POZO considera que «si se hubiera omitido la referencia expresa no se hubieran alterado significativamente los alcances de la disposición» (2005, p. 248, num. 633).

[140] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 192.

[141] *Ibidem*, p. 193.

[142] Para WELZEL, «nombre equívoco» (1970, p. 45), para MAURACH/ZIPF «será considerada desafortunada desde todo punto de vista» y considera mejor llamarla como derecho de aplicación penal o derecho de aplicación del derecho penal (1994, p. 173).

[143] TIEDEMANN, 1985, p. 96, con especial referencia a delitos fiscales. *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, 1984, p. 719.

[144] Este derecho encuentra sus antecedentes desde la Edad Media. Aunque es a partir de la Primera Guerra Mundial que se estableció que existían hechos que afectaban al Derecho Internacional y, además, a los derechos fundamentales del hombre, cualquiera que fuera el Estado a que pertenecen y también para el aseguramiento de las relaciones entre los Estados. «Se trataba de configurar un derecho y justicia penal sobre los Estados, teniendo en cuenta que siempre en estos casos la propia autoridad está comprometida» (BUSTOS, 2004, I, p. 607).

nal, que busca evitar la confusión con las normas sobre aplicación espacial de la ley penal [145]. Este derecho está en un proceso histórico de elaboración. El instrumento de cooperación internacional propuesto es la entrega.

402. Corte Penal Internacional

Recientemente, se ha aprobado el Tratado por medio del cual se crea la **Corte Penal Internacional** en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. Su estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998 [146] y se instituye como un instrumento jurídico complejo, ya que comprende no sólo un Código Penal sustantivo sino también un Código de Procedimiento Penal [147]. La Corte Penal Internacional contiene tres presupuestos fundamentales. El primer presupuesto es la *complementariedad* o *subsidiaridad*, es decir, la Corte interviene como última vía a la que puede recurrir el afectado, luego de haber agotado las instancias internas. El segundo presupuesto es la *competencia inherente*, es decir, luego de la ratificación del estatuto por el Estado, se configura la capacidad de conocimiento de la Corte sobre los crímenes que ella tiene competencia. El tercer presupuesto viene a ser la capacidad que tiene para juzgar responsabilidad individual de los presuntos autores de los crímenes señalados en el estatuto [148]. La Corte, en relación a su competencia, se limita a los crímenes más graves de gran trascendencia para la comunidad internacional. En el artículo 5.1 se señala los crímenes de su competencia: el crimen de genocidio (artículo 6), los crímenes de lesa humanidad (artículo 7), los crímenes de guerra (artículo 8) y el crimen de agresión (artículo 5. 2). Los Estados que han aceptado la competencia de la Corte están obligados a realizar la adecuación de su normatividad interna (artículo 88). En el caso peruano existe una propuesta de *lege ferenda* [149].

---

[145] CEREZO MIR, 2003, I, p. 208; FRAGOSO, 1985, p. 112.

[146] La creación de la Corte es «un paso definitivo en el proceso de cosmopolitización y universalización de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, que confiere amplios mecanismos coercitivos para hacer efectivas las prohibiciones que hasta ahora se habían generosamente desarrollado, pero que carecían de posibilidad real de hacerse cumplir y por tanto, de impedir que sus autores quedaran en la impunidad» (GUERRERO APRÁEZ, 1998, p. 8).

[147] *Ibidem*, p. 6.

[148] Cfr. *ibidem*, pp. 10-11.

[149] *Vid.* Comisión Especial Revisora del Código Penal: Adecuación de la Legislación Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Grupo de trabajo Nº 03 «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional»), Lima 10 de diciembre del 2003.

En Latinoamérica, los intentos para crear una legislación penal regional se remontan al llamado **Código Penal tipo para Latinoamérica** [150] elaborado a iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile (inicialmente dirigido por Eduardo NOVOA MONREAL) en doce reuniones plenarias [151], con la participación de diferentes penalistas de los países latinoamericanos [152]. Si bien es cierto que significó un incentivo a la confrontación permanente de opiniones, estuvo desconectado de la realidad legislativa y social latinoamericana [153] y tiene como principal característica ideológica su marcada tendencia tecnocrática [154].

403. Código Penal Tipo para Latinoamérica

En Europa se han realizado desde 1989 una serie de propuestas por el grupo de expertos convocados por la Comisión de la ex Comunidad Económica Europea (CEE). Entre los temas planteados destacan las sanciones administrativas, comportamientos fraudulentos contra el presupuesto comunitario y el espacio jurídico europeo [155]. Una de las últimas propuestas señaladas fue la elaboración e implementación del ***Corpus Juris*** para la protección penal de los intereses de la Unión Europea. El trabajo fue encargado a E. BACIGALUPO, G. GRASSO, J. SPENCER, D. SPINELLIS, K. TIEDEMANN, J. VERVAELE y C. VAN DEN WYNGAERT, quienes iniciaron su labor en 1995 hasta 1996 bajo la dirección de M. DELMAS-MARTY buscando una compilación de legislación penal como procesal penal para Europa [156]. El *Corpus Juris* fue publicado en 1997 en los idiomas francés e inglés.

404. *Corpus Juris*

e. Extradición

La extradición es el acto o procedimiento de la entrega de una persona, acusada o condenada por un delito, por parte del Estado en cuyo territorio se ha refugiado, a aquel que es competente para juzgarlo o ejecutar la

405. Extradición

---

[150] Véanse consideraciones positivas y negativas sobre el proyecto, **en** BUSTOS/VALENZUELA, 1981, p. 9. Esta obra analiza los artículos del C.P.T. en relación a los códigos latinoamericanos. *Vid.* también las consideraciones críticas de ZAFFARONI, 1982a, p. 115; RIVACOBA Y RIVACOBA, 1987, p. 713.

[151] Santiago (1963), México (1965), Lima (1967), Caracas (1969), Bogotá (1970), Sao Paulo (1971), San José (1972), Medellín (1973), Santiago (1974), San Cristóbal (1975), Madrid (1977), Buenos Aires (1979).

[152] Las actas han sido publicadas bajo la dirección de Francisco GRISOLIA, 1973.

[153] BUSTOS/VALENZUELA, 1981, p. 11.

[154] ZAFFARONI, 1982a, p. 116.

[155] BACIGALUPO, 1998, p. 54.

[156] DELMAS-MARTY/VERVAELE, 2000, p. V.

pena que le haya sido impuesta como reo presente [157]. No consiste en una simple expulsión del territorio, sino la entrega de la persona, con efectos jurídicos, a un determinado Estado [158]. La extradición es una institución de carácter procesal penal que busca dar solución a los problemas del ámbito espacial en la aplicación de la justicia penal [159] y tiene relación con el Derecho Penal sustantivo [160]. Esta institución procesal pertenece al Derecho Internacional [161], pues nos encontramos en temas vinculados a las relaciones entre Estados, aunque son los penalistas los que tradicionalmente la han estudiado.

406. Sujetos de la extradición

En la extradición participan tres sujetos: el Estado que exige la entrega de la persona acusada o condenada por un determinado delito cometido, dentro de su soberanía, y que se halla fuera de su jurisdicción, es decir, el **Estado requirente** o **solicitante**; el Estado al que se le pide o exige la entrega de dicho sujeto, ya que se encuentra dentro de su territorio, es decir, el **Estado requerido**; y el ***extraditurus*** o **extraditable** que viene a ser la persona exigida de entrega por parte del Estado requirente, para que sea puesta a disposición de su soberanía, para ser procesada o para que cumpla su sentencia.

407. Otras formas de cooperación internacional

Otras formas de cooperación internacional son el **cumplimiento de condenas** (artículo 540-549, Código Procesal Penal) y las **diligencias en el exterior** (artículo 538-539), entre otras (artículo 511). La extradición mantiene su importancia conjuntamente con las mencionadas instituciones, ya que permite la efectiva aplicación de la ley penal peruana en los casos en que el supuesto infractor de la norma penal nacional se encuentre fuera del alcance de la soberanía peruana.

408. Fundamento de la extradición

El *fundamento* de la extradición se orienta en el sentido que la sanción del delito debe ser realizada en el lugar donde fue ejecutada, es decir, en el lugar donde ocurrió la afectación del orden jurídico y donde existen los suficientes elementos probatorios para la realización de la investigación. No es más que un mecanismo de asistencia, cooperación internacional y

---

[157] «*La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente*» (numeral primero, artículo 513, Código procesal penal del 2004).

[158] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 213.

[159] LUZÓN PEÑA considera que no es de ámbito territorial de la ley penal (1999, p. 213).

[160] *Loc. cit.*

[161] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 203. Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 66, num. 52.

del respeto a la función del poder penal [162], para impedir la impunidad de delitos cometidos en territorios de otros Estados, y así intervenir en la lucha contra el delito. El traspasar la frontera del país donde se cometió el delito no implica una razón para justificar la exoneración de la responsabilidad penal, es por ello que esta institución jurídica de la extradición responde a la necesidad de la cooperación internacional ante la lucha contra la criminalidad [163]. «La justicia penal internacional encuentra en la extradición su más elevada realización, pues a través de este instituto los Estados manifiestan su espíritu solidario y de colaboración internacional» [164].

409. Naturaleza de la extradición

La extradición tiene una doble *naturaleza*: jurídica y política [165]. Tiene una *naturaleza jurídica*, porque está sometida al principio de legalidad, que se expresa a través de una serie de presupuestos o requisitos necesarios para su realización [166]. De acuerdo a su *naturaleza política*, siendo la extradición un acto de soberanía, cada Estado puede valorar si la extradición de un supuesto delincuente es jurídicamente posible y políticamente conveniente [167].

e.1. Clases de extradición

410. Extradición activa y pasiva

La **extradición activa** se refiere al Estado que la solicita (artículo 525, numeral 1, Código procesal penal). El Estado requirente solicitante pide formalmente la entrega del *extraditurus* al Estado requerido que se encuentra presente en su territorio. La **extradición pasiva** es la concedida por un Estado a solicitud de otro (artículo 516, numeral 1). El Estado

---

[162] Quintero Olivares, 2000, p. 187; Velásquez Velásquez, 2002, p. 157. Cfr. Maurach/Zipf, 1994, pp. 186-187.

[163] Monroy Cabra, 1987, p. 13.

[164] Peña Cabrera, 1997, p. 223.

[165] Quintero Olivares, 2000, p. 189.

[166] En la doctrina se ha discutido su naturaleza jurídica. Algunos, como von Liszt, consideran que es un acto de asistencia jurídica, otros, como Garraud, señalan que se trata del cumplimiento de la reciprocidad jurídica, y por último algunos, como Pufendorf, expresan que la extradición se admite por razones utilitarias, es decir por conveniencia ya sea del Estado requerido, del Estado requirente o de ambos (Monroy Cabra, 1987, p. 15. Cfr. Cousiño, 1975, p. 201).

[167] Quintero Olivares, 2000, pp. 187-188. La extradición históricamente tuvo un carácter eminentemente político que, al ceder presencia a las garantías derivadas del principio de legalidad y de la seguridad jurídica, fue desdibujando ese sentido, de manera que el primitivo sentido de acto de asistencia cortés en las relaciones internacionales, por lo mismo sometido a la conveniencia de cada país, fue siendo sustituido por el de acto de solidaridad jurídica entre sistemas esencialmente análogos (*Ibidem*, p. 188).

requerido o extraditable entrega al *extraditurus* al Estado que formalmente lo haya pedido.

411. Extradición gobernativa, judicial y mixta

En relación a la autoridad que concede la extradición, se distinguen tres formas: gobernativa, judicial y mixta. La **extradición gobernativa** se da cuando en el procedimiento de extradición interviene solamente los gobiernos de los dos Estados. La **extradición judicial** se presenta cuando son los órganos de la administración de justicia de ambos Estados, los que intervienen exclusivamente en el procedimiento de extradición. En la **extradición mixta** intervienen, en diferente medida, tanto los gobiernos como los órganos de la administración de justicia de ambos Estados. En el Perú, la extradición es mixta, aunque en definitiva, la decisión la adopta el Poder Ejecutivo [168].

412. Extradición de tránsito, reextradición y concurso de demandas

En relación a la cantidad de Estados que intervienen en la extradición, se distinguen tres formas: extradición en tránsito, reextradición y el concurso de demandas de extradición. Una **extradición de tránsito** es la autorización de paso por el territorio de un Estado diferente al requirente o requerido. La **reextradición** se presenta cuando un Estado obtiene la extradición de un sujeto y luego lo entrega a un tercer Estado que también lo reclama [169]. El **concurso de demandas de extradición** se da cuando varios Estados reclaman a la persona para juzgarla o hacerle cumplir una condena impuesta. En este caso, se deberá acudir a las diversas previsiones del derecho interno o de los tratados internacionales vigentes [170].

e.2. Fuentes

413. Fuentes de la extradición

La extradición se rige por los principios del Derecho Internacional, limitados por los principios fundamentales del Derecho Penal. Son fuentes de la extradición los Tratados (bilaterales o multilaterales), las normas internas (artículo 109, Constitución; Libro Sétimo, Sección II, Código Procesal Penal[171]) en lo no previsto en aquellos. Cuando no se han constituidos convenciones o tratados en esta materia se accederá a las reglas para la extradición en las legislaciones internas.

---

[168] *Vid.* Código Procesal Penal de 2004, artículo 514.

[169] Varios Estados requirentes se han dirigido al Estado de refugio y éste ha decidido la entrega a uno de esos Estados: por ser la petición más antigua, la más grave o la del domicilio del *extraditurus* (VALLE RIESTRA, 1989, p. 95).

[170] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 158.

[171] La Ley 28671 del 31 de enero de 2006 puso en vigencia el Libro Sétimo del Código Procesal Penal, a partir del 1 de febrero del mismo año.

En la actualidad, la mayoría de los Estados están entrelazados por tratados pero no existe hasta el momento, un tratado universal de extradición. Los esfuerzos de unificación han tenido éxito a nivel regional. Entre los países latinoamericanos, cumplen esta función el Código Bustamante de 1928, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Convenio de Extradición de Montevideo de 1933 y la Convención Interamericana de Extradición suscrita por 28 países en Caracas, Venezuela, el 25 de febrero de 1981 [172][173]. El Perú mantiene tratados bilaterales sobre extradición con diferentes países.

414. Extradición y tratados internacionales

Nuestra legislación reconoce la **extradición por reciprocidad** en ausencia de Tratado, siempre que la Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores informe al Poder Judicial los casos en que tal principio ha sido invocado por el Perú y en los que ha sido aceptado por el país extranjero involucrado en el procedimiento de extradición, así como los casos en que el país extranjero ha hecho lo propio y el Perú le hubiere dado curso y aceptado (artículo 513, numeral 2). La reciprocidad es una fuente determinante en la concesión de la extradición. La falta de reciprocidad impide concederla. «En el caso concreto un Estado puede solicitar la extradición de una persona previo compromiso de concederla en casos análogos al Estado requerido» [174].

415. Extradición por reciprocidad

Jurisprudencia:

««Es procedente el pedido de extradición si se sustenta además en el principio de reciprocidad declarado por ambas legislaciones» [175]. En otro caso: *«Es procedente la extradición si se ha cumplido debidamente con los requisitos y formalidades (...), si se contempla los supuestos contenidos en el tratado de extradición y se sustenta además en el principio de reciprocidad entre ambas naciones»* [176].

e.3. Requisitos o principios de la extradición

Estos requisitos o principios vienen a constituir una serie de garantías que buscan evitar extradiciones arbitrarias, respetando los derechos fun-

---

[172] Esta Convención no deja sin efecto los Tratados bilaterales o multilaterales vigentes y deja a criterio de los Estados, mantener o no la vigencia de los Tratados que hayan suscrito (artículo 33).

[173] En Europa, la regulación regional corresponde al Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13 de diciembre de 1957 (Consejo de Europa). *Vid.* García Barroso, 1982, pp. 417-430 (texto del Convenio).

[174] Pérez Pinzón, 1996, p. 267.

[175] Exp. 13-94 Lima, en Rojjasi Pella, 1997, p. 454.

[176] Exp. 15-94 Lima, en *ibidem*, p. 456.

damentales del extraditado y los intereses nacionales del Estado requerido. «La preservación de la propia soberanía y la desconfianza en la jurisprudencia extranjera han llevado a que la extradición sólo sea pedida y concedida bajo la observancia de determinados presupuestos» [177]. Estos requisitos los estudiaremos en relación al sujeto que se pretende extraditar, en razón al delito que se le imputa y en relación a la pena que se le va a aplicar.

416. Requisitos de la extradición

e.3.1. En relación al sujeto

El Estado peruano *solicita* la extradición de sujetos que hayan cometido un delito en su territorio (salvo los supuestos del artículo 2, Código penal). El Estado peruano *entrega* al sujeto que haya cometido un delito en otro Estado y se encuentra en territorio peruano como residente, turista o de paso. El sujeto puede ser una persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe del delito (artículos 516.1, Código Procesal Penal).

417. Extradición en relación al sujeto

En el caso que no se entregue el agente a la autoridad competente del Estado extranjero, que solicitó la extradición, se aplicará la ley penal peruana (artículo 3, Código penal). Este es el **principio de administración de justicia por representación** o llamado también principio de la administración de justicia penal subsidiaria o principio de justicia supletoria [178] y, como vemos, tiene un carácter solidario (como también un fundamento solidario interestatal) [179], por la razón que al no darse la extradición se le autoriza al Estado peruano que juzgue al autor aplicándole su ley. Este principio, viene a ser el complemento subsidiario del poder penal de los otros Estados, llenando las inevitables lagunas del Derecho Penal Internacional y asegurando, de ese modo, que ningún delincuente fugitivo tenga que quedar impune en el Estado de refugio porque falte alguno de los puntos de referencia al poder punitivo de este último [180]. Es necesario, para que se dé este principio, que haya, por un lado, la existencia de una norma idéntica entre ambos Estados, por ello, el derecho nacional «sirve sólo como regla de transformación de la norma idéntica de Estados extranjeros» [181]; y de otro

418. Administración de justicia por representación

---

[177] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 187.

[178] Así lo denominan: JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 186; JAKOBS, 1995, p. 135, num. 10; BUSTOS, 2004, I, p. 606.

[179] BACIGALUPO, 1998, p. 120.

[180] JESCHECK, 1993, p. 153.

[181] JAKOBS, 1995, p. 136, num. 12.

lado, el Estado requirente debe reconocer los actos de soberanía al Estado requerido, quien va a poner fin a la causa [182].

En el Código Procesal Penal, la **nacionalidad** del reclamado no es invocada como causa para denegar la extradición (artículo 517, numeral 3, inciso a). De esta forma, se mantiene el criterio seguido por la Ley 24710 de abandonar el principio de la no entrega de los nacionales que estuvo expresamente prohibido en la antigua ley de extradición de 1888 [183]. Consideramos que, en todo caso, la entrega de nacionales es facultativa pues debe tenerse en cuenta si existen garantías de una recta impartición de justicia en el país reclamante y si una extradición anteriormente intentada por el Estado reclamante ante un tercer Estado, hubiere sido rechazada por haberse considerado con implicancias políticas (artículo 516, numeral 2). Si no se otorga la extradición al nacional, éste deberá ser juzgado y sancionado en el Perú (artículo 2, numeral 4, Código penal) (principio *aut dedere aut punire*), para evitar la impunidad. Para este efecto, no existe distinción entre peruano nato y peruano naturalizado que adopta la nacionalidad después de cometer la infracción.

419. Nacionalidad del extraditable

Cuando existan serias razones para entender que la demanda de extradición por un delito común ha sido presentada con el fin de procesar o sancionar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas o que la situación del extraditado se exponga a agravarse por estas razones, la extradición no debe ser acordada (artículo 517, numeral 3, inciso a, Código procesal penal). Tampoco se admite si el *extraditurus* ha sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado o sujeto a otro derecho de gracia equivalente (artículo 517, numeral 2, inciso b).

420. Situación personal del extraditable

Ante un conflicto de ejecutorias que declaren la procedencia de la extradición o no, procede la que sea más favorable para el extraditado (***in dubio pro extraditurus***).

421. *In dubio pro extraditurus*

Jurisprudencia:

«Al existir implicancia entre una ejecutoria que declara la procedencia de la extradición con otra que declaró prescrita la acción penal respecto del extraditurus, *frente a este aparente conflicto de resoluciones, prima la que más favorece al reo: siendo por lo mismo inejecutable la que declara la procedencia de la extradición»* [184].

---

[182] JESCHECK, 1993, pp. 153-154.

[183] *Vid.* VALLE RIESTRA, 1989, p. 59.

[184] Ejecutoria Suprema del 6 de julio de 1998, Exp. 03-94-Lima, en ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, pp. 60-61.

e.3.2. En razón al delito imputado

422. Delitos susceptibles de extradición

La ley peruana de extradición contiene un sistema de *numerus apertus* de delitos, es decir, no enumera los delitos susceptibles de extradición [185]. Pueden tratarse de delitos dolosos o imprudentes, comisivos u omisivos de acuerdo al *cuantum* de pena que señala la ley (pena privativa de un año; artículo 517, numeral 1, Código procesal penal). Al admitir la reciprocidad, se reconoce la posibilidad de conceder la extradición sin necesidad que exista un delito determinado en un Tratado previo.

423. Principio de doble incriminación

El **principio de doble incriminación** (identidad normativa) en el sentido que la conducta sea delito tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido, está implícito en la exclusión de la extradición «si hubiere transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la ley nacional o del Estado requirente, siempre que no sobrepase el término de la legislación peruana» (artículo 517, numeral 2, inciso c, Código procesal penal). Para la aplicación de este principio es importante que el hecho delictivo esté tipificado con anterioridad a su comisión en el Estado requirente como también con anterioridad al pedido de extradición por parte del Estado requerido; y que los hechos constituyan delito, para ambas normas, tanto en el momento en que se consuman como en el momento de la solicitud de la extradición, así también cuando se realiza la entrega [186]. Todo esto como consecuencia del principio de legalidad. De esta manera, el hecho ha de ser delictivo conforme a la legislación de ambos países [187], «prescindiendo del *nomen juris* que tenga en cada una de ellas lo que parece asegurar que su tipificación no es consecuencia de una decisión arbitraria del legislador del Estado requirente, sino que responde a un criterio general de cultura» [188]. Para determinar la incriminación, será necesario apreciar la descripción contenida en el Código Penal del país requirente, en el Código Penal del país requerido y en el Tratado de extradición [189].

424. Delitos fiscales y monetarios

Antiguamente se excluía de la extradición a los **delitos fiscales y monetarios** por considerarse que tenían poca gravedad. Actualmente, nuestra ley excluye el **delito tributario**. Esto se debe a la mayor intervención del Estado en la economía, con abandono del principio liberal del «*laissez*

---

[185] La Convención Interamericana de Extradición adopta el mismo criterio (artículo 3).

[186] *Vid.* HUAPAYA OLIVARES, 2000, p. 37.

[187] GIMBERNAT, 1981, pp. 79-82.

[188] BUENO ARÚS, 1979, p. 973.

[189] VALLE RIESTRA, 1989, p. 14; PEÑA CABRERA, 1997, p. 227.

faire, laissez passer», por la trascendencia del sistema tributario y por la mayor interdependencia de la economía de los diversos países [190]. No se admite la extradición cuando el delito fuere tributario, salvo que se cometa por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito. (artículo 517, numeral 2, inciso g, Código procesal penal).

425. Delitos excluidos de la extradición

También se excluyen de la extradición los delitos perseguibles a instancia de parte y las faltas (artículo 517, numeral 2, inciso f). Los delitos exclusivamente militares, contra la religión, político o conexo con él, de prensa o de opinión (inciso e).

426. Delito militar y extradición

El principio de excluir la extradición de los **delitos militares** fue formulado por el Instituto de Derecho Internacional reunido en Oxford en 1880 [191]. Para la determinación del concepto de delito militar, es necesario recurrir al Código de Justicia Militar Policial (D. Leg. 961) y a las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia [192]. En la doctrina hay unanimidad en no admitir la extradición para los militares, siempre y cuando no infrinjan la legislación penal [193]. El fundamento radica en que el militar refugiado no genera peligro para el país requerido, «pues su acción se circunscribe a las fronteras de su patria» [194]. Para

---

[190] SCHULTZ, 1974, p. 511.

[191] *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, 1991, p. 237.

[192] *Vid.* artículo V del Título Preliminar y artículo 7º del Código de Justicia Militar Policial. Consideramos que la definición del delito militar debe realizarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que lo considera como un delito de función. Así, la STC del 16 de marzo de 2004, Exp. Nº 0017-2003-AI/TC señala en su fundamento Nº 134 las características básicas:

1. Que afecten bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tuteladas por el ordenamiento legal, y que se relacionen con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan.

2. Que el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad.

3. Que el ilícito penal haya sido cometido en acto de servicio, es decir, con ocasión de él.

En el mismo sentido se expresa la Ejecutoria Suprema vinculante del 20 de julio de 2004 (Sala Penal Permanente, Competencia 18-2004, Quinto Considerando), que además agrega que estos son delitos de infracción de deber (Sexto Considerando).

[193] Así también lo señalan: PEÑA CABRERA (1997, pp. 229-230) y VILLA STEIN (1998, p. 155).

[194] PEÑA CABRERA, 1997, p. 230. La entrega de los militares que cometen delitos contra el orden público, tales como los desertores, marinos de naves de guerra o

el Código Procesal Penal, artículo 517, numeral 2, inciso e, no es admisible la extradición cuando el delito fuere «exclusivamente militar».

Para precisar el concepto de **delito político** se han elaborado teorías objetivas, subjetivas y mixtas. Para la objetiva, delito político es el que atenta contra los bienes jurídicos políticos, es decir, contra la organización política y constitucional del Estado (son *delitos políticos puros*, v. gr. rebelión, sedición, artículos 346 y 347, Código penal). El criterio subjetivo identifica este delito por el móvil o el fin político perseguido por el agente, aunque por el bien jurídico lesionado se trate de un delito común (son *delitos políticos relativos*, v. gr. robar armas para la sedición). Las teorías mixtas, que combinan ambos criterios (son los *delitos conexos*, v. gr. hurtar durante la sedición), se diferencian en extensivas y restrictivas. Para la teoría mixta extensiva, delito político es el que atenta contra la organización política o constitucional del Estado y todos los que se realicen con un motivo o fin político; la teoría mixta restrictiva entiende que delito político es el que atenta contra la organización política o constitucional del Estado, pero además se realiza con un fin político [195]. Existe actualmente una tendencia al criterio subjetivo, lo que ha influido para considerar también las motivaciones del Estado requirente y rechazar la entrega en ciertos casos [196]. Nuestra Constitución Política (artículo 37, tercer párrafo) y el Código Procesal Penal (artículo 517, numeral 2, inciso e) utilizan la frase «delito político o conexo con el». El derecho penal peruano, en su mayoría, ha optado por la calificación del delito político en base a criterios mixtos [197].

427. Delito político y extradición

428. Supuestos no considerados como delitos políticos

La Constitución de 1993 excluye de la condición de delitos políticos a los actos de **terrorismo**, **magnicidio** (la antigua *cláusula belga*) [198] y **genocidio** (artículo 37 *in fine*). Si se tratan de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, procede la extradición por obligarlo las convenciones sobre genocidio de 1945 y 1946. El Código Procesal Penal también adop-

---

mercantes, no es precisamente una extradición; es un acto de auxilio jurídico administrativo. Por ello, se le denomina cuasi extradición (*Ibidem*).

[195] «Quedan excluidos, por tanto, del concepto de delito político, con arreglo a estas teorías los delitos contra la organización política o constitucional del Estado realizado con móviles o fines no políticos (ánimo de lucro, afán de notoriedad, etc.) y los delitos comunes realizados con un móvil o fin político (asesinato, robo, daños, incendio, etc.). Este concepto mixto restringido es, a mi juicio, el más correcto» (CEREZO MIR, 2003, I, p. 229).

[196] BUSTOS, 2004, I, p. 611.

[197] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, pp. 146-147; PEÑA CABRERA, 1997, p. 228; VILLA STEIN, 1998, p. 154.

[198] VILLAVICENCIO, 1983, p. 186.

ta la tendencia a la depuración cuando considera que la circunstancia que la víctima del hecho punible ejerciera funciones políticas, no justifica por sí sola que dicho delito sea calificado como político; tampoco politiza el hecho que el reclamado ejerciese funciones políticas (artículo 517, numeral 2, inciso e). Tampoco se acuerda la extradición si la demanda motivada por una infracción de derecho común ha sido presentada con el objeto de perseguir o castigar a un individuo por sus opiniones políticas o la situación del sujeto se exponga a agravarse por esta razón (artículo 517, numeral 3, inciso a). Esta prohibición está dirigida a evitar que se conceda una extradición más o menos disimulada de un sujeto imputado por delito político.

Por otro lado, cuando más de un Estado solicitara la extradición de una persona por el mismo delito, se decidirá la preferencia, según las siguientes circunstancias: a) La existencia de Tratados que vinculen al Perú con el Estado requirente; b) Las fechas de las demandas de extradición y, en especial, el estado de cada procedimiento; c) El hecho de que el delito se haya cometido en el territorio de alguno de los Estados requirentes; d) Las facilidades que cada uno de ellos tenga de conseguir las pruebas del delito; e) El domicilio del extraditado o la sede de sus negocios, en la medida que en ambos casos le permitan ejercer con mayor consistencia su derecho de defensa, así como paralelamente el domicilio de la víctima; f) La nacionalidad del extraditado; g) La gravedad del hecho delictivo en función a la pena conminada y su coincidencia con la Ley nacional, en especial que no se prevea la pena de muerte (artículo 519, numeral 1, Código procesal penal). Si se tratara de delitos diversos, la preferencia será según las siguientes circunstancias: a) La mayor gravedad de los delitos, según la Ley peruana; b) La nacionalidad del extraditado; c) La posibilidad que concedida la extradición a un Estado requirente, éste pueda a su vez acceder luego a la reextradición de la persona reclamada al otro Estado (artículo 519, numeral 2).

429. Pluralidad de delitos

e.3.3. En función a las penas

El Código Procesal Penal prevé diversas condiciones en relación a las penas. Así, no se admite la extradición cuando hubiere transcurrido el término de la prescripción de la pena (artículo 517, numeral 2, inciso c, Código procesal penal). Este **principio de la no prescripción de la acción o de la pena** es obvio, «pues si la acción y la pena han prescrito, desaparece el alcance investigatorio y punitivo del Estado y, por tanto, sus posibilidades de persecución internacional» [199].

430. Prescripción y extradición

[199] PÉREZ PINZÓN, 1996, p. 269.

431. *Ne bis in idem* y extradición

Estas condiciones suponen la vigencia del **principio *ne bis in idem*,** ya que se pretende evitar el doble castigo o revivir procesos fenecidos.

432. Insignificancia y extradición

Tampoco se concede la extradición cuando la pena conminada al delito fuese igual o inferior a un año de privación de libertad (artículo 517, numeral 1). Esto se debe al **principio de no extradición por infracción de poca gravedad** (*mínima non curat praetor*), justificándose en que la comunidad internacional no tiene ningún interés en seguir persiguiendo delincuencias de poca monta [200].

433. Prohibición de la pena de muerte y extradición

Concedida la extradición, el Estado solicitante debe comprometerse a la no aplicación de la pena de muerte (artículo 517, numeral 3, inciso d). Esto es conocido como el **principio de la conmutación** o de la **prohibición de la pena de muerte**.

434. Principio de especialidad

El **principio de especialidad**, como principio que protege al extraditado, está reconocido en el artículo 520 numeral 1 del Código Procesal Penal, en el sentido que el Estado requirente no puede juzgar por infracción diferente de la que haya motivado la extradición y cometido antes de éste [201]. «Este principio hace que sea necesario tomar con toda seriedad un procedimiento de extradición: se debe pedir y fundamentar cada uno de los delitos por los cuales queremos juzgar o ejecutar una condena; si no fuera así solamente podríamos juzgar o hacer cumplir la pena por el delito materia de concesión de extradición»[202]. En este supuesto debe interponerse una *demanda ampliatoria de extradición.*

435. Agravación de pena y extradición

Creemos que el Estado requirente tampoco puede **agravar la pena** concurriendo a fines o motivos políticos, militares o religiosos; y debe computar a favor del extraditado el tiempo, transcurrido desde su prisión, durante la decisión de la extradición (artículo 517, numeral 3, inciso c).

e.4. Extradición y Derechos Humanos

436. Tribunal de excepción y extradición

El Perú no admite la extradición cuando el reclamado hubiere de responder en el Estado solicitante ante un *Tribunal de Excepción* o el proceso al que se le va a someter no cumple las exigencias internacionales del *debido proceso* (artículo 517, numeral 2, inciso d). Sólo aceptará cuando exista la seguridad que el extraditado será juzgado por la jurisdicción ordinaria.

---

[200] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 159.

[201] Entre los países latinoamericanos, sólo podrá ser juzgado si el Estado requerido diera su conformidad (artículo 13 de la Convención Interamericana de Extradición).

[202] HUAPAYA OLIVARES, 2000, p. 38.

Creemos que al Estado solicitante le cabe responsabilidad por la privación de la libertad resultante de la extradición o del arresto preventivo. Producido el *arresto provisorio* del reclamado, y mientras se decide su extradición, se deben respetar todos sus *derechos humanos*, sea cual fuera la naturaleza de la imputación.

437. Arresto del extraditable

Denegada la extradición, creemos que el Perú no puede hacer entrega indirecta del reclamado a través de su *expulsión* del territorio peruano, si su libertad o seguridad personales corren peligro, y cuando concurran circunstancias políticas.

438. Prohibición de expulsión cuando se haya negado la extradición

En la Ley 24710 (artículo 41), si no se concedía la extradición y el reclamado deseaba salir voluntariamente del Perú, y carecía de pasaporte actualizado, se le concedía *título de viaje* (en el supuesto de denegatoria apoyada en politicidad del caso) o un *salvoconducto* (en los demás casos). El Código Procesal Penal carece de una regla de esta naturaleza.

439. Salida voluntaria del reclamado

e.5. Aspectos procesales

e.5.1. En extradición pasiva

En la extradición pasiva, presentada la **demanda de extradición** [203], ésta debe acompañar una descripción del hecho punible, la explicación de la competencia del Estado requiriente, copias autenticadas de las resoluciones judiciales que dispusieron el procesamiento y, en su caso, el enjuiciamiento del extraditado o la sentencia condenatoria firme dictada cuando el extraditado se encontraba presente, así como la que ordenó su detención y/o lo declaró reo ausente o contumaz, asimismo, copias autenticadas de la resolución que ordenó el libramiento de la extradición; texto de las normas penales y procesales aplicables al caso, entre otros aspectos (artículo 518, numeral 1). Además, debe informarse todos los datos conocidos que identifiquen al reclamado, tales como nombre y apellido, sobrenombres, nacionalidad, fecha de nacimiento, estado civil, profesión u ocupación, señas particulares, fotografías e impresiones digitales, y la información que se tenga acerca de su domicilio o paradero en territorio nacional (artículo 518, numeral 1, inciso e). Todos los documentos deben ser acompañados en versión en castellano (artículo 509, numeral 1) [204].

440. Solicitud de extradición pasiva

---

[203] Jurisprudencia: «*La extradición se solicita por vía diplomática por el gobierno del Estado donde la acusación o la condena haya tenido lugar. Es inadmisible la extradición si no se acompaña juntamente con la solicitud la documentación que señala el artículo 18 de la Ley 24710*». Ejecutoria Suprema del 22 de marzo de 1992, Exp. 03-92 Lima, en ROJJASI PELLA, 1997, p. 458.

[204] *Vid.* artículo 11 de la Convención Interamericana.

441. Detención en extradición pasiva

Puede dictarse **arresto provisorio** en caso de urgencia mediante simple requisición (telegráfica, telefónica, radiográfica o electrónica, etc.) siempre que el Estado solicitante se comprometa a presentar el pedido formal de extradición dentro de los treinta días de recibida la requisición (artículo 523, numeral 2) y, si no se formula en ese plazo, debe dejarse en libertad incondicional al *extraditurus* (inciso e) [205][206].

442. Extradición voluntaria

La **extradición voluntaria** se puede producir en cualquier estado del procedimiento judicial, siempre quer el extraditado de su consentimiento libre y expreso a ser extraditado, dándose por concluido el procedimiento (artículo 521, numeral 6). Consideramos que es necesaria la presencia de su abogado defensor. Esta figura está vinculada con el principio de especialidad.

443. Arresto provisorio

El **arresto provisorio** procede cuando es solicitado por la autoridad del país interesado o cuando la persona pretende ingresar al país mientras es perseguido por la autoridad de un país limítrofe. En este arresto puede intervenir la oficina local de la Organización Internacional de la Policía Criminal (OIPC) *Interpol* [207].

444. Intervención judicial en la extradición pasiva

Luego que el juez tome su declaración, citará a una audiencia pública en un término no mayor de quince días (artículo 521, numeral 3). El juez puede dejarlo en libertad provisional si transcurriesen los plazos procesales del tratado o de la ley justificatorios de la demanda de extradición, o si el extraditado reuniese las condiciones procesales para esa medida, reteniendo su pasaporte y oficiando para impedir su salida del país (artículo 523, numeral 9, Código procesal penal). Luego de la audiencia, el juez elevará lo actuado a la Sala Penal de la Corte Suprema (artículo 521, numeral 3). Luego de una audiencia, la Sala Plena emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días, y lo remitirá al Ministerio de Justicia (artículo 521, numeral 4). El Consejo de Ministros a través de una resolución suprema podrá conceder la extradición o denegarla, comunicando a la Fiscalía de la Nación y al Estado requiriente (artículo 522, numeral 1) [208].

445. Debido proceso y extradición

En general, para conceder la extradición pasiva la autoridad tomará en cuenta si existen garantías de una recta administración de justicia en el país reclamante y si una extradición anteriormente intentada por el Estado reclamante, ante un tercer Estado hubiere sido rechazada por considerarla con implicancias políticas [209].

---

[205] Jurisprudencia: *«Es improcedente el pedido de extradición si no se ha formalizado en el plazo de 30 días contados desde la fecha de la requisitoria»*. Exp. 47-92 Lima, en ROJJASI PELLA, 1997, p. 459.

[206] Como afirma José UGAZ, «el mismo criterio (otorgar un plazo razonable) debió seguirse para definir la situación del detenido en virtud del pedido formal» y agrega que «la ausencia de un término específico para la tramitación de la extradición, en un país caracterizado por la morosidad en la administración de justicia, puede dar lugar a detenciones prolongadas que atentan gravemente contra la libertad y los derechos de las personas» (UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, 1988, p. 36).

[207] *Vid.* condiciones para el *arresto provisiorio* en el Código Procesal Penal 2004, artículo 523.

[208] Los agentes del Estado requirente que desplacen al requerido, están sometidos a la jurisdicción del país en que se hallen (artículo 23, Convención Interamericana).

[209] *Vid.* artículo 516, numeral 2 del Código Procesal Penal de 2004.

e.5.2. En extradición activa

En la extradición activa [210], el Poder Ejecutivo a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema, podrá requerir la extradición de un procesado, acusado o condenado al Estado en que dicha persona se encuentra, siempre que lo permitan los tratados o, en reciprocidad, la ley del Estado requerido (art. 525 numeral 1 Código Procesal Penal). Será el juez de la investigación preparatoria o el juez penal, según el caso, quien de oficio o a solicitud de parte, deberá pronunciarse al respecto. La resolución de requerimiento de extradición activa deberá precisar los hechos objeto de imputación, la calificación legal, la conminación penal, los fundamentos que acreditan la realidad de los hechos y la vinculación del imputado a los mismos como autor o participe y, en su caso, la declaración de ausencia o contumacia, así como la orden de detención con fines de extradición (art. 525 numeral 2). Luego eleva el cuaderno a la Sala Penal de la Corte Suprema para que, si lo considera procedente, emita una resolución consultiva favorable, y luego remita el cuaderno al Ministro de Justicia para que el gobierno se pronuncie mediante Resolución Suprema (art. 526 numerales 1-3). El Poder Ejecutivo no esta obligado a acceder al pedido de extradición activa que formula la Corte Suprema (numeral 4). La presentación de la extradición corresponde a la Fiscalía de la Nación con el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores (numeral 4 *in fine*).

446. Extradición activa

f. La entrega

El Estatuto de Roma prevé a la institución de la *Entrega* como una de las formas [211] por la que una persona requerida debe presentarse ante la Corte Penal Internacional.

447. Entrega

El Código Procesal Penal establece el procedimiento para esta institución. Así, la Corte Penal Internacional podrá enviar una **solicitud de detención** (artículo 91 del Estatuto de la Corte) y **entrega** de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda encontrarse aquella y solicitar la cooperación de ese Estado. Una vez que la Fiscalía de la Nación reciba la solicitud de detención y entrega, remitirá las actuaciones al juez (de investigación preliminar) del lugar donde se encuentre el requerido, con conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema (numeral primero, artículo 557, Código procesal penal). El juez inmediatamente, expedirá mandato de detención (numeral segundo, artículo 557, *in fine*). En realidad, no existe fundamento para rechazar la entrega de una persona a la Corte, dado el interés de todos los Estados en eliminar la comisión de los graves crímenes de competencia de este organismo [212]. En este sentido, «la entrega opera en relación a toda persona que se encuentre en territo-

448. Solicitud de detención

---

[210] Vid. las reglas sobre *extradición activa* en el Código Procesal Penal de 2004 (artículos. 525, 526 y 527).

[211] Además de esta institución el Estatuto prevé la orden de detención provisional (artículos 58, numeral 5, y 92, Estatuto de la Corte) y la orden de comparecencia (artículo 58, numeral 7, Estatuto de la Corte) como formas a través de las cuales la persona requerida debe presentarse a la Corte Penal Internacional.

[212] Rights and Democracy, 2000, p. 45.

rio del Estado al cual se presenta la respectiva solicitud. Puede tratarse de un nacional o un extranjero» [213]. También puede ser una entrega temporal a la Corte [214].

449. Diferencia entre entrega y extradición

La nueva institución de la **entrega** es diferente a la **extradición** de personas. En efecto, «mientras en la extradición se pone a una persona a disposición de los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero, lo cual marca la pauta de una relación Estado-Estado y de las consecuencias políticas que tal situación origina, en la entrega se pone a una persona a disposición de un órgano internacional al que un Estado le ha reconocido jurisdicción. Esto se aprecia en mayor medida en la legislación interna de los países de la región respecto de la extradición, en donde la decisión necesita pasar por el filtro de la «jurisdicción nacional» que evalúe la situación de la persona, antes del pronunciamiento de un órgano político» [215]. En este sentido, al reconocerse la jurisdicción internacional de la Corte, esto no habría sido necesario. Sin embargo, el Código Procesal Penal de 2004, cuando se refiere a la Cooperación con la Corte Penal Internacional regula la intervención jurisdiccional (artículo 557). Por otro lado, hay que precisar que la demanda de extradición en trámite quedará pendiente hasta la decisión sobre la solicitud de entrega. La solicitud de entrega prevalecerá sobre la demanda de extradición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90º del Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 561, Código procesal penal).

450. Procedimiento para la entrega

Producida la detención y puesto el extraditado a disposición judicial por la oficina local de la Interpol, el juez le tomará declaración, informándole previamente de los motivos de la detención y de los detalles de la solicitud de entrega, entregándole copia de la misma. Luego, el juzgador en un plazo no mayor de quince días, citará a una audiencia pública. La audiencia se inicia con la precisión de las causales de entrega, el detalle del contenido de la solicitud de entrega y la glosa de documentos y elementos de prueba que deben acompañarse al efecto. El expediente se elevará inmediatamente a la Sala Penal de la Corte Suprema, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación (numeral cuarto, artículo 557, Código Procesal Penal). La Sala Penal de la Corte Suprema, previo traslado de las actuaciones elevadas por el juez al Fiscal Supremo y a los demás participantes apersonados, convocará la audiencia de entrega. La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días.

---

[213] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 2001, p. 109.

[214] La Entrega temporal estará regulada en la Regla 184 del Proyecto de las Reglas de Procedimientos de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos: «Una vez celebradas las consultas a que se refiere el párrafo 4 del artículo 89, el Estado requerido podrá entregar temporalmente a la persona buscada en las condiciones que hayan decidido el Estado requerido y la Corte. En tal caso, esa persona permanecerá detenida mientras sea necesaria su presencia en la Corte y será transferida al Estado requerido cuando esa presencia ya no sea necesaria y, a más tardar, cuando hayan concluido las actuaciones».

[215] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 2001, p. 112.

Notificada la resolución y vencido el plazo de tres días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia (numeral quinto, artículo 557). La decisión sobre la entrega será mediante Resolución Suprema. Si la resolución consultiva de la Corte Suprema es por la denegación de la entrega, así lo declarará el Poder Ejecutivo. En caso contrario, este poder puede dictar la decisión que corresponda. Si ésta es denegatoria de la entrega, la Fiscalía de la Nación comunicará el hecho a la INTERPOL (numeral primero, artículo 558). La detención, en ningún caso, puede exceder de noventa días. Por otro lado, en todos los casos, deberán observarse los derechos del detenido en el marco de las normas internas y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

g. El asilo

El **asilo** es una institución jurídica internacional de protección que un determinado Estado concede a una persona que es objeto de persecución por razones políticas e ideológicas. Viene a ser la contrafigura de la extradición [216], ya que la protección del Estado asilante se plasmará con la denegación de extradición, que solicita el Estado que persigue al delincuente político.

451. Asilo

El *fundamento* de esta institución radica en la expresión humanitaria y solidaria de los Estados frente a personas que no gozan del respeto y la libertad política, en su país de origen. «Entraña pues la admisión de una diferencia política básica. Si esa diferencia se suprime, el fundamento del derecho de asilo se diluye a la vez» [217] [218].

452. Fundamento del asilo

Son *fuentes* del asilo los tratados internacionales [219]. Podemos señalar, entre otras fuentes, también a las legislaciones internas de cada país, y en el caso peruano es la Ley 27840 del 12 de octubre del 2002. No es aceptable como fuente del asilo la reciprocidad debido a su carácter humanitario (artículo 3, Convención de Montevideo 1933; artículo 20, Convención de Caracas de 1954). En la Ley 27840 se resalta que ante cualquier duda en la interpretación de alguna norma sobre esta materia, primará la posición más favorable al que solicita el asilo (*in dubio pro asylum*) (artículo 3, numeral 1).

453. Fuentes del asilo

---

[216] Pérez Pinzón, 1996, p. 273. Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 165.

[217] Quintero Olivares, 2000, p. 207.

[218] «El reconocimiento del derecho de asilo implica la aceptación de una cierta modalidad de extraterritorialidad respecto de la vigencia del ordenamiento penal del país que pertenece al extranjero refugiado en el territorio donde le es concedido asilo» (Polaino Navarrete, 1984, p. 519).

[219] Entre los tratados multilaterales: artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala: «En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país»; el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre precisa que: «Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales».

g.1. Clases de asilo

454. Clases de asilo

Existen tres clases de asilo: religioso o eclesiástico, territorial o de refugio y diplomático o político. El **asilo religioso** tiene un antecedente histórico pero ha entrado en desuso. El **asilo territorial** viene a ser la protección que el Estado otorga al perseguido político dentro de su territorio (artículo 4, Ley 27840). El **asilo diplomático** es el que se otorga en sede diplomática a una persona perseguida política (artículo 4, Ley 27840) [220].

g.2. Aspectos procesales

455. Solicitud de asilo

El derecho de asilo sólo se concede a las personas víctimas de persecuciones políticas y no a quienes hayan cometido delitos comunes, delitos contra la paz, terrorismo, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad definidos en los instrumentos internacionales (artículo 6, Ley 27840). Dichas personas tienen derecho al asilo sin ningún tipo de discriminación (artículo 3, numeral 5 y artículo 15, Ley 27840). Se requiere además que la **solicitud** de asilo se dé por casos de urgencia [221] y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera a salvo (artículo 2, primera disposición, Convención de la Habana de 1928; artículo 5, Convención de Caracas de 1954). Ninguna persona solicitante de asilo estará sujeta a medidas que le obliguen retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad se encuentren en peligro (artículo 3, numeral 3, Ley 27840). El Ministerio de Relaciones Exteriores concede al residente asilado una visación (art. 44, ley de extranjería) que tendrá una duración de un año, prorrogable anualmente (artículo 47). El Estado que concede el asilo, será el que califique si el delito, que es objeto de persecución, tiene carácter político. El Estado peruano acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante (artículo 36, Constitución política). Si el Estado asilante pide la salida del asilado fuera del Estado territorial, éste ultimo debe dar las garantías necesarias y el correspondiente salvoconducto, salvo caso de fuerza mayor (artículo 12, Convención de Caracas de 1954). El Estado asilante podrá desembarcar al asilado en otro punto distinto del Estado territorial, pero no en un lugar próximo a él, salvo por necesidad de transporte (artículo 16, ÍDEM). Nuestra Constitución Política es clara en este aspecto ya que señala que *«en caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue»* (artículo 36).

456. Concesión de asilo

Concedido el asilo, el Estado asilante asume la obligación de garantizar la inviolabilidad personal del asilado. Le proporciona un ambiente adecuado para que pueda subsistir y desarrollarse como un ser humano al igual que los demás ciudadanos. Durante el período del asilo, los asilados deberán de respetar la Constitución Política y las leyes de la República, y no podrán intervenir en asuntos políticos o de otra

---

[220] «El concedido en la sede de las Misiones Diplomáticas, incluyendo las residencias de los jefes de Misión, y en naves, aeronaves o campamentos militares del país en el exterior (...)».

[221] Se entiende por casos de urgencia, entre otros aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad (artículo 6, Convención de Caracas de 1954). Es el Estado asilante quien evalúa si se trata de un caso de urgencia (artículo 7).

índole que comprometan la seguridad nacional, las relaciones o los intereses del Estado peruano (artículo 11, Ley 27840).

Las causas que determinan el fin de la calidad de asilado o el término del trámite para su concesión son: cesa la situación que lo produjo; el asilado retorna a su país de origen; el asilado se naturaliza peruano (de acuerdo al artículo 27 de la Ley 27840); el asilado adquiere por cualquier medio la nacionalidad de un tercer Estado; el asilado abandona sin autorización o de manera definitiva el territorio nacional; el asilado realiza actos que implican la pérdida de la condición de asilado; y cuando los convenios o la costumbre internacional dispongan la conclusión del asilo (artículo 9, Ley 27840).

457. Cese del asilo

§26. Ley penal en relación a las personas

La aplicación de la ley penal en relación a las personas se rige por el **principio de igualdad** (artículo 2, inciso 2, Constitución). El Código Penal vigente cuenta con una expresa referencia en su artículo 10: «La ley penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de su función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales». El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004, siguiendo la actual tendencia que se orienta a limitar las posibilidades de prerrogativas, subraya en el texto del artículo mencionado que estas deben provenir de la Constitución [222].

458. Principio de igualdad

Sin embargo, existen **excepciones** al principio de igualdad, que son privilegios que se otorgan a ciertas personas, pero, en realidad, constituyen prerrogativas de los órganos, es decir, estos privilegios operan en forma objetiva, en relación a la función que ejercen, y no en forma personal, en relación a la persona misma. Estas excepciones se ubican en la Constitución y en las normas internacionales. Por ello, el origen de estas limitaciones tiene siempre un carácter político. Excepcionalmente, en relación a la función que la persona ejerce, se aceptan diversos principios: inviolabilidad, inmunidad, antejuicio, exenciones de derecho internacional [223].

459. Excepciones al principio de igualdad

a. Inviolabilidad

La persona que goza de la *inviolabilidad* no puede ser sancionada. Entre las personas que cuentan con esta prerrogativa se encuentran los congresistas: ellos no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por los *votos* u *opiniones* que emitan en ejercicio de sus

460. Inviolabilidad de los congresistas

[222] Introducción, párrafo 12.

[223] Peña Cabrera, 1997, p. 116 y 239 y ss.; Hurtado Pozo, 2005, pp. 339 y ss.; Bramont Arias, 1978, pp. 245 y ss.

funciones (indemnidad, artículo 93, segundo párrafo, Constitución). No sólo entran en consideración las expresadas en el pleno del Congreso sino las que impliquen ejercicio de funciones (comisiones, etc.). Esta inviolabilidad es permanente, es decir, se mantiene incluso concluido el mandato del congresista [224].

461. Naturaleza jurídica de la inviolabilidad

Sobre la *naturaleza jurídico-penal* de la inviolabilidad existen diferentes opiniones: es una causa de inculpabilidad [225], de justificación [226], una excusa legal absolutoria o causa personal de exclusión de la punibilidad [227]. A nuestro juicio, se trata de una causal personal de exclusión de punibilidad y se puede admitir una legítima defensa contra ella. Aunque el hecho cometido califique como un delito, por razones de política-criminal no es necesaria la imposición de una pena [228], esto debido a la naturaleza de la función que desempeñan los sujetos y la necesidad de garantizar la libertad del ejercicio de dichas funciones.

462. Inviolabilidad y participación

Los efectos de esta causal de exclusión de punibilidad no se extienden a los partícipes [229].

b. Inmunidad

463. Inmunidad del Presidente, congresistas y miembros del Tribunal Constitucional

La persona que cuenta con este privilegio no puede ser perseguida penalmente mientras dure su cargo. Gozan de inmunidad: *Primero*, el **Presidente de la República** (carece de inviolabilidad) quien «sólo puede ser acusado durante su período, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución; y por impedir su reunión o funcionamiento al Jurado Nacional de Elecciones» (artículo 117, Constitución). La acusación constitucional, ante el Congreso, corresponde a la Comisión permanente (artículo 99, Constitución política), y deberá ser sometido a antejuicio (artículo 100). En el caso de otros delitos cometidos durante el período presidencial, quedará expedita la acción luego de concluido dicho lapso, sin que se pueda computar para efectos de prescripción el tiempo transcu-

---

[224] BACIGALUPO, 1998, p. 127.

[225] ZAFFARONI, 1980, p. 488.

[226] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1984, II, p. 1070.

[227] MIR PUIG, 2004, p. 150, num. 30; BUSTOS, 2004, I, p. 615; JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 201-202; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 74.

[228] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 74.

[229] Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 127. Para JESCHECK/WEIGEND no es punible la participación (2002, p. 202).

rrido [230]. *Segundo*, los **congresistas**, pues no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de su Comisión permanente, desde su elección hasta un mes posterior al cese en sus funciones, excepto por *delito flagrante*, en cuyo caso serán puestos a disposición del Congreso o de la comisión citada, dentro de las 24 horas a fin que se autorice o no la privación de libertad y el enjuiciamiento (artículo 93, tercer párrafo, Constitución). *Tercero*, los **miembros del Tribunal Constitucional** gozan de la misma inmunidad que los congresistas (artículo 201, segundo párrafo de la Constitución).

A diferencia de la *inviolabilidad* que excluye la aplicación de una pena (límite absoluto de la aplicación personal de la ley penal), en la *inmunidad* no se excluye la punibilidad material del hecho sino que sólo se establecen obstáculos procesales en el enjuiciamiento de determinados sujetos (límite relativo de la aplicación personal de la ley penal), dejando la posibilidad final de aplicar la pena [231]. La finalidad de estos obstáculos reside en evitar que exista una utilización política del enjuiciamiento de ciertos individuos, por razón de sus funciones, con fines y consecuencias extrajudiciales [232]. Por tal motivo, el efecto de la inmunidad no es permanente, ya que ésta sólo se mantiene en un determinado tiempo, señalado por la Constitución.

464. Diferencia entre inmunidad e inviolabilidad

c. Privilegio procesal del Antejuicio

Llamado también **acusación constitucional**, es el privilegio procesal por el que se somete a la persona a ley o jurisdicción diferente, la que decidirá si se le juzgará como a cualquier otro ciudadano [233]. Las personas que gozan de este privilegio no pueden ser enjuiciados sin antes haber sido autorizados por el Congreso.

465. Antejuicio

Corresponde el antejuicio al Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, Miembros del Tribunal Constitucional, Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo y el Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas (artículo 99, Constitución).

466. Sujetos del Antejuicio

---

[230] Bramont Arias, 1950, p. 249. Cfr. Hurtado Pozo, 2005, p. 342, num. 911.

[231] Mir Puig, 2004, p. 150, num. 30.

[232] Berdugo *et al.*, 1999, pp. 74-75.

[233] Bramont Arias, 1978, p. 244.

467. Procedimiento del Antejuicio

Es la Comisión Permanente la que acusa ante el Congreso a los funcionarios que hayan cometido infracción de la Constitución y por delitos que realicen en el ejercicio de sus funciones. El Congreso tiene la potestad de resolver la acusación, a través de una decisión acusativa, para que el funcionario sea enjuiciado en un proceso legal. El acusado tiene derecho a la defensa. Si se toma esta decisión, será el Fiscal de la Nación quien formule denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo penal abre la instrucción correspondiente (artículo 100, Constitución). El procedimiento del antejuicio se encuentra regulado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

d. Exenciones del Derecho Internacional

468. Jefes de Estado extranjeros

Los **jefes de Estado**, que se encuentren en el territorio, están exentos de las leyes nacionales (artículo 297, Código Bustamante). Esta exención alcanza a los miembros de su séquito (artículo 7, Tratado de Montevideo de 1940).

469. Representantes diplomáticos

Los **representantes diplomáticos** también gozan de esta exención (artículo 298, Código Bustamante; artículo 19, Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos 20 de febrero de 1928), la que alcanza a los empleados extranjeros y a los miembros de la familia de los primeros que viven en su compañía. El Código Penal prevé sanción para la violación de estas inmunidades (artículo 335).

470. Funcionarios de la ONU

Los **funcionarios de la Organización de las Naciones Unidas** están inmunes contra todo proceso judicial por actos ejecutados en el carácter oficial (artículo V, numeral 18, inciso a, *Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*. Asamblea general de las Naciones Unidas 13 de febrero de 1946). La inmunidad contra la detención y arresto personales incluye a los representantes de las conferencias convocadas por las Naciones Unidas (artículo IV, numeral 11, inciso a) y a los peritos que forman parte de misiones de las Naciones Unidas (artículo VI, numeral 22, inciso a.). El Secretario General puede renunciar a la inmunidad de cualquier funcionario (artículo V, numeral 20).

471. Miembros de un ejército extranjero

Los **miembros de un ejército extranjero**, autorizado a pasar por el territorio, también cuentan con la exención de la aplicación de las leyes penales nacionales (artículo 299, Código Bustamante; artículo 7, Tratado de Montevideo de 1940).

Segunda parte
HECHO PUNIBLE

Capítulo VI
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

Sumario: §27. Teoría del delito. **§28.** Concepto del delito. **§29.** Niveles de la imputación penal. **§30.** Presupuestos que apartan la punibilidad. **§31.** Infracciones penales (delito y falta). **§32.** Evolución de la teoría del delito.

Bibliografía

Manuel A. Abanto Vásquez: *¿Normativismo radical o normativismo moderado?*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004. / Manuel G. Abastos: *Discurso*, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, UNMSM, Vol. 42, números 1, 2 y 3 (enero-diciembre), Lima 1978. / Nódier Agudelo Betancur: *Grandes corrientes del derecho penal: Escuela clásica*, Temis, Bogotá 2002. / Enrique Bacigalupo: *Lineamientos de la Teoría del delito*, 2ª ed., Juricentro, San José 1985. / Ernst Beling: *Esquema de derecho penal y doctrina de delito-tipo*, trad. de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires 1944. / Luis Bramont Arias: *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Librería Mundial de R. Meza S. y Cía., Lima, 1950. / Ricardo Breier: *Ciencia penal pós-finalismo: uma visão funcional de direito penal*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / Richard Busch: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Temis, Bogotá 1980. / José Antonio Caro John: *Recensión [al libro Derecho penal económico, de Percy García Cavero]*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004. / Francesco Carrara: *Programa de derecho penal, parte general*, traducción de José J. Ortega Torres de la edición italiana de 1859, Temis, Bogotá 1971. / José Cerezo Mir: *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 15, Idemsa, Lima 2004; Ídem, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001; Ídem, *El finalismo, hoy*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / Joaquín Cuello Contreras: *Neofinalismo y normativismo: Condenados a entenderse*, en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach: *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. de la 14ª ed. alema-

na (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Hammurabi, Buenos Aires, 1989. / PERCY GARCÍA CAVERO: *Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el derecho penal*, en Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; ÍDEM, *Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana*, en Revista de Derecho, Volumen 2, Universidad de Piura, Piura 2001. / JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTES: *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal. Parte general*, reimpresión, Civitas, Madrid 1987. / WINFRIED HASSEMER: *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, trad. de Francisco Muñoz Conde/María del Mar Díaz Pita, Temis, Bogotá 1999; ÍDEM, *Viejo y nuevo derecho penal*, en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, trad. de Francisco Muñoz Conde/María del Mar Díaz Pita, Temis, Bogotá 1999. / JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA: *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid 1993. / HANS JOACHIM HIRSCH: *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, en Derecho Penal, Obras completas. Libro homenaje, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999; ÍDEM, *¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente?*, en Derecho Penal, Obras completas. Libro homenaje, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / GÜNTHER JAKOBS: *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; ÍDEM, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá 2004; ÍDEM, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en Bases para una teoría funcional del Derecho Penal, trad. por Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijóo Sánchez/Enrique Peñaranda Ramos/Marcelo A. Sancinetti/Carlos J. Suárez González, Palestra, Lima 2000. / ERNST-JOACHIM LAMPE: *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad. de Carlos Gómez-Jara/Guillermo Orce/Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima 2003. / CARLOS MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid 1989. / MAX ERNST MAYER: *Normas jurídicas y norma de cultura*, trad. José Luis Guzmán Dálbora, Hammurabi, Buenos Aires, 2000. / JULIO MAZUELOS COELLO: *Política criminal y derecho penal funcional desde una perspectiva sistémica*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004. / EDMUND MEZGER: *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio* [*Stüdienbuch*], trad. de Conrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958; ÍDEM, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed. revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1946. / SANTIAGO MIR PUIG: *Introducción a las bases de derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona 1976. / EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT/JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES: *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona 1975. / EDUARDO NOVOA MONREAL: *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 2ª ed., Temis, Bogotá 1982; ÍDEM, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 1ª ed., Juricentro, San José de Costa Rica 1980. / ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO: *Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*, en El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz; Aranzadi, Navarra 2001. / GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS: *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales*, en Luis ARROYO ZAPATERO *et al.* (Coords.), Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Servicio de Publicaciones de la Universidad

de Castilla-La Mancha, Cuenca (España), 2003; ÍDEM, *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / CLAUS ROXIN: *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal*, en Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho penal contemporáneo, Ara, Lima 2004. / LUIS ROY FREYRE: *Derecho penal peruano, parte especial*, T. I (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 1974 (2ª edición, 1986); ÍDEM, *Derecho penal peruano, parte especial*, T. II (Delitos contra el honor, las buenas costumbres y la libertad y el honor sexuales), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 1975; ÍDEM, *Derecho penal peruano, parte especial*, T. III (Delitos contra el patrimonio), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 1983. / JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania*, en Estudios de Derecho Penal, Biblioteca de Autores Extranjeros 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000; ÍDEM, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona 1992. / JUÁREZ E. X. TAVARES: *Teoria do injusto penal*, 3ª edição, Del Rey, Belo Horizonte 2003; ÍDEM, *Teoría del delito. Variaciones-Tendencias*, trad. de Nelson R. Pessoa, Hammurabi, Buenos Aires 1983. / GUILLERMO VILLA ALZATE: *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*, Temis, Bogotá 1991. / FELIPE A. VILLAVICENCIO TERREROS: *Código Penal Comentado*, 3ª ed. (reimpresión), Grijley, Lima 2002. / FRANZ VON LISZT: *Tratado de derecho penal*, trad. a la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II, segunda edición (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Volumen XXVI), Editorial Reus, Madrid, s/f. / HELLMUTH VON WEBER: *Para la estructuración del sistema del derecho penal*, Traducción castellana de E.R. Zaffaroni, en Nuevo Foro Penal Nº 13, Bogotá 1982. / HANS WELZEL: *Derecho natural y justicia material. Preliminares para una filosofía del derecho*, trad. de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid 1957; ÍDEM, *Causalidad y acción*, en Cuadernos del Instituto de derecho penal Nº XXIV, trad. C. Finzi, Córdoba 1975; ÍDEM, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, en Revista Jurídica Veracruzana, Nº 2, Jalapa 1970; ÍDEM, *¿Un mal entendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 4, Buenos Aires 1968; ÍDEM, *El nuevo sistema del derecho penal*, versión castellana de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona 1964.

§27. Teoría del delito

La **teoría del delito** o **teoría de la imputación penal**, se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible. Esta es producto de una larga evolución de la dogmática penal. Tiene su campo de estudio en la **parte general del Derecho Penal**. «La teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles» [1].

472. Teoría del delito

[1] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 210. Cfr. NÁQUIRA RIVEROS, 1998, p. 1.

El *objeto* de la teoría de la imputación penal es plantear una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Penal positivo permite atribuir al regular las conductas delictivas que estime importantes [2]. Para que los elementos sistematizados de esta teoría no entren en contradicciones, se debe garantizar la «unidad de perspectiva valorativa». «Pero la pureza de la sistemática no requiere llevar hasta sus últimas consecuencias cada una de las afirmaciones. Más bien debe reconocerse la existencia de excepciones cuando éstas puedan fundamentarse de modo convincente para no forzar la lógica interna del sistema» [3]. En definitiva, la teoría de la imputación penal es un *instrumento ordenador de criterios y argumentaciones* que se pueden utilizar en la decisión y solución de casos jurídico-penales [4].

473. Objeto de la teoría del delito

Dicha sistemática se construye bajo diferentes parámetros, tomando en cuenta el enfoque que el observador adopte frente al fenómeno y al *método* que sigue para realizar dicha observación. En la historia del Derecho Penal se han construido algunos sistemas que se diferencian de acuerdo al método que adopta el observador (positivismo, neokantismo, ontologismo, funcionalismo) [5].

474. Método de la teoría del delito

La teoría del delito nace de la *ley* y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica [6]. Se construye como análisis de distintos niveles, en el que cada nivel supone al anterior, pero ello no autoriza que nos podamos mover de un plano a otro de análisis, cuando nos convenga [7]. Así, se van descartando simultáneamente las causas que impedirían aplicar la pena de las que la fundamentan. Sin embargo, el lenguaje utilizado en la ley no supone uniformidad de criterios; de allí que existan diversos sistemas. «En realidad, un sistema 'dogmático' del delito no es otra cosa que una *hipótesis posible* de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un *orden* de problemas y soluciones referidos a los casos en los que la ley debe aplicarse» [8].

475. Niveles de análisis de la teoría del delito

---

[2] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 143, num. 2.

[3] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 214.

[4] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 203.

[5] *Infra* núms. margs. 493 y ss.

[6] JESUS, 1985, p. 143.

[7] ZAFFARONI, 1981, III, p. 18.

[8] BACIGALUPO, 1987, p. 143.

Esta teoría, además, constituye un instrumento conceptual y práctico que permite precisar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal prevista en la ley. La teoría de la imputación penal trata de dar una **base científica** al intérprete proporcionándole un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos en un considerable *grado de seguridad* [9]. Pero el traslado del caso específico a lo que la ley señala como presupuesto, para la aplicación de la pena, no genera un grado de seguridad absoluta; por ello, su función es de mediación entre el texto legal y el caso concreto [10].

476. Teoría del delito como instrumento conceptual y práctico

No podemos llegar a una dogmática del Derecho Penal excesivamente basada en fórmulas abstractas, en la que el juez se confíe en el automatismo de los conceptos técnicos y de esa manera desatienda las particularidades del caso concreto. Esta *finalidad práctica* significa que el uso de la dogmática sirve para fundamentar resoluciones en sede judicial. Las soluciones que plantee requieren la fundamentación de su racionalidad político-criminal. Se ofrece tanto al jurista como al operador del derecho un modelo de análisis que sirve para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores [11].

477. Finalidad práctica de la teoría del delito

Sin embargo, la más importante función que cumple la teoría de la imputación penal es la **función garantista**, pues su campo de acción no solo comprende a la *criminalización primaria* realizada por el legislador, sino también a la *secundaria*, es decir, la aplicación racional de esta teoría. A su vez, nos brinda un punto referencial para la crítica de las desviaciones de la práctica judicial respecto de los principios del Estado de derecho [12]. Una teoría del delito, que tiene elementos claros y precisamente definidos, aplicables a cualquier hecho punible, permite ofrecer a los tribunales criterios válidos para los supuestos que se presenten, y permite, por tanto, garantizar predictibilidad en las resoluciones que se emitan [13]. De esta forma, la teoría del delito o de la imputación penal, se debe constituir en una barrera frente a la intervención violenta del poder penal. Pero además, la imputación cumple una función comunicativa en el sistema social [14].

478. Importante función garantista de la teoría del delito

---

[9] Bacigalupo, 1985, pp. 17-18. Cfr. Náquira Riveros, 1998, p. 1.

[10] Bacigalupo, 1985, p. 18.

[11] Bustos, 2004, I, p. 621.

[12] Bacigalupo, 1985, p. 22.

[13] Luzón Peña, 1999, p. 223.

[14] Gonzalo Fernández, 2004, p. 230.

§28. Concepto del delito

479. Concepto del delito

El **delito** es una **conducta típica, antijurídica** y **culpable**. Los niveles de análisis son tipo, antijuridicidad y culpabilidad [15]. Estos «distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable» [16]. El artículo 11 del Código Penal expresa que «son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley». Si bien esta sucinta descripción no expone taxativamente las características que se aceptan para la definición del delito [17], están implícitas. El Anteproyecto de la parte general del Código Penal 2004, en su artículo 11 mantiene la misma fórmula. Ejemplo: el que con su arma de fuego dispara sobre otro y lo mata. Esa conducta corresponde a la descripción del tipo legal del homicidio (artículo 106, Código penal): a esto llamaremos **conducta típica**. Esta conducta es contraria al derecho por ende, **antijurídica** (si no existe causa de justificación). Además, será necesario que el sujeto sea **culpable**.

480. Punibilidad

Algunos autores añaden a la **punibilidad** como un elemento adicional en la definición del delito [18].

---

[15] Existe «una reciente discusión sobre la posibilidad de sustituir las categorías tradicionales del delito: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, en su caso punibilidad, por las de 'necesidad de pena' y 'merecimiento de pena' (...), o al menos de la operatividad de la necesidad y el merecimiento de la pena dentro de los elementos tradicionales de la estructura del delito» (LUZÓN PEÑA, 1999, p. 240).

[16] CEREZO MIR, 2003, II, p. 23.

[17] Sobre la importancia de la definición material del delito, *vid.* MAURACH/ZIPF, 1994, p. 213.

[18] CUELLO CONTRERAS establece que este elemento sólo se presenta en algunos casos delictivos excepcionales; mejor dicho, hay acciones típicas, antijurídicas y culpables que requieren de alguna circunstancia para que sean consideradas punibles (1996, p. 272). El citado autor señala que la punibilidad ya está implícita en la caracterización de la acción punible como acción típica. La tipicidad, con carácter general, cumple la finalidad de dar satisfacción al principio de legalidad penal, estableciendo todos los requisitos de los que se requiere hacer depender la responsabilidad penal, no existiendo inconveniente alguno en entender que estas circunstancias adicionales de las que depende la punibilidad formen parte del tipo (*Ibidem*, p. 273). Por su parte, MIR PUIG señala que la punibilidad, es «una característica muy discutible que agruparía a ciertas condiciones *positivas* ('condiciones objetivas de punibilidad') o *negativas* ('causas personales de exclusión de la pena', 'excusas absolutorias') que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que añadirían a la

§29. Niveles de la imputación penal

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en delito [19]. Estos niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito. Para imputar el hecho, cuando se constata la presencia de las dos primeras características (tipicidad y antijuridicidad) se denomina **injusto** a la conducta que las ofrece [20]. En consecuencia, *lo injusto* es una conducta típica y antijurídica [21].

481. Injusto

Pero la presencia de lo injusto no es suficiente para imputar un delito, pues además, resulta necesario determinar la **imputación personal** (*culpabilidad*), es decir, si el sujeto debe responder por lo injusto (*sujeto culpable*). En los casos que no se pueda imputar personalmente al sujeto lo injusto realizado (v. gr. inimputable, error de prohibición inevitable, etc.), estaremos ante un *sujeto no culpable.*

482. Imputación personal

Puede también ocurrir que, pese a la existencia del delito, no sea posible la punibilidad (por ejemplo, por la presencia de causas que excluyen o cancelan la punibilidad). Este no es un elemento del delito y debe estudiarse en el momento de la determinación judicial de la pena.

483. Exclusión de punibilidad

---

necesidad de la antijuridicidad y 'culpabilidad'» (...). Su ausencia (si son positivas) o su concurrencia (si son negativas) no impediría la antijuridicidad ni la 'culpabilidad' (...), sino sólo la conveniencia *político-criminal* de la pena por *otras razones* ajenas a la gravedad de la infracción (...) o que nada tiene que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc. (...) Concluye, dicho autor, estableciendo que «no se trata de una categoría unitaria, sino que hace referencia a dos grupos de elementos de distinta naturaleza: a) por una parte, las condiciones objetivas de la punibilidad de las que depende la relevancia jurídico-penal del hecho con carácter *objetivo* (...); b) por otra parte, aquellas circunstancias que impiden castigar a *una determinada persona*, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho ni, por tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él» (2004, pp. 150-151).

[19] WELZEL, 1976, p. 73.

[20] Diversos autores utilizan la expresión «injusto» como traducción de la voz alemana «*unrecht*», sin que tenga nada que ver con el derecho natural (ZAFFARONI, 1981, III, p. 30). BACIGALUPO considera que «la traducción no parece afortunada porque sugiere implicancias iusnaturalistas que son ajenas al concepto» (1987, p. 150), y sugiere el empleo de la expresión *ilícito* para la traducción.

[21] ZAFFARONI, 1981, III, p. 30.

a. Imputación del hecho (lo injusto)

a.1. Tipo

484. Tipo y tipicidad

La verificación de si la conducta realizada coincide con lo descrito en la ley (tipo) es una función que se le denomina **tipicidad**. Este proceso de imputación implica dos aspectos: la imputación objetiva y subjetiva. Así, determinar el tipo objetivo (*imputación objetiva*), supone identificar los aspectos de la imputación a la conducta y al resultado. Sin embargo, esto no basta, pues será necesario analizar si se dieron las características exigidas en el aspecto subjetivo del tipo (*imputación subjetiva*).

a.2. Antijuridicidad

485. Antijuridicidad

Para que una conducta típica sea imputable, se requiere que sea antijurídica, es decir, que no esté justificada. La existencia de una *causa de justificación* impide comprobar que la conducta típica sea antijurídica. Las causas de justificación son disposiciones permisivas especiales que operan sobre cualquier forma básica de hecho punible (delito doloso o imprudente, de comisión u omisión). Las más importantes justificaciones son la legítima defensa (artículo 20, inciso 3, Código penal), el estado de necesidad (artículo 20, inciso 4, Código penal) y el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, inciso 8, Código penal). En la práctica, el juicio de la **antijuridicidad** se limita a una constatación negativa de la misma, pero la antijuridicidad posee características especiales que más adelante estudiaremos. Si no se presenta alguna causa de justificación, la antijuridicidad de la conducta típica estará comprobada.

b. Imputación personal (culpabilidad)

486. Culpabilidad

La **imputación personal** se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena (no se pretende un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación del sujeto frente al cúmulo de condicionamientos), y por otro lado, desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que éste tiene frente al Estado. Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al agente: **imputabilidad** (excluida por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción), **probabilidad de conciencia de la antijuridicidad** (excluida por situación de error de prohibición) y **exigibilidad de otra conducta** (excluida por una situación de miedo insuperable, obediencia jerárquica, etc.).

§30. Presupuestos que apartan la punibilidad

Existen algunos casos en los que el delito no es sancionable debido a la existencia de ciertas circunstancias que apartan la punibilidad (pueden ser penales o procesales). Ninguna de estas circunstancias pertenece a lo injusto o a la imputación personal (culpabilidad). Son propias de la teoría de la pena y deben estudiarse en el momento de la determinación judicial de la misma. En ciertos casos la ley exige la existencia de **condiciones objetivas de punibilidad**. Ejemplo, en el libramiento indebido no procede la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento (art. 215 *in fine*, CP).

487. Presupuestos que apartan la punibilidad

a. Causas personales que excluyen la punibilidad [22]

Se trata de causas que paralizan la posibilidad de aplicar una pena desde el mismo momento de la comisión delictiva, fundamentadas en razones político-criminales que deben estudiarse en la parte especial. Ejemplo: ciertos delitos contra el patrimonio cometidos entre parientes (artículo 208, Código penal), injurias en juicio (artículo 137, Código penal).

488. Causas personales que excluyen la puniiblidad

b. Causas personales que cancelan la punibilidad

Las causas personales que excluyen la punibilidad deben existir al momento de la comisión del delito. Las que cancelan son sobrevinientes al mismo, y se presentan con posterioridad a la comisión del delito. Ejemplo: prescripción de la pena (artículo 85, Código penal), indulto (artículo 89, Código penal), desistimiento en la tentativa inacabada (artículo 18, Código penal). La diferencia de las causas personales que excluyen o cancelan la punibilidad con las *condiciones objetivas de punibilidad* consiste en que las primeras están vinculadas a presupuestos personales especiales de los agentes, mientras que ante la falta de una condición objetiva de punibilidad supone impunidad para todos los intervinientes del delito [23].

489. Causas personales que cancelan la punibilidad

---

[22] Llamadas «excusas absolutorias». Cfr. Roy Freyre, 1983, p. 336. Diferente, Peña Cabrera (1983, p. 472), quien coincide con Zaffaroni en rechazar la referencia a «absolución» pues importa connotaciones procesales que desvirtúan su verdadera naturaleza (1983, p. 20. Cfr. también Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 680, § 270).

[23] Jescheck/Weigend, 2002, p. 598.

c. Condiciones procesales

490. Condiciones procesales

Existen ciertos presupuestos que condicionan la **perseguibilidad penal** y que sólo se refieren a la posibilidad de proceso penal [24]. Nos referimos a ciertos requisitos de perseguibilidad que están mencionados en el Código Penal aunque su estudio corresponde al Derecho Procesal. Ejemplo: acción privada en los delitos de violación de la intimidad (artículo 158, Código penal), acción privada del ofendido en delitos contra el honor (artículo 138, Código penal), etc.

§31. Infracciones penales (Delito y falta)

491. Delito y falta

Las infracciones penales se clasifican formalmente en **delitos** y **faltas**. Esta es la **clasificación bipartita**, pero también existe la llamada **clasificación tripartita** que identifica crimen, delito y contravención. En el Perú, no existe la diferencia entre crimen y delito [25].

492. Las faltas

Las diferencias entre delito y falta son esencialmente cuantitativas o legales [26] [27]. El propósito de señalar diferencias cualitativas no ha tenido éxito [28]. Su distinción mayormente se da en función a la gravedad del hecho cometido [29]. El Código Penal en el artículo 440 permite afirmar

---

[24] STRATENWERTH, 2005, p. 139, num. 31.

[25] En el derecho internacional, siguiendo la tradición de otros sistemas jurídicos, se utiliza el término «*crimen*» para identificar las conductas que afectan gravemente a la humanidad. En la propuesta legislativa denominada «Adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» presentada por el grupo de trabajo Nº 3 al pleno de la Comisión especial revisora del Código Penal, el 10 de diciembre del 2003 se señala que «la sub comisión acordó respetar la actual estructura bipartita del Código Penal «*delitos y faltas*» siguiendo la tradición histórica de precedentes cuerpos legislativos penales» (p. 16).

[26] HURTADO POZO, 1987, p. 326.

[27] Ejemplo: diferencia entre delito doloso de lesión y falta dolosa de lesión (artículos 124 y 441, Código penal). La falta se presenta cuando el daño en el cuerpo o en la salud requiera asistencia médica o produzca impedimento de trabajo hasta por 10 días. Otras diferencias: falta y delito de hurto (artículos 185 y 444, Código penal). En las demás faltas no se precisan referencias.

[28] CEREZO MIR, 2003, II, p. 26; JESÚS, 1985, p. 163.

[29] *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 205.

que la regla es que las disposiciones de la parte general se aplican tanto a delitos como a faltas, y estas pueden ser dolosas e imprudentes (aunque estas últimas son escasas, ejemplo: faltas imprudentes contra la persona, artículo 441, tercer párrafo). Pero, de manera excepcional, precisa algunas restricciones: las faltas sólo se sancionan cuando están consumadas, -salvo en los casos de faltas de lesiones dolosas (artículo 441, primer párrafo), faltas de lesiones a menores de edad y parientes (artículo 441, segundo párrafo) y faltas de hurto, daño y hurto de ganado (artículo 444), donde se acepta la tentativa (artículo 8, Ley 27939)-; en ellas sólo responden los autores; las penas que pueden imponerse son las restrictivas de derechos y multa; los días-multa no serán menos de diez ni más de ciento ochenta; la acción penal y la pena prescriben al año (artículo 8, Ley 27939).

§32. Evolución de la teoría del delito

493. Sistemas de la teoría del delito

En la evolución del Derecho Penal se han presentando diversos sistemas que definen al delito y que constituyen cada uno un modelo de análisis diferente y que han sido construidos sobre la base del modelo anterior con la perspectiva de superar sus carencias [30]. La dogmática jurídico-penal ha desarrollado dos grandes sistemas: los sistemas teóricos antiguos o bipartitos y los sistemas teóricos contemporáneos o tripartitos.

494. Sistemas bipartitos del delito

Los **sistemas teóricos antiguos** o **bipartitos** se basaban principalmente en la distinción entre sujeto (es el autor del hecho) y objeto del delito (es el hecho cometido por el autor). Estos sistemas examinan la idoneidad del sujeto del delito (con ello, para tales sistemas se hace forzoso tomar a la teoría de la imputabilidad como base del sistema: sólo es capaz de actuar un autor imputable). El objeto del delito aparece recién en el debate sobre la causalidad del autor, y éste está constituido por el ilícito típico [31]. La dogmática italiana los denominó *imputatio facti* (imputación objetiva o del hecho) e *imputatio iuris* (imputación subjetiva o de derecho), se le imputaba al sujeto ser autor de la conducta como obra suya de la parte externa u objetiva del hecho y se le atribuía también dicha conducta por la actitud interna o subjetiva ante las normas [32]. La **antijuridicidad** no es un elemento integrante del delito, sino más bien la esencia del delito, ya que viene a ser la resultante de la conjunción del elemento objetivo y subjetivo [33] [34]. Aun así, la

---

[30] Cfr. Bustos, 2004, I, p. 623.

[31] *Vid.* Maurach/Zipf, 1994, p. 227.

[32] Luzón Peña, 1999, p. 224.

[33] Rodríguez Devesa, 1991, p. 331.

[34] En el sistema tripartito la antijuridicidad debe separarse del hecho y de la ubicación de ese hecho a una persona concreta a título de dolo o de culpa (Quintero Olivares, 2000, p. 247).

antijuridicidad se presenta como una categoría entremezclada en dichos elementos y sin una función propia.

CARRARA denomina a estos elementos como «fuerzas», pues entiende que «se requiere del concurso de aquellos elementos que, al producir el choque del hecho con la ley civil, originan criminosidad de la acción» [35]. Distingue una *fuerza moral subjetiva* del delito (llamada también fuerza interna o fuerza activa) que consiste en la voluntad inteligente del hombre que obró, y una *fuerza física subjetiva* del delito (llamada también fuerza externa o fuerza pasiva) que está representada por la acción corporal, con la que el agente ejecuta el designio perverso. Por lo tanto, de la fuerza interna surge el elemento moral y de la fuerza externa surge el elemento material [36]. Aunque se reconoce a la escuela italiana un importante papel en la evolución de la teoría jurídico-penal, la mayor contribución sistemática se debe especialmente a la doctrina alemana [37].

495. Teoría del delito en Carrara

Los **sistemas teóricos contemporáneos** o **tripartitos**, se han desarrollado sobre la base de los sistemas bipartitos en la ciencia del derecho alemán a finales del siglo XIX. Luego se fue perfeccionando gracias a los aportes de la misma doctrina alemana, los países de la Europa continental, los países de Iberoamérica y algunos países asiáticos [38]. Los sistemas tripartitos, a diferencia del anterior sistema, fundamentan al delito a través de la acción. «En este sentido, es capaz de cometer una acción toda persona, sin consideración de su capacidad de imputabilidad; de tal modo, ésta pasa de ser un presupuesto de la acción a uno de la culpabilidad» [39].

496. Sistemas tripartitos del delito

Si apreciamos el origen de los elementos del delito, es la **culpabilidad** la primera en aparecer diferenciada a fines del siglo XVIII (existen antecedentes en la Edad Media) [40]. A diferencia de la responsabilidad civil, una sanción penal clásica exigía una responsabilidad subjetiva, que viene a ser la culpabilidad, configurándose como elemento general de la teoría del delito. La culpabilidad encuentra su antecedente en los postulados de MERKEL (1867); quien aun, basándose en las concepciones clásicas de la imputación, logró juntar al dolo y a la culpa bajo el término genérico de determinación de la voluntad contraria al deber [41]. También tuvieron especial importancia los trabajos de Reinhard FRANK en su obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* de 1907 [42]. Pero a diferencia de la responsabilidad civil, la sanción penal clásica exige precisamente responsabilidad subjetiva, se añade el requisito de la culpabilidad. Se ubica como categoría fundamental, aunque vinculada a la antijuridicidad, en la doctrina de Karl BINDING en su obra «Las normas y sus infracciones». En la

497. Origen de la culpabilidad en el sistema tripartito

---

[35] CARRARA, 1971, p. 63.

[36] CARRARA señala un elemento más que surge de la fuerza interna y de la fuerza externa y es el elemento político (1971, p. 69).

[37] TAVARES, 1983, p. 12.

[38] Cfr. LUZÓN PEÑA, 1999, p. 223.

[39] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 228.

[40] JESCHECK (2002, p. 216) refiere a A. MERKEL como el que dio inicio al concepto de culpabilidad.

[41] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 216.

[42] ROXIN, 1999, p. 196, num. 9.

obra de von LISZT y de BELING aparece la culpabilidad como elemento básico del delito, diferenciado de la antijuridicidad.

498. Origen de la acción en el sistema tripartito

En la primera mitad del siglo XIX se logra distinguir entre el injusto y la imputación del hecho en la obra de K. STÜBEL (1805). El elemento **acción** aparece claramente como piedra angular de la estructura básica del delito en los trabajos de Albert Friedrich BERNER (1857), y se insinuaba en la del profesor LÜDEN (1840), quien había elaborado un concepto tripartito del delito integrado por los elementos generales: acción, antijuridicidad y culpabilidad. La acción, como base de la estructura del delito, se va reiterando en cada una de las propuestas, sólo que con diferentes contenidos [43].

499. Origen de la antijuridicidad en el sistema tripartito

La **antijuridicidad** se origina a consecuencia de los trabajos de Rudolf von IHERING (*Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Roth 1867) quien desarrolló para el Derecho Civil el concepto de antijuridicidad objetiva, demostrando que la culpabilidad no juega papel alguno en ciertas infracciones jurídicas de las que se derivan consecuencias jurídicas, y con ello logra establecer la independencia de la antijuridicidad objetiva de la culpabilidad. Luego, fue tomado por Franz von LISZT para fundamentar su sistema antijuridicidad objetiva-culpabilidad subjetiva; y con BELING logran incorporar este elemento al Derecho Penal. Así, se origina la moderna teoría analítica del delito. Aunque, Karl BINDING en su *Teoría de las normas* separa el concepto de antijuridicidad del Derecho Penal y le dio un significado autónomo [44].

500. Origen del tipo en el sistema tripartito

Pero la antijuridicidad objetiva no permitía diferenciar con facilidad entre los hechos delictivos y los hechos que se encontraban en contraposición al Derecho. Dado que no cualquier conducta que afecta al Derecho necesariamente es delictiva, surge el tercer elemento del delito: el **tipo**. Este concepto resultaba una necesidad garantista y fue Ernst BELING quien define a la tipicidad (*tatbestandsmassegkat*) y al tipo (*tatbestand*) en *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen 1906), en el sentido que sólo las conductas que describen un tipo legal merecen sanción, es decir, deben ser típicas, y lo ubica como elemento anterior a la antijuridicidad y la culpabilidad. Luego, MAYER incluye en el tipo de ilícito todo el acontecer objetivo (externo) mientras lleva todo el acontecer subjetivo (lo psicológico) al campo de la culpabilidad [45].

501. Otras concepciones del delito

De esta manera, quedó estructurado el concepto tripartito del delito del llamado sistema LISZT-BELING. Este concepto tripartito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) no ha sido el único, pues han existido otros. Una concepción bipartita fue propuesta por Adolf MERKEL (antijuridicidad y culpabilidad inseparables), MEZGER y SAUER (tipicidad y antijuridicidad inseparables: el tipo es *ratio essendi* de la antijuridicidad, el tipo es el

---

[43] Dichos contenidos están condicionados por los fundamentos ideológicos que sirven de base a las diferentes propuestas (BUSTOS, 2004, I, p. 623).

[44] «La acción punible no infringe en realidad la Ley penal que tan sólo impone la sanción, sino que lesiona el mandato y la prohibición del Ordenamiento jurídico (las normas) que conceptualmente preceden a la primera; es por ello que toda la teoría del injusto debe ser comprendida autónomamente a partir del contenido de esas normas» (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 216).

[45] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 228.

502. Influencias del sistema tripartito

fundamento de la antijuridicidad) y en esta línea, también la teoría de los elementos negativos del tipo [46] o teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho [47].

A partir del sistema tripartito, que es el dominante, en la dogmática alemana se han desarrollado cuatro sistemas específicos que han tenido gran influencia en Latinoamérica: causalismo naturalista, causalismo valorativo, finalista y el funcionalista. Cada uno de estos sistemas ha tenido influencias filosóficas, culturales y sociales, en relación a su desarrollo histórico dogmático [48].

a. Causalismo naturalista (Sistema Liszt-Beling)

503. Causalismo naturalista y pensamiento positivista

Ante las dificultades de los autores hegelianos y de los teóricos de los imperativos para lograr proporcionar una concepción práctica del delito, se dio lugar a que rápidamente se difundiera el pensamiento positivista que dominó en Alemania desde el último tercio del siglo XIX hasta las primeras décadas del siglo XX [49]. El pensamiento filosófico del positivismo naturalista, que es un pensamiento mecanicista y causalista, originó el método del sistema LISZT-BELING. Este positivismo científico se traduce en

---

[46] Esta posición entiende que existe un tipo total de injusto que incluye aspectos positivos y negativos. Precisamente la ausencia de causas de justificación se integra a los aspectos negativos del tipo. MERKEL dio origen a esta teoría. WELZEL, que se orientaba en el sentido que el tipo es *ratio cognos endi* (indicio) de la antijuridicidad (teoría dualista de la norma), criticó la confusión valorativa que esta teoría podría originar, recuérdese su clásico ejemplo del mosquito (1970, p. 119): No habría diferencia entre matar a un hombre en legítima defensa que matar a un mosquito pues ambos casos serían atípicos. A esto ha replicado ROXIN afirmando que «por cierto existe una diferencia esencial entre el matar a un mosquito y un asesinato en defensa necesaria cometido con un arma de fuego. Pero el problema consiste en saber si esta diferencia es decisiva para el juzgamiento jurídico-penal del caso. Y ello debe responderse negativamente. En ninguno de los dos casos existe la menor sombra de una desaprobación jurídica de la acción correspondiente. La innegable diferencia de ambos actos, considerados desde un punto de vista social, no repercute en el ámbito jurídico-penal. Esto es lo importante» (ROXIN, 1979, p. 283). Sin embargo, la inversión valorativa que esta teoría originó fue señalada por GÓMEZ BENÍTEZ (1987, p. 301) quien considera que esta confusión valorativa conduce a una confusión en la función motivadora del derecho penal. La norma prohibitiva que se expresa en el tipo legal cumple una función motivadora pues a todo ciudadano le señala que matar afecta un valor social, busca motivar a no matar. La teoría de los elementos negativos del tipo distorsiona este mensaje motivador: «mate, pero en legítima defensa (...), con una causa de justificación». BUSTOS (1984, p. 154) considera que efectivamente esta teoría origina una confusión de las categorías del delito. Además, en un Estado social y democrático de derecho, la vida humana es un valor fundamental en la sociedad «lo cual no solo liga a un determinado sector del ordenamiento jurídico, sino en forma global y total, por tanto también al derecho penal y en especial a este. Luego no se podría decir que la muerte de un hombre y la muerte de un mosquito son iguales valorativamente, aunque haya una causa de justificación» (BUSTOS, 1984, p. 155).

[47] MIR PUIG, 1985, p. 97.

[48] Cfr. JESCHECK, 1993, p. 180. *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 214-215.

[49] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 364.

dos expresiones: una de ellas es el normativismo (Dogmática del Derecho Penal); y el otro es el naturalismo (Criminología). Dicha concepción filosófica, se halla plasmada en la concepción del delito que construye este sistema. Con este sistema se da inicio a la dogmática moderna buscando la configuración de una teoría científica del delito [50].

504. Método analítico del positivismo científico

En este sistema se comienza a utilizar el **método analítico** del **positivismo científico**, donde se distingue y se identifica claramente los elementos generales del delito buscando en cada uno de ellos su base empírico-descriptivo, diferenciando las características objetivas de las subjetivas [51]. No debemos olvidar que al causalismo naturalista se le identifica por su sencillez y claridad expositiva. Se buscaba reconducir al sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o factores objetivos del mundo externo, o procesos subjetivos y psíquicos [52]. Por eso, se planteaba una división en este sistema, de una teoría del delito que comprendía elementos objetivos y subjetivos.

Franz von LISZT adoptó el pensamiento científico de las ciencias naturales y lo adecuó a la explicación del delito, como un sistema de sucesivas determinaciones. Este se regía por el principio objetivo-subjetivo: lo injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva [53]. El pensamiento adoptado actuaba de contrapeso a las exigencias de la prevención especial de la escuela dirigida por von LISZT. Este sistema clásico se expresaba como una estructura bipolar: de un lado, debía garantizar un máximo de seguridad jurídica mediante la objetividad y el formalismo de los presupuestos penales; de otro, debían alcanzar un máximo de efectividad gracias a un sistema de sanciones orientados hacia el delincuente [54]. La plasmación del delito en este modelo se enfoca como un fenómeno matizado normativamente donde el delito es, sobre todo, una conducta acompañada por tres atribuciones: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, no abandona la diferenciación clásica italiana y pone como fundamentación sistemática la distinción entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo: en el primero encontramos a la acción, al tipo y a la antijuridicidad; y en el segundo, a la culpabilidad.

505. Definición del delito en von Liszt

Para este sistema influenciado por el positivismo naturalista, la **acción** era el movimiento corporal impulsado por la voluntad que modifica el mundo exterior, perceptible por los sentidos, relacionando ambos extremos a través de la causalidad; de ello, definían al delito como la relación de causalidad entre dicha acción y el resultado. Para von BURI, en su *teoría de la equivalencia*, dicho vínculo de la causalidad parecía excluir todos los distingos objetivos en la realización del tipo [55]. La acción tiene una concepción natural, mecánica y valorativamente neutra. La acción, que era la base de este sistema, es el sustantivo y sus adjetivos el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad a través de los cuales se la determina. «Esta concepción de la acción en la teoría del delito condicionaba, como consecuencia lógica, la forma de entender las distintas instituciones integrantes del concepto de delito, marcando de partida una tajante

506. La acción en el causalismo naturalista

---

[50] BUSTOS, 2004, I, p. 624.

[51] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 228.

[52] ROXIN, 1999, p. 200, num. 17.

[53] LISZT, s/f. BELING, 1944.

[54] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 218.

[55] *Ibidem*, p. 217.

distinción entre lo objetivo y lo subjetivo y convirtiendo los elementos integrantes del delito en meros predicados del concepto de acción previamente acuñado» [56].

507. El tipo en el causalismo naturalista

La acción, como los otros elementos generales, debían estar vinculados con la norma jurídica: así pues, la acción debía encajar en la descripción que realizaban las normas penales, esto en cumplimiento del principio de legalidad. Era necesaria la presencia de una característica meramente formal del delito. Es así como se logra describir al **tipo** como elemento general del delito en la obra de BELING [57], y se consolida el sistema LISZT-BELING. En este sistema, el **tipo** es objetivo-descriptivo. El tipo es una descripción de la relación entre la acción (antecedente) y un resultado, que es el cambio del mundo exterior (consecuente). «La tipicidad y el tipo tienen carácter descriptivo, no valorativo, pues se entiende que el simple hecho de que una acción esté descrita en la ley penal no implica todavía valoración negativa, ni positiva, de esa conducta, sino que es algo valorativo neutro, ya que puede suceder que concurra una causa de justificación que elimine la antijuridicidad y con ello el posible desvalor o incluso suponga una valoración positiva» [58]. El tipo también es objetivo ya que comprende en él sólo elementos externos del hecho previsto en la descripción legal (acción y resultado). Por ello, BELING lo define como aquel elemento que no tenía ningún significado valorativo, y que era sólo una descripción del suceso objetivo externo en la norma penal [59].

508. La antijuridicidad en el causalismo naturalista

La **antijuridicidad** es objetiva-valorativa. Se caracteriza por ser un juicio valorativo puramente formal, ya que sólo bastaba con comprobar que la conducta es típica y que no concurre ninguna causa de justificación que excepcionalmente la permita, para poder enjuiciarla negativamente como antijurídica. La antijuridicidad viene a ser una simple valoración del proceso causal objetivo externo. La antijuridicidad también era entendida en forma objetiva, como contradicción entre hecho y norma. Era una mera especificación valorativa de una acción típica previa. La antijuridicidad delimitaba el objeto normativo. Por ello, se tomaba la concepción de la antijuridicidad objetiva de von IHERING.

509. La culpabilidad en el causalismo naturalista

La **culpabilidad** es el aspecto subjetivo del delito que busca precisar el contenido de la voluntad y se identifica como la relación psicológica con la conducta típica y antijurídica. Es una relación psicológica no material entre el hecho y su autor (*teoría psicológica de la culpabilidad*). Las formas de esa relación psicológica, es decir, las diversas intensidades de ese vínculo dan origen a las formas de la culpabilidad que son el dolo y la culpa: así en el caso del dolo, el nexo «es la voluntad o incluso la intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado); mientras que en el caso de la imprudencia resultaba más difícil hallar ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, de modo más general –para los delitos de mera conducta–, no quiere realizar el hecho típico; pero pese a

---

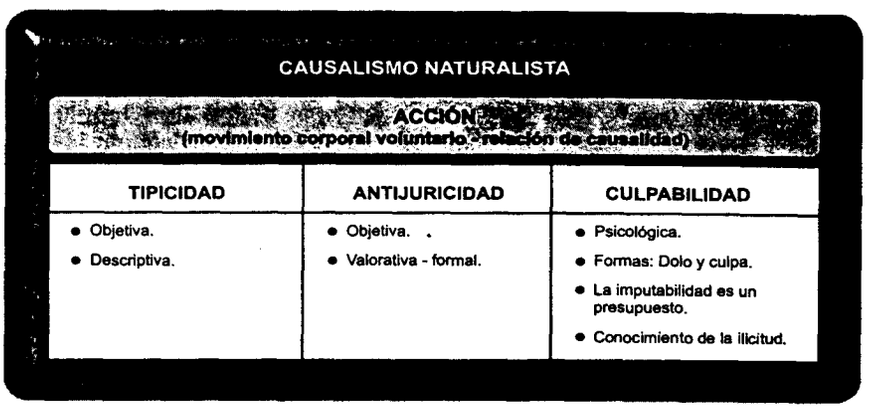
[56] MORALES PRATS/PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES, 2000, pp. 248-249.

[57] Tal carácter descriptivo y neutro del tipo en la concepción inicial de su creador BELING, no impide poco tiempo después a MAYER mantiene ese carácter pero al mismo tiempo reconoce que la tipicidad es ciertamente un indicio pero nada más que un indicio de la antijuridicidad; o en otra fórmula, que el tipo es la *ratio cognosciendi* de la antijuridicidad; esto es, supone una razón para conocer la posibilidad de la antijuridicidad.

[58] LUZÓN PEÑA, 1999, pp. 228-229.

[59] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 217.

todo se ve la relación, según unos, en que quiere la acción en sí, o, según otros, en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico» [60]. De los elementos de la culpabilidad se identifica y constata la capacidad psíquica del autor, es decir, la capacidad de culpabilidad, que no es más que la imputabilidad. Entonces en este sistema, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.



LISZT también pensaba que la pena se integraba a la estructura del delito. Posteriormente, se trató de incorporar a las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* y *excusas legales absolutorias*.

510. La punibilidad en von Liszt

b. Causalismo valorativo (sistema neo-clásico)

En Alemania, el método positivista fue abandonado a principio de los años veinte del siglo pasado. Así, por la influencia del neokantismo de la escuela sudoccidental alemana, surge un modelo causal valorativo que estudia al delito en orientación a valores e ideales. La **ideología neokantiana** se identifica entre dos grandes ciencias: las de la naturaleza y las de los valores (son propias del aspecto social de los hechos) [61]. En ese contexto, se propugna el carácter de auténtica ciencia a las ciencias del espíritu (a la que pertenece la ciencia del Derecho), diferenciándola de las ciencias naturales, tanto en su objeto como en su método. Así pues, las ciencias naturales contaban con un objeto físico, mientras que las ciencias del espíritu tenían como objeto las obras y caracteres del espíritu humano, que suponen significados y valoraciones. El método no es el empírico y de observación, propio de las ciencias naturales, sino que el método de las ciencias del espíritu se fundamentaba en aprehender, entender, valorar significados y sentidos y, aplicar las valoraciones a las obras y virtudes humanas. El método de las ciencias del espíritu es un **método comprensivo** y **valorativo** [62].

511. Ideología y método neokantiano

[60] LUZÓN PEÑA, 1999, pp. 229-230.

[61] BUSTOS, 2004, I, p. 626.

[62] Cfr. LUZÓN PEÑA, 1999, pp. 230-231.

512. Causalismo valorativo y neokantismo

El sistema causal valorativo aplicó ideas neokantianas valorativas sobre un sistema positivista naturalista del delito de manera que lo valorativo recorría y vinculaba a todos los elementos del delito (lo injusto es objetivo, valorativo y excepcionalmente subjetivo; la culpabilidad es subjetiva, pero también valorativa). La filosofía neokantiana buscaba reemplazar el positivismo científico por un positivismo teleológico referido a valores. Por ello, se rescata y se transforma al sistema clásico, buscando referirse a los valores presentes en cada elemento general del delito, que no ha sido tomado en cuenta en el sistema anterior. El sistema anterior presentaba a los elementos generales del delito sólo como exigencias sistemáticas [63]. Este sistema es un enfoque normativo-valorativo, donde ya no tiene importancia la diferenciación entre elementos subjetivos y objetivos que se entrecruzan. En conclusión, se buscaba referir la realidad a determinados valores supremos, sobre la base de los cuales, determinados elementos generales del delito resultaban sistematizados desde el punto de vista de dichos valores.

513. Crítica de Radbruch

La crítica sobre las explicaciones del causalismo naturalista la inicia Gustav RADBRUCH (1904), quien atacó el concepto de acción afirmando que no existe un concepto superior de acción que pueda comprender a la acción y omisión (en la omisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción). RADBRUCH propuso reemplazar el concepto de acción por la realización concreta del tipo, siendo este último, el concepto fundamental de la teoría del delito [64].

514. La acción en el causalismo valorativo

Este sistema mantiene la concepción causal de la **acción** pero abandona la identificación naturalista descriptiva dada por el sistema clásico, pasando a ser una acción normativa o valorativa [65]. Debido a que la definición del sistema clásico de la acción como movimiento corporal implicaba hablar de una conducta activa y no pasiva, se redefine a la acción como una conducta humana externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de la voluntad al exterior [66].

515. El tipo de injusto en el causalismo valorativo

El **tipo** deja de ser identificado bajo los caracteres objetivos-descriptivos, pasando a acoger elementos normativos, como por ejemplo los *elementos subjetivos del injusto*, que se diferencian del dolo. Así, el tipo comienza a dotarse de *elementos valorativos* en la medida que en él también se identifican elementos subjetivos; y con ello, ya no se puede afirmar que todo lo subjetivo se halla sólo en la culpabilidad. Entonces, el tipo viene a ser descriptivo debido a que pertenece al ámbito objetivo (aunque no del

---

[63] MIR PUIG, 2004, p. 144, num. 4. «La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido» (*loc. cit.*).

[64] BUSTOS, 1984, pp. 160-162; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 217.

[65] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 364. «Bajo esta nueva perspectiva, la acción, considerada como simple inervación muscular voluntaria, pasa a ser concebida en términos valorativos como 'conducta humana' (MEZGER), 'comportamiento voluntario' (v. HIPPEL) o 'realización de la voluntad humana' (M. E. MAYER). Bajo esta doctrina, la voluntad no es considerada única y exclusivamente en una dimensión mecánico-causal: motor y fuerza de movimientos musculares, sino como portadora, además, de un cierto y determinado 'sentido social': de una idea, un propósito o una finalidad que anima el actuar humano» (NÁQUIRA RIVEROS, 1998, p. 11).

[66] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 231.

todo, ya que en él también encontramos elementos subjetivos); y a la vez, es valorativo del proceso causal, pues viene a ser la *ratio essendi* de la antijuridicidad. Esta definición del tipo nos lleva a establecer una relación entre tipicidad y antijuridicidad. Así pues, los neokantianos acuñaron la expresión «**tipo de injusto**», ya que efectivamente la antijuridicidad pasaba a configurarse como un elemento verdaderamente material del delito, de modo que la tipicidad desempeñaba el papel de marco de descripción formal del juicio de injusto [67]. La tipicidad ya no viene a ser un simple indicio sino que ya implicaba antijuridicidad.

516. Injusto-tipicidad en el causalismo valorativo

No podemos hablar en este sistema de una separación entre tipicidad y antijuridicidad ya que ambas están unidas: si la conducta es típica; por ende, también es antijurídica. La acción comienza a dejar de ser el núcleo de una teoría del delito, y los neokantianos perfilaban, aunque de manera inicial, al **binomio injusto-tipicidad**, como eje central de la estructura del delito.

517. Concepciones del tipo en Mezger y Frank

De lo dicho, se han presentado dos posiciones muy distintas: La concepción del tipo estricto como tipo desvalorado de MEZGER, que considera que el tipo es tipo de injusto, y no debe hablarse de acción típica y antijurídica sino de acción típicamente antijurídica; y la teoría de los elementos negativos del tipo de FRANK, que señala también que el tipo es tipo de injusto e implica antijuridicidad, porque sólo estamos ante un tipo completo si se incluye su parte negativa, es decir, la ausencia de causas de justificación; y así la conducta se encaja en el auténtico tipo, en el tipo amplio o completo: «**tipo total del injusto**».

518. La antijuridicidad en el causalismo valorativo

A la **antijuridicidad** se le vincula con la tipicidad y, por ende, también es objetiva (pero no en forma exclusiva, ya que en ella está presente elementos subjetivos) y valorativa. La antijuridicidad deja de ser puramente descriptiva y neutra, pasando a ser un juicio de desvalor, una valoración negativa de lo objetivo. Pues se valora negativamente la conducta para provocar resultados externos malos, indeseables jurídicamente [68]. Es un juicio de contrariedad a la norma en una valoración objetiva, sin llegar a una valoración subjetiva de la norma, que va a ser examinada por la culpabilidad. Esta nueva concepción de la antijuridicidad se perfila como una *antijuridicidad material*, donde se define a la antijuridicidad como **dañosidad social** de la conducta (iniciada por von LISZT), graduándose la antijuridicidad de acuerdo a los intereses lesionados. Esto permitió el desarrollo de las causales de justificación [69].

519. Elementos subjetivos de la justificación en el causalismo valorativo

Posteriormente, el civilista Hans FISCHER (1911) señaló elementos subjetivos en la acción injusta, criterio llevado al Derecho Penal por August HEGLER (1914). Max Ernst MAYER, por su parte, estudia **los elementos subjetivos de las causas de justificación**. Esta posición no es más que la teoría de los elementos subjetivos del injusto: en un número no muy reducido de delitos, el contenido del injusto característico del tipo delictivo no se puede determinar sin la ayuda de características subjetivas. La valoración de la conducta humana, desde el punto de vista de la antijuridicidad, depende a menudo de la mentalidad de la que surge o de las intenciones que la sustentan [70]. De esta manera, quedaba evidente la imposibilidad de una tajante distinción entre lo objetivo y lo subje-

---

[67] MORALES PRATS FERMIN/PRATS CANUT, **en** QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 250.

[68] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 229.

[69] *Vid.* MANTILLA NOUGUÉS/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 134.

[70] BUSCH, 1980, pp. 6-7.

tivo; por el contrario, existían injustos que requerían de aspectos subjetivos para su determinación y, por esto, no se podía hablar de un injusto predominantemente objetivo.

520. Lo normativo en el tipo y en la culpabilidad en el causalismo valorativo

También la distinción entre lo descriptivo y lo valorativo fue atacada. Max E. MAYER se refirió a los elementos normativos del tipo (el tipo no sólo era descriptivo). Luego, lo valorativo se extendió a la culpabilidad: así se origina la teoría normativa de la culpabilidad, en las obras de Reinhard FRANK, James GOLDSCHMIDT y Berthold FREUDENTHAL (la culpabilidad no es solo relación psicológica sino esencialmente un reproche al sujeto por no comportarse de acuerdo a derecho) en el sentido de una culpabilidad valorativa.

521. La sistematización realizada por Mezger

El debilitamiento del sistema causal naturalista y la necesidad de incorporar esta culpabilidad normativa y los elementos subjetivos de lo injusto quebraron el esquema objetivo-subjetivo y motiva la revisión del modelo y el desarrollo del sistema causal valorativo. Edmund MEZGER [71] se encargó de reunir y sistematizar todas estas observaciones.

522. Teoría normativa de la culpabilidad de Frank

La teoría psicológica de la culpabilidad es sustituida por la llamada **teoría normativa de la culpabilidad** (FRANK); que considera que en la culpabilidad lo fundamental es un juicio valorativo sobre el aspecto subjetivo. La valoración se da en las normas estableciendo si es posible reprocharle al autor su conducta. Se entiende a la culpabilidad como *reprochabilidad* o conjunto de condiciones que permiten imputar un juicio de reproche al sujeto por el hecho. «Se ensambló nominalmente un elemento normativo en la culpabilidad, que era necesario para establecer una norma paralela y diferente de la contenida en la antijuridicidad. El elemento se creyó poder hallarlo en lo interno de la conducta, en la norma de deber dirigida a la determinación de la voluntad y paralela a la norma jurídica correspondiente a lo exterior de la conducta. Por otra parte, los elementos subjetivos del injusto debieron pasar de su posición de elementos de culpabilidad a ser precedentes psíquicos. Viendo esto en conjunto cabe preguntarse si tales distinciones son lógicamente conducentes y en cualquier caso deberá aceptarse que tanto la duplicación de normas como la de elementos subjetivos conducirán a una sensible complejización de la construcción dogmática» [72].

523. Elementos de la culpabilidad

El **dolo** y la **culpa** son **elementos de la culpabilidad** y la **imputabilidad** se integra como otro elemento dentro de ella [73].

524. Dañosidad social y reprochabilidad

En resumen, el sistema buscó otro tipo de diferenciación para explicar el injusto y la culpabilidad y los encontró en las distintas formas de valoración. Al afirmar la presencia del injusto, se valora el hecho desde el punto de vista de la **dañosidad social**, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la **reprochabilidad** [74].

---

[71] Para MEZGER la estructura de la teoría del hecho punible comprende dos formas: funciones generales de aparición del hecho punible: acción, antijuridicidad y culpabilidad. Son elementos comunes de todo delito y las formas especiales de apreciación del delito: la tentativa, la participación y el concurso (1957, p. 80).

[72] WEBER, 1982, p. 570.

[73] BUSTOS, 2004, I, p. 626.

[74] ROXIN, 1999, p. 199, num. 14.

525. Teoría de la acción social de Schmidt

Una variante del sistema neoclásico es la **teoría de la acción social** introducida por Eberhard SCHMIDT. Sólo tiene una relativa autonomía en la medida que profundizó el concepto de acción sobre la base de la concepción de Franz von LISZT para liberarla del naturalismo, asignándole un sentido social. Los inconvenientes de este sistema «se derivan principalmente de considerar que hay un concepto jurídico-penal de la acción distinto del óntico-ontológico; de la dificultad de manejar un concepto de tipo que está artificialmente privado de los datos subjetivos imprescindibles para individualizar la conducta prohibida y de confundir el juicio de desvalor con el objeto desvalorado, tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad» [75].

526. Influencia del causalismo

Con este sistema neoclásico, la ciencia alemana del Derecho Penal influyó en Italia, España, Polonia, Portugal, Grecia y Latinoamérica [76], entre otros. En el Perú, a principios del siglo XX, la influencia positivista alcanzó a la obra de Ángel Gustavo CORNEJO [77]. Entre los autores que adoptaron el modelo causalista valorativo se encuentran principalmente Luis BRAMONT ARIAS [78], Santiago BENITES SÁNCHEZ [79], Luis ROY FREYRE [80], Raúl PEÑA CABRERA [81] y José HURTADO POZO [82].

CAUSALISMO VALORATIVO

Tipo de lo injusto (Eje central de la teoría del delito. La acción es normativa - causal)		**Culpabilidad**
Tipo	**Antijuricidad**	
• Descriptivo. • Normativo. • Contiene algunos elementos subjetivos.	• Objetiva. • Algunos elementos subjetivos. • Valorativa. *(Dañosidad social)*	• Subjetiva. • Normativa. • Dolo, culpa e imputabilidad son sus elementos. • Conocimiento de la ilicitud. *(Reprochabilidad)*

[75] ZAFFARONI, 1981, III, p. 33.

[76] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 220.

[77] CORNEJO, 1936. Manuel G. ABASTOS precisa que, en setiembre de 1936, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el curso Derecho penal fue desdoblado: CORNEJO toma la parte general y ABASTOS, la parte especial. Por entonces las cátedras de derecho penal –europeas y latinoamericanas– seguían diversas orientaciones: Escuela clásica, positivismo italiano siguiendo a FERRI y las demás distribuían sus preferencias entre la *Terza Scuola*, Correccionalismo, Escuela técnico-jurídica o el eclecticismo de ROSSI. ABASTOS confiesa que en 1936 adoptó la sistemática alemana que consideraba la más avanzada (cita a BELING, MAYER, MEZGER, von LISZT) y más consonante con la doctrina del Código Penal de 1924 (ABASTOS, 1978, p. 122).

[78] BRAMONT ARIAS, 1950, véase Prefacio XVIII.

[79] BENÍTEZ SÁNCHEZ, 1958, I.

[80] ROY FREYRE, 1974, 1975 y 1986. Este autor no ha elaborado una exposición general sobre la teoría del delito.

[81] PEÑA CABRERA, 1964 y 1977.

[82] HURTADO POZO, 1978 y 1987.

c. Sistema finalista

El sistema finalista cuenta entre sus precursores a Hellmuth von WEBER y Alexander Graf zu DOHNA. WEBER fue el primero en llamar la atención sobre este sistema en su obra *Grundriss des tschechoslowakischen strafrechts.* Encontró que los conceptos que se utilizaban para la descripción del comportamiento delictivo, le daban al legislador dos posibilidades para comprender dicha conducta [83]: o pueden estar constituidos en formas que determinen que una conducta causa un resultado (contenido causal), o en formas que designen que una conducta está sostenida por un querer determinado del autor (contenido finalista). WEBER consideraba a la antijuridicidad y a la culpabilidad como los dos elementos fundamentales de la acción punible. «La culpabilidad se halla en el poder, la antijuridicidad en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetivo lo ocupa el deber y el poder» [84]. La antijuridicidad de una conducta puede determinarse conforme a circunstancias objetivas como subjetivas. También considera que «la conciencia de la antijuridicidad no está contenida en el dolo» [85]. Hace referencia al tipo objetivo y al subjetivo [86]. Posteriormente, cuando estudia las causas de exclusión del injusto se basa en la teoría de las circunstancias negativas del tipo [87]; y luego precisa que al tipo objetivo corresponden causas de justificación objetivas y al subjetivo, subjetivas [88]. En cuanto a la culpabilidad afirma que «actúa culpablemente quien actúa antijurídicamente, siempre que hubiese podido actuar de otra manera» [89]. En relación a la obra de Alexander GRAF ZU DOHNA, WELZEL reconoce que «DOHNA [90] fue el que dio el paso decisivo hacia la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración; separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y redujo el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto. Siguiendo el camino iniciado por DOHNA, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, sin lugar apropiado, como una especie de voluntad final de la acción, en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos» [91].

527. Precursores del finalismo

La doctrina de la acción finalista fue introducida por Hans WELZEL, en su artículo *Kausalität und Handlung* (causalidad y acción) [92] que en 1930 surge como reacción

---

[83] BUSCH, 1980, p. 11.

[84] WEBER, s/f, p. 575.

[85] *Ibidem*, p. 576.

[86] *Ibidem*, p. 574.

[87] *Ibidem*, p. 580.

[88] *Ibidem*, p. 581.

[89] *Loc. cit.*

[90] DOHNA, 1936, p. 32.

[91] WELZEL, 1964, p. 83.

[92] WELZEL, 1964, p. 11. Aunque la plenitud de las consecuencias del finalismo para la teoría del delito no tuvo lugar hasta 1939 en su artículo *Studien zum System des Strafrecht.* Las bases metodológicas fueron precisadas y desarrolladas en sus trabajos *Über Wertungen im Strafrecht* (1932) y en su famosa monografía *Naturalismus und*

al relativismo gnoseológico del neokantismo [93]. Los puntos centrales de la crítica de WELZEL al neokantismo se ubican en su relativismo valorativo y subjetivismo metodológico. Este autor afirma que «el sentido objetivo y subjetivo del obrar se encuentran indisolublemente entrelazados y que no se puede suprimir el uno sin aniquilar también simultáneamente el otro» [94]. En su búsqueda de reemplazo al relativismo valorativo, WELZEL afirma que el legislador se encuentra vinculado a «**estructuras objetivo-lógicas**»[95]. «En este sector ontológico y de objetividades lógicas hay, en efecto 'verdades eternas', que ningún legislador del mundo puede modificar» [96]. Luego precisa que «estas verdades eternas de la esfera de la objetividad lógica vinculan al legislador, es cierto, solo 'relativamente', siempre bajo la condición de cual de ellas escoge como principio, pero una vez establecido este, le vinculan tan estrictamente como toda otra necesidad lógica objetiva, forzándose además a manifestarse y a escoger una de ellas» [97].

528. Welzel y las estructuras objetivo-lógicas

WELZEL afirmó que el origen de su doctrina no estuvo en la filosofía de Nicolai HARTMANN sino en la psicología del pensamiento (*Grundlagen der Denkpsychologie*) del filósofo Richard HÖNIGSWALD y recibió sugerencias de otros psicólogos y fenomenólogos de la década de 1920 a 1930 [98]. La filosofía del finalismo se fundamentó en la doctrina de las *estructuras lógico-objetivas* que pertenecen al mundo del ser (naturaleza de las cosas). Consideraron que es básico ubicar un concepto antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el meollo de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras-objetivas [99]. Las «estructuras lógico-objetivas

529. Origen del finalismo

Werphilosophie im Strafrecht (1935), en MIR PUIG, 1976, p. 245. Del artículo *Kausalität und Handlung* existe versión castellana en Cuadernos del Instituto de Derecho Penal Nº XXIV, Córdoba 1975, pp. 195 y ss.

[93] «Como ya se ha dicho, el sistema neoclásico del delito respondió a una metodología neokantiana en la que no sólo lo decisivo era la valoración, sino que ésta era relativa, dependiente, por tanto, del espacio y del tiempo. La mala experiencia de las guerras mundiales motivó que en Alemania surgieran tendencias que buscan crear una teoría del delito basada en estructuras inmutables y universales que trascendieran lo contingente del Derecho positivo. Este fue el camino tomado por el sistema finalista del delito propugnado por WELZEL» (GARCÍA CAVERO, 2001, p. 177). *Vid.* también PÉREZ ALONSO, 2001, p. 598.

[94] WELZEL, 1957, p. 256.

[95] *Ibidem*, p. 259.

[96] *Loc. cit.*

[97] *Loc. cit.*

[98] Los psicólogos Karl BÜHLER, Theodor ERISMAN, Erich JAENSCH, Wilhelm PETERS y los fenomenólogos P.F. LINKE y Alexander PFÄNDER. «Todos estos trabajos que aparecieron en la década de 1920 a 1930, llevaron a cabo la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal mecánica» (WELZEL, 1964, p. 12). COUSIÑO precisa que WELZEL ya en su *Strafrecht und Philosophie* (1930) cita a HÖNIGSWALD y PFÄNDER y, en su *Kausalität und Handlung* (1931) a todos los nombrados, asimismo a HARTMANN, en relación con su teoría de los valores y con la causalidad (COUSIÑO, 1975, I, p. 464).

[99] ROXIN, 1999, p. 201, num. 19.

(*sachlogische Strukturen*) son estructuras de la materia de la regulación jurídica destacadas por la lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta directamente en la realidad, objeto de conocimiento»[100]. WELZEL consideraba que la ciencia del Derecho Penal tiene la misión de construir un sistema partiendo de dichas estructuras. Por ello, el punto de partida del pensamiento finalista era la vinculación del derecho a las estructuras lógico-objetivas, es decir, a las estructuras del ser como aparece en la realidad [101].

530. Ontologismo fenomenológico y Filosofía epistemológica

El sistema finalista se basó en dos corrientes filosóficas: el ontologismo fenomenológico y la filosofía epistemológica. El **ontologismo fenomenológico**, que se propugnó en las décadas de los años 30 hasta los 60 del siglo pasado, establecía que el mundo se organizaba de acuerdo a las finalidades. WELZEL precisa que el uso de la palabra «ontológico» no procedía de la Ontología (postêrior) de HARTMANN y tenía mucho menos que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica). Además, afirmaba que el ámbito ontológico viene a ser el concepto de la acción y sirve de base a la ciencia del Derecho Penal. Dicho concepto no es causal sino final. La **filosofía epistemológica** que nos lleva a una teoría del conocimiento, entiende que todo fenómeno se logra explicar a través del fin por el cual se orienta. Para WELZEL, «las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra 'ontológico'»[102].

531. La acción en el finalismo

Sobre estas bases, WELZEL ataca al concepto causal de acción. Para este autor, «la acción humana es ejercicio de actividad final». La **acción** es, por tanto, un acontecer «final» y no solamente «causal» [103]. La acción vuelve a ser el eje central de la teoría del delito, operando esta vez, desde una óptica ontológica, es decir, de acuerdo a un fin. «La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal 'ciego' del sistema anterior, sino uno 'vidente' generado o la finalidad» [104].

532. Definición tripartita del delito en el finalismo

WELZEL adopta la definición tripartita del delito: «La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito» [105]. En este sistema se abandona la distinción clásica entre el carácter objetivo del ilícito y la naturaleza subjetiva de la culpabilidad. Lo importante, para los finalistas, es la distinción entre objeto de valoración, es decir, el tipo del injusto; y el juicio de valoración, es decir, la culpabilidad [106].

533. Lo injusto en el finalismo

Lo **injusto** se integra con un tipo autónomo de la antijuridicidad [107] orientada con el criterio dualista de la norma. Este sistema sienta sus bases en la función de motivación u orientación del comportamiento humano. Así, si la norma es prohibitiva, podemos encontrar en el delito el carácter doloso; y si la norma es de cuidado, el delito es culposo.

---

[100] WELZEL, 1964, p. 14, cita 2.

[101] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 218.

[102] WELZEL, 1964, p. 13.

[103] *Ibidem*, p. 25.

[104] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 219. *Vid. infra* núm. marg. 610.

[105] WELZEL, 1964, p. 43.

[106] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 229.

[107] WELZEL, 1964, p. 46.

534. El tipo objetivo y subjetivo en el finalismo

El **tipo** tiene un carácter objetivo, descriptivo y valorativo en relación al proceso causal, y un carácter subjetivo donde se ubica específicamente al dolo y la culpa [108]. Tanto el **dolo** y la **culpa**, en el sistema causalista anterior, eran elementos de la culpabilidad, pero en este sistema pasan al ámbito del tipo de lo injusto. La culpabilidad sólo se queda con un elemento del dolo: conocimiento de la ilicitud. A partir del concepto de la acción finalista que suministra la base óntica de la doctrina de lo injusto, el dolo es un elemento de lo injusto [109]. Así, el dolo es objeto de una transformación como consecuencia de los postulados del finalismo: se desintegra el *dolo malus*, donde uno de sus elementos pasa al campo del tipo de lo injusto, surgiendo así un *dolo natural* y no valorativo; y el otro elemento, el conocimiento de la ilicitud del hecho o el **conocimiento de la antijuridicidad**, se mantienen en la culpabilidad independientemente del dolo [110].

535. La antijuridicidad en el finalismo

La **antijuridicidad** es un juicio desvalorativo «objetivo» al recaer sobre la conducta típica [111]; es pues, una «relación de discordia entre la acción y el ordenamiento jurídico» [112]. Todas las causas de justificación tienen elementos subjetivos: intención y conocimiento. Se llega a una subjetivización del concepto de la antijuridicidad.

536. La culpabilidad en el finalismo

La **culpabilidad** queda desprovista de la «relación psíquica» del autor con el resultado y se la define como una **reprochabilidad** de la resolución de la voluntad [113], estrictamente valorativa. La culpabilidad es la reprochabilidad de la capacidad de actuar de otra manera, conforme a la norma y aun así actuó contra ella. Es un juicio de reproche al sujeto por no haber actuado conforme a las normas, teniendo capacidad para ello. Los presupuestos existenciales de este reproche son el *libre albedrío* y la *imputabilidad* [114]. La *cognoscibilidad de la antijuridicidad* y la *exigibilidad* se integran como elementos de la reprochabilidad [115].

537. El error en el finalismo

Con el finalismo se logra distinguir los supuestos de *error de tipo* y *error de prohibición* [116]. En el error de tipo se excluye al dolo, y con él a la punibilidad, ya que sin dolo no se puede realizar el tipo. En el error de prohibición se niega la conciencia de antijuridicidad, donde se encuentran los criterios de evitabilidad e inevitabilidad, introducidos por WELZEL.

---

[108] BUSTOS, 2004, I, p. 627.

[109] WELZEL, 1964, p. 66.

[110] Para el finalismo, la distinción entre conocimiento de antijuridicidad y dolo es una consecuencia natural de sus premisas y sitúa al dolo como elemento natural en el tipo y al conocimiento de la antijuridicidad como cuestión valorativa en la culpabilidad (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 219).

[111] WELZEL, 1964, p. 48.

[112] *Ibidem*, p. 79.

[113] *Ibidem*, p. 80.

[114] *Ibidem*, p. 85.

[115] *Ibidem*, p. 103.

[116] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 227.

538. Síntesis del delito en el finalismo

En suma, lo injusto está integrado por criterios objetivos, subjetivos y valorativos (aspectos objetivos y subjetivos del tipo). La antijuridicidad es valorativa objetiva que contiene aspectos subjetivos. La culpabilidad es valorativa, pero también subjetiva. Para los finalistas, el elemento subjetivo es común en cada uno de los elementos generales del delito, valorado siempre éticamente [117].

539. La omisión en el finalismo

WELZEL, con el transcurso de los años, fue perfeccionando su teoría, particularmente en relación a su inicial propósito de alcanzar un concepto omnicomprensivo de acción que abarque a todo el sistema de manera uniforme. Las críticas de ENGISCH y RODRÍGUEZ MUÑOZ lo motivaron a reconocer que lo injusto no era homogéneo y que se podía diferenciar entre delitos dolosos y culposos con sus propias categorías de lo injusto y culpabilidad. Pero llegaron a más cuando, tomando los planteamientos de RADBRUCH (para quien acción y omisión son realidades diferentes), se terminó reconociendo que existían delitos comisivos y omisivos, y dentro de ellos, sistemas dolosos y culposos. No se podía decir que en la omisión haya finalidad, por eso se buscaba encontrar nuevas estructuras especiales para el caso de la omisión. «El delito de omisión para los finalistas es una forma especial del hecho penal, que ni siquiera resulta abarcado por el concepto final de la acción y que únicamente puede ser comprendido en todos sus aspectos invirtiendo los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión» [118] [119].

540. Delitos culposos en el finalismo

WELZEL, con respecto a los **delitos culposos**, realiza varias modificaciones tratando de llegar a una solución más precisa. En un principio, consideró a la acción de los delitos culposos como una forma delictuosa de acción final, luego rectificó su postulado y señaló que también en estos delitos la acción seguía siendo final, pero que dicha finalidad no era real, sino potencial. Terminó estableciendo que la finalidad viene a ser lo mismo, pero que lo esencial en los delitos culposos es la forma en que se realiza la acción final, tomando en cuenta que si se ha observado el cuidado necesario sólo puede llevarse a cabo tras una valoración del proceso ocurrido en el plano axiológico y no sólo ontológico [120]. En los delitos culposos se requiere la presencia de un elemento subjetivo: el cuidado necesario.

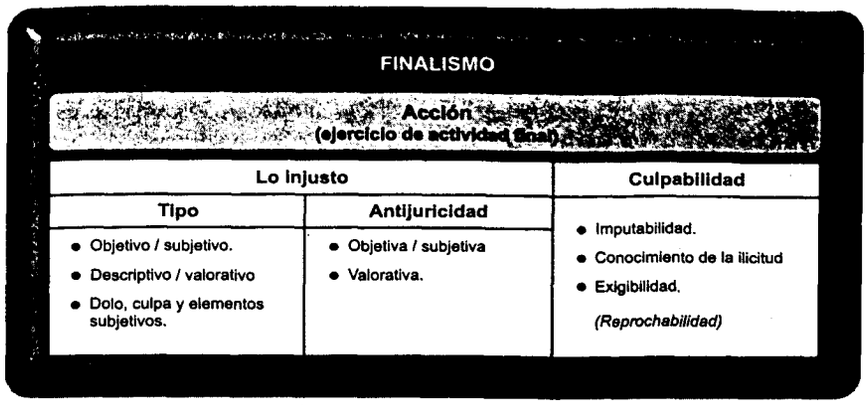
---

[117] Por eso, es para ellos punible la tentativa de delito imposible, pues ya en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado (BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, p. 133).

[118] JESCHECK, 1993, p. 192. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 228.

[119] El concepto del delito del finalismo se completó con la nueva doctrina del delito de omisión, fundada por Armin KAUFMANN y luego entendida, con estructura propia de sus elementos, como tercera forma general de aparición del hecho punible, a lado de los delitos de comisión por dolo o imprudencia (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 228).

[120] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, pp. 219-220.



541. Críticas al finalismo

Se le ha criticado al sistema finalista por su acentuada valoración del acto y su tendencia a la eticización y subjetivización del delito, prescindiendo de la afectación del bien jurídico [121].

542. Posturas neofinalistas

En la actualidad, la polémica entre las teorías causalista y finalista ha perdido interés [122]. A. KAUFMANN y ZIELINSKI, seguidores de WELZEL, consideran que solamente el *desvalor de la acción* debe ser determinante para el concepto personal del injusto, mientras que el resultado, es decir, la lesión del bien jurídico, sólo operaría como condición objetiva de la punibilidad. Ante esto, el contenido del injusto quedaría recortado terminantemente [123]. Se habla de una postura neofinalista dirigida por HIRSCH [124], quien sigue un finalismo welzeliano más ortodoxo criticando los postulados del posfinalismo político-criminal y del sistema funcionalista [125].

543. Finalismo en la doctrina nacional

En el Perú, actualmente, el sistema finalista se encuentra presente en la jurisprudencia y la doctrina nacional. Entre los autores peruanos que se aproximan

---

[121] BUSTOS, 2004, I, p. 628.

[122] Un grupo de autores como WESSELS, JESCHECK, BOCKELMAN, ESER, SCHÖNKE-SHCHRÖDER, entre otros, rechazan el concepto finalista de acción y la teoría de las estructuras lógico-reales, para ubicar al dolo y a la culpa como formas o estructuras típicas. Si bien no asumen completamente el esquema teórico del finalismo, no es menos cierto que adoptan su principal consecuencia sistemática, aunque algunos dividan al dolo entre el tipo y la culpabilidad y otros le otorguen una posición doble (ZAFFARONI, 2000, p. 366). Sobre la polémica en Latinoamérica, *vid.*: NOVOA MONREAL, 1980, pp. 77-80 (con una respuesta de ZAFFARONI, en la segunda edición de 1982).

[123] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 230.

[124] *Vid.* HIRSCH, 1999, 2000, 2003 y 2005.

[125] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 365.

al modelo finalista se encuentran Raúl PEÑA CABRERA [126], Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ [127], Víctor PRADO SALDARRIAGA [128], José HURTADO POZO [129], y otros.

d. Sistema funcionalista

544. Sistema funcionalista

El nuevo sistema «racional-final» o «funcional» para una teoría del delito, empezó a ser desarrollado en la década de 1970, alejándose de los postulados finalistas en el entendido que el Derecho Penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógicas-reales), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal [130]. Los postulados funcionalistas no buscan modificaciones a la teoría del delito, más bien, pretenden atribuir en sus elementos nuevos contenidos, con el objetivo de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad [131] [132].

545. Sociología sistémica

Este sistema encuentra su base en la **sociología sistémica** de PARSONS, MERTON (acogidos por ROXIN) y LUHMANN (acogido por JAKOBS), donde se aborda el problema a través del sistema.

546. Fines de la pena en el funcionalismo

En el plano metodológico este sistema experimentó una vuelta al idealismo neokantiano, ya que en esa ideología la construcción de los elementos generales del delito también implicaba abordar los **fines de la pena** [133]. Así, ROXIN le asigna a la pena una **función de integración**; y JAKOBS, una **función de prevención general positiva**.

---

[126] PEÑA CABRERA, 1997. Aunque antes dicho autor asumía una posición causalista: *vid.* PEÑA CABRERA, 1977.

[127] ABANTO VÁSQUEZ, 1997.

[128] PRADO SALDARRIAGA, 1996.

[129] HURTADO POZO, 2005, recientemente adopta esta sistemática con aproximaciones al funcionalismo. *Vid.* críticas de este autor a esta sistemática finalista, en HURTADO POZO, 1993, pp. 79-82.

[130] ROXIN, 1999, p. 203, num. 23. Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 367.

[131] SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 270.

[132] A los postulados funcionalistas se les han planteado como crítica genérica la de pretender una considerable ampliación de las posibilidades de argumentación de la dogmática jurídico-penal. También se les han observado por adolecer de una menor cientificidad, de inseguridades, por tener mayor vinculación a su ordenamiento constitucional (tienen «carácter nacional»), por conducir a la arbitrariedad. Por otro parte, se ha señalado que su «reconstrucción normativa» conduce a la confusión de categorías, retrotrayendo a la dogmática al estadio previo al naturalismo (viejas teorías de la imputación) (SILVA SÁNCHEZ, 2000, pp. 271-272). *Vid.* también NÁQUIRA RIVEROS, 1998, pp. 19-20.

[133] «En realidad, la construcción neokantiana siempre fue funcional y, por ende, nunca fue segura en este aspecto, porque varió según las funciones que cada autor le asignaba al poder punitivo» (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 369).

547. Influencia de Welzel y los funcionalistas

Los funcionalistas alemanes, pese a apartarse considerablemente de WELZEL, no dejan de proclamar que tuvieron en él su punto de partida. Así, ROXIN afirma que su teoría es un desarrollo del modelo sintético neoclásico-finalista y JAKOBS afirma partir del funcionalismo ético del finalismo [134].

d.1. Funcionalismo mesurado (sistema postfinalista político-criminal)

La idea de construir teóricamente al delito en base a la función político-criminal del Derecho Penal es desarrollada por Claus ROXIN en su obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (*Política Criminal y sistema del Derecho Penal*) [135]. A esa construcción teórica el penalista alemán la denomina: «**Sistema teleológico-políticocriminal**» [136]. En su proyecto sistémico se reivindica el neokantismo de los años 30, donde reemplaza las normas de cultura de Max Ernst MAYER [137] que considera vaga, por la clara orientación político criminal conforme a la teoría de los fines de la pena [138]. Se reemplaza la orientación neokantiana de los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal, que es la base político-criminal de la moderna teoría de los fines de la pena. Ello ocurre porque en el neokantismo se determina la dimensión valorativa de los elementos de la teoría del delito, pero no su significado político. Ante la objeción que las decisiones político-criminales del legislador pueden desatender las garantías del Estado de Derecho, lo que podría originar la arbitrariedad del legislador, o incluso el despotismo, ROXIN precisa que «una política criminal forjadora de un sistema tiene que recoger en sí los derechos y libertades reconocidos internacionalmente. Allí donde esto no suceda, las disposiciones e interpretaciones solamente constituyen simples elementos del ejercicio de poder pero no normas jurídicas ni juicios de cognición» [139].

548. Sistema teleológico-políticocriminal de Roxin

549. Propósitos valorativos en la estructura funcionalista de Roxin

Se considera que un moderno sistema del Derecho Penal, ha de estar estructurado teleológicamente; en otras palabras, construido atendiendo a finalidades valorativas. «Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades» [140]. En el sistema planteado por ROXIN, los elementos generales del delito deben ser establecidos y armonizados acorde a los fines político-

---

[134] Y es que la tentativa finalista tampoco dejó de ser funcional, porque WELZEL también construyó funcionalmente su sistema para reforzar la ética social misma (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 369).

[135] ROXIN, 1972.

[136] ROXIN, 1999, pp. 216 y ss.

[137] *Vid.* MAYER, 2000.

[138] ROXIN, 1999, p. 203, num. 24; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 367.

[139] ROXIN, 2004d, p. 60. Sin embargo, no señala específicamente a las fuentes del derecho internacional, pero creemos que se refiere, principalmente, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[140] ROXIN, 1999, p. 217, num. 51.

criminales. Las finalidades rectoras de un sistema del Derecho Penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los elementos generales de una teoría del delito han de orientarse a los fines del Derecho Penal [141] [142]. Por ello, estos elementos se presentan como instrumentos de valoración político-criminal.

550. La acción en el funcionalismo de Roxin

ROXIN, al referirse a la **acción**, considera que no se debe partir por algo empíricamente preexistente (causalidad, conducta voluntaria o finalidad), sino de una identidad del aspecto valorativo. Así, un sujeto habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él, como persona, o sea como centro espiritual de la acción, por lo que se puede hablar de un «hacer» o «dejar de hacer» y con ello, de una **«manifestación de la personalidad»** [143]. Para ROXIN, tras esta categoría, se encuentra un fin político-criminal: «con independencia de su apariencia externa y de las consecuencias causales de la presencia humana, al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido» [144].

551. El tipo en el funcionalismo de Roxin

ROXIN explica al **tipo** como la plasmación técnica del **principio de legalidad**. Con el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena, es decir, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la específica situación de la actuación. El fin político-criminal de este elemento es **preventivo general**: «Al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo» [145]. Además de la prevención general se requiere también del principio de culpabilidad para fortalecer al concepto de tipo. No se puede hablar en el tipo de una prevención especial, ya que la misma busca su fin en un delincuente concreto. Por ende, la necesidad abstracta de la pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político-criminales rectores del tipo [146].

552. Teoría de la imputación objetiva en Roxin

ROXIN plantea la **teoría de la imputación al tipo objetivo** [147]. Establece que en los sistemas anteriores el contenido del tipo quedaba reducido a una simple causalidad. Por ello, la posición de ROXIN busca depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma. Así se logra sustituir por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas [148].

---

[141] *Ibidem*, pp. 217-218, num. 52.

[142] «Pero la Política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pues, develar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del Derecho penal como cometido del Estado» (MIR PUIG, 1998, p. 109).

[143] ROXIN, 1999, p. 217, num. 53.

[144] *Loc.cit.*

[145] *Ibidem*, p. 218, num. 54.

[146] *Loc. cit.*

[147] *Ibidem*, p. 204, num. 25.

[148] *Loc. cit.*

ROXIN considera que la **antijuridicidad** no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el Derecho. «Hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto» [149]. Por eso, ROXIN señala que es mejor hablar de **injusto** que de antijuridicidad. En este tercer escalón, se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisión o prohibición [150]. Si en el tipo se acoge a la acción, en el injusto se acoge a la acción y al tipo, entonces sólo se puede hablar de un injusto penal cuando se dan acciones típicas. Este autor establece que el aspecto político criminal del juicio de injusto supone tres funciones [151]: *Primero*, soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes. *Segundo*, sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas. *Tercero*, entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas.

553. El injusto en Roxin

El otro elemento importante que debe ser tomado en cuenta, según ROXIN, es la **culpabilidad**, pero nos plantea un concepto renovado. Este autor amplía el elemento culpabilidad a la de **responsabilidad**, en el sentido que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la «responsabilidad» personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Así, la culpabilidad y la necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes de la pena [152]. En este elemento delictivo de la responsabilidad se busca saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. Dentro del concepto de responsabilidad, encontramos a la culpabilidad como uno de sus presupuestos más importantes. Pero además de ella se debe añadir una necesidad preventiva de punición. Así, la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría político-criminal de los fines de la pena y por regla general como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción [153]. En la responsabilidad encontramos a la prevención especial, debido a que no se aplica al hecho sino al delincuente mismo.

554. Culpabilidad y responsabilidad en Roxin

---

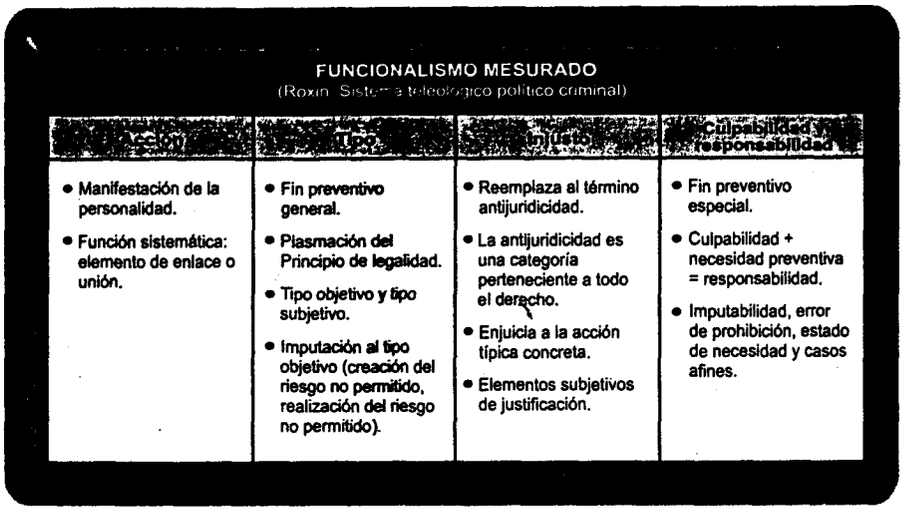
[149] *Ibidem*, p. 219, num. 57.

[150] *Loc. cit.*

[151] *Ibidem*, p. 220, num. 58.

[152] *Ibidem*, p. 204, num. 26.

[153] *Ibidem*, pp. 222-223.



d.2. Funcionalismo extremo

555. Sistema funcionalista de Jakobs

Este planteamiento funcionalista de la teoría del delito propuesto por Günther JAKOBS en su obra *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehere* [154], de 1983, plantea que las diferentes categorías se observan desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema social de convivencia. En la obra de JAKOBS, se expone una visión puramente tecnocrática del Derecho Penal y de la teoría del delito, en la que el carácter conflictivo de la convivencia social queda convertido en un problema que tiene que ser reducido y resuelto en las categorías jurídicas, de forma puramente funcional [155]. JAKOBS invierte la teoría de su maestro WELZEL al establecer que elementos como causalidad, finalidad, acción, etc., no tienen contenido prejurídico que se vinculan como conceptos jurídicos penales, sino que sólo se pueden establecer según los requerimientos de la regulación jurídica. Por ello, se afirma que la postura que adopta JAKOBS implica un sorprendente renacimiento de la teoría de la construcción de conceptos del neokantiano LASK (combatido por WELZEL) [156]. Propone una posición más radical que la de ROXIN, busca la normativización de toda la dogmática [157].

La originalidad de la metodología de JAKOBS, al formular su propuesta dogmático jurídico-penal, se basa en los conceptos y categorías de la **teoría de los sistemas sociales** de LUHMANN [158]. Entiende al funcionalismo jurídico-penal como aquella teoría donde el Derecho Penal se orienta a garantizar la identidad normativa, la constitu-

---

[154] JAKOBS, 1995.

[155] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p, 221.

[156] SCHÜNEMANN, **en** ROXIN, 1999, p. 205, num. 27, cit. 34.

[157] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 368.

[158] JAKOBS, 2000, p. 20. Cfr. ROXIN, 1999, p. 205, num. 27.

ción y la sociedad [159]. El **Derecho Penal** se dirige a restablecer «en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma» [160]. El **delito** se constituye como una comunicación defectuosa, imputándose este defecto al autor como culpa suya [161]. Para JAKOBS, la **sociedad** es una «construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes» [162]. Además, **persona** es «el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derecho, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social (...); «persona» es algo distinto de un ser humano, un individuo; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social» [163]. Dentro de este **contexto de comunicación normativa** se ubican dos tipos de normas. Una parte de las normas que vienen dadas por el mundo racional, «dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento, y que no necesita de una estabilización especial: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva; quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí» [164]. Otra parte de las normas «carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse, concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones» [165].

556. Teoría de los sistemas sociales y el funcionalismo de Jakobs

---

[159] JAKOBS, 2000, p. 19.

[160] *Ibidem*, p. 21.

[161] *Ibidem*, pp. 20-21.

[162] *Ibidem*, p. 25.

[163] *Ibidem*, pp. 19-20. GARCÍA CAVERO discrepa de esta definición y plantea un concepto realista de persona: «El reconocimiento de una persona no se debe a un acuerdo social o a las especiales reglas de constitución social sino al hecho natural de ser un ser humano. Los atributos reconocidos a la persona, le corresponde a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano. Lo natural posee, en este sentido, fuerza normativa» (2003, p. 655). Esta afirmación tiene importantes consecuencias para su concepto de imputación personal, especialmente los aspectos de la persona referidos a la individualidad y a la socialidad. *Vid.* la crítica a esta última posición en CARO JOHN, 2004, pp. 445-446, y la respuesta de GARCÍA CAVERO, en 2005b, p. 135, n. 45. Además, puede agregarse que esta definición de persona que formula JAKOBS colisionaría con el artículo I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se refiere a *seres humanos* (*Vid.* Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política que establece que «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos...»).

[164] JAKOBS, 2000, p. 25.

[165] *Ibidem*, p. 26.

«Mientras que las normas del primer tipo conforman una base de comportamiento obligada para todo aquel al que le resultan accesibles –y quien no tiene acceso a ellas es socialmente incompetente–, sobre las normas de segundo tipo cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto» [166]. Por la contingencia de estas normas, la indemostrabilidad de la voluntad correcta con las normas jurídicas y morales, su vigencia ha de garantizarse a través de la **pena**. «La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante» [167].

557. La acción en el funcionalismo de Jakobs

JAKOBS comprende a la teoría de la **acción** como parte de la teoría de la imputación [168]. Considera que su contenido conceptual no debe partir de la naturaleza como pretendía von LISZT, ni tampoco de la ontología, como lo sostenía WELZEL. Un concepto de acción debe estructurarse dentro de la sociedad. «En el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal» [169]. Se llega a un concepto jurídico-penal de acción cuando se combina sociedad y Derecho Penal [170]. El concepto de acción que defiende JAKOBS es material en relación con una determinada sociedad, y no en base a peculiaridades individuales. Dicho carácter material es derivativo, ya que dependerá de qué tipo de sociedad se trate para establecer el contenido de la acción [171]. Así, en sus esfuerzos por alcanzar un concepto que comprenda las diversas variantes conductuales, entiende que acción es la causación del resultado individualmente evitable [172].

558. Injusto en el funcionalismo de Jakobs

En este autor, **injusto** es una acción no tolerable socialmente. Distingue las acciones que no constituyen injusto de las acciones antijurídicas de dos modos [173]: *Primero*, no pueden ostentar los elementos de las acciones antijurídicas (un disparo al aire sin consecuencias). *Segundo*, pueden ostentar todos los elementos de las acciones antijurídicas, pero además otros elementos adicionales, los elementos de justifica-

---

[166] JAKOBS, 2000, p. 26.

[167] *Ibidem*, p. 26.

[168] JAKOBS, 1995, p. 156. «Sin embargo, y al contrario de lo que generalmente se supone, la imputación objetiva o inadecuación social no se suma al concepto de acción como fundamento complementario de la responsabilidad, sino que, precisamente 'acción' sólo es la causación *imputable*, sin ese factor normativo, considerando sólo el proceso bio-psicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaleza, y ésta como tal carece de relevancia jurídica. Sólo si la acción se entiende no como elemento natural en el ámbito de la imputación, sino como concepto que, a su vez, se halla determinado por la imputación, la acción se convertirá en lo que debe ser: una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante» (JAKOBS, 2000, p. 93).

[169] JAKOBS, 2000, p. 78.

[170] *Ibidem*, pp. 78-79.

[171] *Ibidem*, p. 107.

[172] *Loc. cit.*

[173] JAKOBS, 1995, p. 190, num. 51.

ción, que convierten en tolerable lo socialmente insoportable. Aquí se debe de fundamentar positivamente la tolerabilidad del suceso. El **tipo de injusto** es el «conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación» [174]. La comprobación de la existencia del tipo de injusto es independiente de la concurrencia de justificaciones. A este concepto se refiere también cuando utiliza el término «tipo» sin añadido alguno [175].

La **justificación** trata de «un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, en la situación de justificación» [176]. JAKOBS expresa un concepto unitario de antijuridicidad como derivativo de la llamada unidad del ordenamiento jurídico (la aplicabilidad universal de todas las causas de justificación). Distingue: *Primero*, «el ordenamiento jurídico debe valorar idénticos objetos de valoración en idéntico contexto siempre según los mismos principios, aun cuando cambien las ramas jurídicas a las que pertenece la valoración (...). El postulado de la unidad del ordenamiento jurídico supone en esta medida una expresión de un ordenamiento jurídico sin contradicciones» [177]. *Segundo*, «si una valoración de la antijuridicidad pertenece a diversas ramas jurídicas, con frecuencia no será idéntico el objeto de la valoración o su contexto; el ir de acá para allá entre las diversas ramas no es entonces admisible (...). Hay pues una unidad del ordenamiento jurídico en los principios de valoración, o ha de elaborarse allí mediante interpretación, pero no en todas las ramas jurídicas se valora siempre el mismo contexto. Así pues, por lo que se refiere al objeto de valoración, la unidad no puede afirmarse ni descartarse» [178].

559. La justificación en el funcionalismo de Jakobs

JAKOBS configura funcionalmente la **culpabilidad** como «concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de una estructura determinada. El fin de la pena es según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma» [179] [180]. Culpabilidad es infidelidad al derecho [181]. El panorama de los elementos del *tipo total de culpabilidad* que formula JAKOBS se integra por un *tipo positivo de culpabilidad* (inimputabilidad,

560. La culpabilidad en el funcionalismo de Jakobs

---

[174] *Ibidem*, p. 191, num. 52.

[175] *Loc. cit.*

[176] *Ibidem*, p. 419, num. 1.

[177] *Ibidem*, p. 423, num. 5.

[178] *Ibidem*, pp. 423-424, num. 6.

[179] *Ibidem*, p. 584, num. 22.

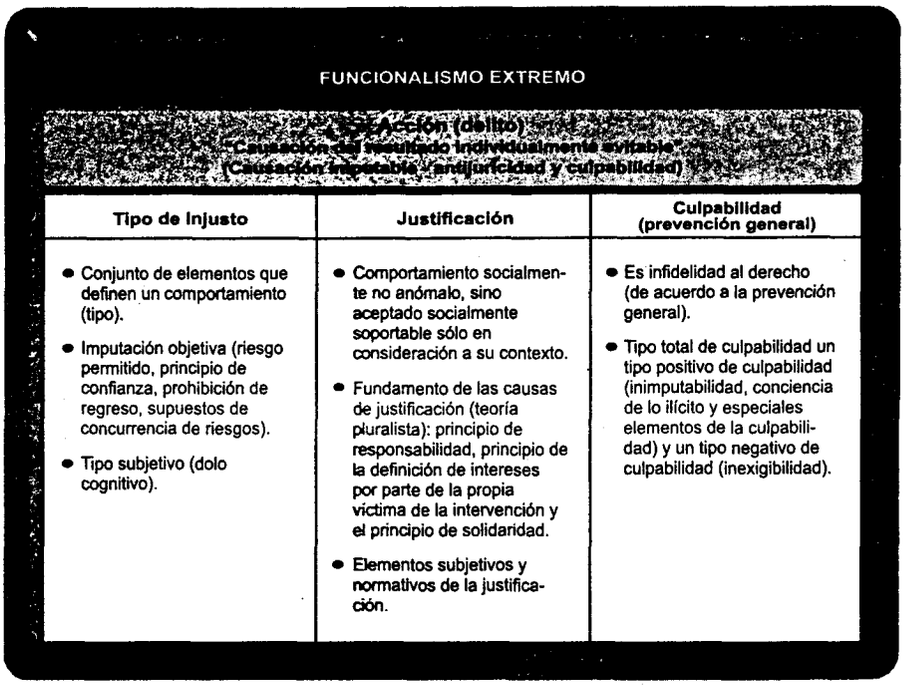
[180] «No la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la 'adscribe' conforme al criterio de lo que es necesario para el 'ejercitamiento en la fidelidad al Derecho', sin tomar en consideración las capacidades del autor» (ROXIN, 1999, p. 205, num. 27). Con ello se pasa por alto el valor garantista que tiene la culpabilidad y que ha permitido desarrollar las limitaciones correspondientes a la intervención punitiva del Estado. Sin la culpabilidad la pena quedaría sin fundamento (BUSTOS, 2004, I, p. 629).

[181] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 566, num 1.

conciencia de lo ilícito y especiales elementos de la culpabilidad) y un *tipo negativo de culpabilidad* (inexigibilidad) [182].

561. Influencia funcionalista en la doctrina nacional

En el Perú, el sistema funcionalista se introduce con diferentes matices en exposiciones parciales. Entre los que se aproximan a este sistema se encuentran José Antonio CARO JOHN [183], Carlos CARO CORIA [184], Héctor CENTENO BUENDÍA [185], Percy GARCÍA CAVERO [186], Julio MAZUELOS COELLO [187], Iván MEINI MÉNDEZ [188], José Leandro REAÑO PESCHIERA [189] Fidel ROJAS VARGAS [190] y Javier VILLA STEIN [191].



---

[182] Cfr. JAKOBS, 1995, pp. 598-602.

[183] CARO JOHN, 2003.

[184] CARO CORIA, 1999.

[185] CENTENO BUENDÍA, 2003.

[186] GARCÍA CAVERO, 2003.

[187] MAZUELOS COELLO, 2003.

[188] MEINI, 2003.

[189] REAÑO, en SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, 2002 (*Vid.* Capítulo III).

[190] ROJAS VARGAS, 1997.

[191] VILLA STEIN, 1998.

d.3. Escuela de Frankfurt

Se trata de un grupo de autores cuya característica común es que rechazan la normativización de las categorías de la dogmática penal en el sentido de los postulados funcionalistas [192]. Se alejan de la tendencia a expandir el Derecho Penal a través de procesos de neo-criminalización que están convirtiendo al Derecho Penal en un instrumento de la política de seguridad. Así, se afirma que la reducción de las formalidades propias del Estado de Derecho afecta al Derecho Penal material. «Asistimos a un incremento de los delitos de peligro abstracto (derecho penal económico y del medio ambiente), a un crecimiento de la estandarización excesiva de deberes en el sentido de los delitos imprudentes y de omisión, y a una tendencia hacia una intervención penal simplificada con ayuda de las cláusulas generales y de los elementos indeterminados de los tipos» [193] [194]. Para formular sus críticas algunos se apoyan en el racionalismo subjetivista y otros en las ciencias sociales [195].

562. Críticas al funcionalismo en la escuela de Frankfurt

[192] García Cavero, 2001, p. 185.

[193] Albrecht, 2000, p. 483.

[194] «Bajo la impresión de riesgos y peligros la libertad de acción deviene un peligro abstracto en sí misma. En campos de acción densamente entrelazados, como es característico en las sociedades de riesgo, el propio uso de la libertad es peligroso en sí (...). Sólo es posible sustraerse a ello si la permisión del uso de la libertad se somete a especiales exigencias de cuidado y todo individuo está obligado a estar pendiente en todo momento de si acaso su actuar previo ha creado un peligro que obligue luego a un actuar positivo para limitar los cursos lesivos que de allí surgieran. Esto explica el elevado valor que adquieren de modo creciente dos formas delictivas diversas y sus elementos característicos: los delitos imprudentes, en los que la relación entre infracción de deber y resultado se abandona en favor del incremento del riesgo. Y los delitos de comisión por omisión, que, como el delito de resultado por comisión activa, se interpretan como la infracción de una norma de conducta que obliga a sus destinatarios a evitar cursos cargados de dañosidad derivados de su conducta, y en concreto, según el ámbito de acción, en forma de mandatos o prohibiciones. De tal evitación es responsable en principio cualquiera que hace uso de su libertad (...). Ambas cosas culminan en el delito de omisión imprudente. Con la general expansión de deberes positivos esta clase de delito aparece en el centro de la sistemática del derecho penal». Klaus Günther, 2000, pp. 503-504.

[195] *Vid.* García Cavero, 2001, pp. 185-190. *Vid.* también AA.VV., *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análsis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Universidad Castilla-La Mancha, 2003.

Capítulo VII
LA ACCIÓN

Sumario: §33. Concepto. §34. La acción como límite al poder penal. §35. Formas básicas de imputación. §36. Capacidad de conducta. §37. Problemática de las personas jurídicas. §38. Ausencia de acción. §39. Polémica sobre la acción.

Bibliografía

Manuel A. Abanto Vásquez: *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997. / Silvina Bacigalupo: *¿Las personas jurídicas como sujetos de derecho penal?* en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, julio, Lima 2004; Idem, *Sobre la teoría de la acción finalista y su significado en el derecho penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 79, setiembre, Madrid 2002; Idem, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona 1998. / Ernst Beling: *Esquema de derecho penal y doctrina de delito-tipo*, trad. de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires 1944. / Milton Cairoli Martínez: *Las nuevas tendencias del principio* societas delinquere non potest, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / José Luis Castillo Alva: *Fuerza física irresistible*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / José Cerezo Mir: *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001; Idem, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / Heitor Costa Junior: *Teoría dos delitos culposos*, Lumen Juris, Río de Janeiro 1988. / José de Faira Costa: *La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona 1995. / Fermín Javier Echarri Lasi: *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2003. / Percy García Cavero: *El artículo 27 del Código Penal: El actuar en lugar de otro en el derecho penal*, en Anuario de

Derecho Penal. Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2003. IDEM, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, Universidad de Piura, Ara, Lima 2003. / EDWARD GARCÍA NAVARRO: *La imputación de las personas jurídicas y el actuar en lugar de otro ante una estructura del delito con rasgos ontológicos*, en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Libro Ponencias, UNMSM, Ara, Lima 2004. / EDGARDO GRAMAJO: *La acción en la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires 1975. / JÜRGEN HABERMAS: *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, T. II, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid 1990; IDEM, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998. / ROLF DIETRICH HERZBERG: *Reflexiones acerca del concepto jurídico-penal de acción y de la negación del delito "pretípica"*, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Monografías, Mc Graw Hill, Madrid 1999. / JOSÉ HURTADO POZO: *Persona jurídica y responsabilidad penal*, en Anuario de Derecho Penal, Lima 1996. / JOSÉ HURTADO POZO/BERNARDO DEL ROSAL BLASCO/RAFAEL SIMONS VALLEJO: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Una perspectiva comparada*, Universidad de Alicante, Área de Derecho Penal, Tirant lo blanch, Valencia 2001. / MANUEL JAÉN VALLEJO: *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, Colex 1994. / GÜNTHER JAKOBS: *El concepto jurídico-penal de acción*, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000. / GÜNTHER JAKOBS/JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ/KURT SEELMANN/SILVINA BACIGALUPO/BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ/CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ/JULIO F. MAZUELOS COELLO/PERCY GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ara, Lima 2002. / URS KINDHÄUSER: *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, en Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial, Ara, Lima 2005. / HANS JOACHIM HIRSCH: *La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la "Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft"*, en Derecho penal, Obras completas. Libro Homenaje, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / FRANZ VON LISZT: *Tratado de derecho penal*, trad. a la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II, segunda edición (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Volumen XXVI), Reus, Madrid, s/f. / JAIME E. MALAMUD GOTI: *Política criminal y de la empresa. Cuestiones, Alternativas*, Hammurabi, Buenos Aires 1983; IDEM, *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires 1981. / BORJA MAPELLI CAFFARENA/JUAN TERRADILLOS BASOCO: *El delito como acción*, en Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003; IDEM, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid 1996. / GIORGIO MARINUCCI. *Delito como acción: crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid 1998. / IVÁN MEINI MÉNDEZ: *Actuar en lugar de otro*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / EDMUND MEZGER: *Tratado de derecho penal*, 2ª ed. revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1946. / VINCENZO MILITELLO: *La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona 1995. / SANTIAGO MIR PUIG: *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM; Ara, Lima 2004; IDEM, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nº 06-01, http://crimenet.urg.es/recpc06-01.pdf. / SANTIAGO MIR PUIG/DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA (Coordinadores): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Biblioteca de Derecho Penal, J.M. Bosch, Barcelona 1996. / EMILIO

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *Las actuaciones en nombre de otro*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Consejo Superior de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, Madrid 1984. / GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS: *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalitas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales*, en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo, Colección Estudios, Cuenca 2003. / VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima 2000. / CLAUS ROXIN: *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976a; IDEM, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976b. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la inimputabilidad*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; IDEM, *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003; IDEM, *Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción*, en Estudios de Derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000; IDEM, *El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código Penal español*, en Estudios de Derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000; IDEM, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona 1995. / JUÁREZ E. X. TAVARES: *Algunas reflexiones sobre el concepto comunicativo de conducta*, en Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; IDEM, *Direito Penal da Negligencia (Una contribuição à Teoria do Crime Culposo)*, 2ª ed., Lumen Juris editora, Rio de Janeiro 2003; IDEM, *Direito Penal da Negligencia (Una contribuição à Teoria do Crime Culposo)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1985; IDEM, *Teoría del delito. Variaciones-Tendencias*, trad. de Nelson R. Pessoa, Hammurabi, Buenos Aires 1983. / KLAUS TIEDEMANN: *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona 1985. / HANS WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, versión castellana de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona 1964. / JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR: *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; IDEM, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 11, Madrid 1980. / LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105 CP: Principales problemas de aplicación*, en Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2003; IDEM, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Thompson-Aranzadi, Navarra 2003.

§ 33. Concepto

563. Acción e imputación penal

A partir de la acción se estructura la imputación de un delito. No creemos que se debe renunciar al estudio de la acción, "pues, aunque hay que conceder que 'los dados de la dogmática jurídico-penal' sólo caen en

relación con el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, resulta necesario un concepto de acción al que puedan incorporarse como atributos estos elementos, y ello no sólo por razones gramático-constructivas"[1]. Sin embargo, en la evolución del Derecho Penal, su concepto ha generado una intensa polémica [2].

564. Acción como concepto normativo

El concepto de acción es un **concepto jurídico** o **normativo,** pues, el Derecho Penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que existe en la realidad [3]. Lo que sí podemos tener en cuenta es que la valoración de este elemento puede variar según los criterios adoptados por las diferentes legislaciones [4], pero lo decisivo es que la acción debe contar con los requisitos y las funciones que exige la teoría moderna de la imputación del delito.

565. Expresiones en el Código Penal referidas a la Acción.

Nuestro Código Penal no ofrece un concepto de conducta y por el contrario, utiliza una terminología variada. La doctrina penal muestra una serie de términos que van a identificarla. Resulta evidente que el legislador no se decidió por elaborar un concepto jurídico-penal de acción. Así, en el lenguaje jurídico-penal se utilizan algunos sinónimos como "*acciones u omisiones*", "*hecho*", "*acto*", "*conducta*" y "*comportamiento*" [5]. No obstante ello, poco nos aclara la identificación de uno de esos términos, por lo que es preferible tenerlos como sinónimos. En la Constitución Política de 1993 se utiliza los términos "*acto u omisión*" (artículo 2, numeral 24, inciso d). En los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos se emplea las expresiones "*actos u omisiones*" (artículo 11, numeral 2, Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 15, numeral 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), "*acciones u omisiones*" (artículo 9, Convención Americana de Derechos Humanos), "*conducta*" (artículo 22, numeral 1, Estatuto de Roma).

---

[1] JESCHECK, 1993, p. 197. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 234.

[2] *Vid. infra* núms. margs. 600 y ss.

[3] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 396.

[4] DONNA, 1995, p. 2.

[5] El término "conducta" es más restringido que la palabra "hecho", que se entiende como cualquier acontecimiento de la naturaleza o del hombre capaz de generar efectos jurídicos, por lo tanto podemos inferir que la conducta es una forma de hecho: un hecho humano voluntario. La palabra acto equivale en sentido jurídico a una variedad de hecho, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 228).

A partir de las características del hombre como un ser social y comunicativo, es posible formular un concepto de acción [6]. Antes que una conducta meramente individual, la conducta humana debe ser estructurada como una actividad consciente del medio y de sus condiciones y orientada subjetivamente dentro de la práctica social [7]. Así, un rasgo esencial de la conducta humana viene a ser su dirigibilidad en la práctica social. "La práctica social significa, aquí, que toda acción está inserta en un proceso de comunicación, por lo que una persona transmite informaciones a otra persona, de modo que constituyan elementos relevantes para su actuar" [8]. Siendo entonces la conducta hu-

566. Concepto de Acción

[6] Para HABERMAS (1990, p. 171) "la acción comunicativa se basa en un proceso cooperativo de interpretación en que los participantes se refieren *simultáneamente* a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo aun cuando en su manifestación sólo *subrayen* temáticamente *uno* de estos tres componentes". Para este autor, la relación pragmática se da "con algo en el mundo objetivo (como totalidad de las entidades sobre las que son posibles enunciados verdaderos); o con algo en el mundo social (como totalidad de las relaciones interpersonales legítimamente reguladas); o con algo en el mundo subjetivo (como totalidad de las propias vivencias y que el hablante puede manifestar verazmente ante un público), relación en la que los referentes del acto de habla parecen al hablante como algo objetivo, como algo normativo o como algo subjetivo" (*Ibidem*). Sin embargo, este proceso de comunicación "no hace referencia sin más a algo en un mundo, sino que relativizan su manifestación contando con la posibilidad de que su validez quede puesta en tela de juicio por otro actor. *Entendimiento* (*Verständigung*) [Expresión traducida como *comprensión comunicativa* por GARCÍA CAVERO, 2005a, p. 85] significa la 'obtención de un acuerdo' (*Einigung*) entre los participantes en la comunicación acerca de la validez de una emisión; *acuerdo* (*Einverständnis*), el reconocimiento intersubjetivo de la pretensión de validez que el hablante vincula a ella" (*Ibidem*). Sobre la acción comunicativa, *vid.* también HABERMAS, 1998, pp. 70 y ss. Además, en relación a la reconstrucción de las condiciones de la integración social que conduce al concepto de "*mundo de la vida*" que este autor utiliza, *vid.* HABERMAS, 1990, II, pp. 169 y ss. "El mundo de la vida es una relación –reproducida mediante la comunicación– de tradiciones culturales mezcladas, de ordenamientos legítimos y de identidades personales. Al mundo de la vida pertenece también las instituciones que se presentan con una pretensión de indiscutible autoridad (...), y en la que se fusionan facticidad y validez; la validez tiene la fuerza de lo fáctico. Este allanamiento de la tensión entre facticidad y validez favorece la utilidad de la estabilidad obtenida por el mundo de la vida y la inmuniza contra la presión de la experiencia creadora de contingencias" (KINDHÄUSER, 2005, p. 94, cit. 51).

[7] "A esto es que HABERMAS se refiere, al decir que el proceso de comunicación es una praxis social" (TAVARES, 2003, p. 316, num. 19). "La teoría del discurso de HABERMAS se basa en la acción comunicativa que define como interacciones en las cuales los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción; el consenso que se consigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez" (PORTILLA CONTRERAS, 2003, p. 109).

[8] TAVARES, 2003, p. 317, num. 23; IDEM, 2003a, p. 209.

mana una actividad relacionada en un proceso de comunicación, se acepta que ésta sólo puede ser una acción consciente y voluntaria [9]. Ahora bien, dicha voluntad debe entenderse en el sentido que el individuo se inserta conscientemente a un *objeto de referencia* en un proceso de comunicación [10] [11]. No es posible configurar a la voluntad sin un objeto de referencia, pues si no estaríamos ante una conducta meramente impulsiva irrelevante en el aspecto social. La voluntad es inseparable de la acción, lo contrario supondría limitar a la conducta a un simple proceso causal. Por lo tanto, acción "es toda conducta conscientemente orientada en función de un objeto de referencia y materializada como expresión de la realidad humana práctica" [12].

567. Delitos dolosos, imprudentes y omisivos

Así, los *delitos dolosos* son procesos de comunicación en donde el autor quiere alcanzar un objeto de referencia, conduce su actividad sobre este objeto y proyecta una pretensión de validez para su actividad en relación al otro. No obstante ser delictiva sigue siendo una actividad racional, ya que se inserta en una práctica social, consciente y volitiva [13]. En los *delitos imprudentes*, también existe un proceso de comunicación y el sujeto es consciente frente a la existencia de objetos de referencia que está representado, entre otros, por las normas de cuidado en una actividad determinada [14]. En los *delitos de omisión*, la actividad omisiva también constituye una forma de actividad volitiva y comunicativa, pues el objeto de referencia puede ser tanto la norma preceptiva o una actividad que podría realizar, de manera que, en ellas se encuentra el contacto que tiene el autor con el medio y con otros sujetos [15].

---

[9] TAVARES, 2003a, p. 210.

[10] *Ibidem*, p. 211; IDEM, 2003, p. 318, num. 26.

[11] Por ello, lo fundamental no es el fin perseguido por el autor, sino el *objeto de referencia* al que el sujeto puede asociar su actividad u orientarla (TAVARES, 2003, p. 320, num. 31). El *objeto de referencia* se puede representar en la forma de un objeto perseguido por el autor (matar a otro), la no realización de un determinado acto (no saludar), incumpliendo deberes (no socorrer), aceptando o no, órdenes, mandatos o normas (realizar una conducta cuidadosa o conducir con exceso de velocidad) (IDEM, 2003a, p. 212). Para VIVES ANTÓN (1996, p. 197) «es el *seguimiento de reglas* (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que constituye como tales (el *significado*) y la *diferencia* de los simples hechos». Vid. también el punto de partida de la concepción habermasiana de la acción en ibídem, pp. 193-194.

[12] TAVARES, 2003, p. 327, num. 41; IDEM, 2003a, pp. 225-226.

[13] TAVARES, 2003, p. 321, num. 33.

[14] *Ibidem*, p. 321, num. 32. También en la culpa inconsciente es posible identificar una actividad volitiva pues lo *inconsciente* es la relación entre el autor y la norma de cuidado (TAVARES, 2003a, p. 214).

[15] TAVARES, 2003a, p. 215.

§34. La acción como límite al poder penal

568. Acción como límite al poder penal

El concepto de acción cumple una función de límite frente al poder penal. Esta delimitación rige tanto en relación a la determinación de conductas prohibidas (función política), como a la misma estructuración de la imputación (autonomía, base, enlace, filtro) [16].

569. Función política del concepto Acción

En el primer sentido, la acción tiene una **función política** e ideológica, donde "solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente"[17]. La concepción del *Derecho Penal de acto* [18] (opuesto al Derecho Penal de autor) permite concluir que nunca serán constitutivas de un delito ni las ideas, pensamientos, deseos, afectos de la persona. Su punibilidad es sólo manifestación de autoritarismo y favorece una concepción totalitaria del Estado, incompatible con el Estado social y democrático.

570. Función de base del concepto Acción

La acción cumple una **función de base** sustancial donde se pueden asentar las categorías del delito. La acción es la base sobre la que descansa el concepto del delito. Esta función es también conocida como función positiva [19], función clasificatoria, elemento fundante o concepto

---

[16] En la doctrina se han identificado otras funciones que no son tan esenciales como las anteriores, pero que son útiles para el concepto de acción, dentro de la estructura del delito. Así, se atribuye la **función de exposición** o didáctica y la **función de transformación** (*vid.* MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 249-250). La primera función indica que el concepto de acción es el más adecuado para demostrar la estructura del delito y la utilización de cada uno de los elementos de dicha estructura. La segunda función establece la posible comunicación del concepto penal de acción con otros conceptos de acción que pueden provenir de un orden psicológico, pragmático, sociológico, antropológico y normativo. "El concepto de acción se presenta como una puerta de entrada a conocimientos de otras disciplinas en la dogmática jurídico-penal" (*Ibidem*).

[17] MUÑOZ CONDE, 2004, p. 7.

[18] Una primera exigencia está relacionada a que la acción humana debe expresarse a través de actos externos (Cfr. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 309) que constituyen lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, previstos en los diferentes tipos penales. Por eso, el supuesto de hecho del dispositivo penal sólo puede cumplirlo aquella conducta que puede traducirse en actos externos susceptibles de verificación empírica, con los medios de prueba utilizados en el proceso penal (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 210). Esta exigencia se basa en el principio de responsabilidad por el hecho, donde el derecho penal moderno es un derecho de acto antes que un derecho de autor (*vid.* VILLA STEIN, 1998, p. 192).

[19] MIR PUIG, 2004, p. 193, num. 39. *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 231.

abarcativo [20]. Además, la acción es la base de todas las modalidades típicas [21]. A partir de ella, el legislador decide prohibir algunas, de esta manera utiliza diversas estructuras típicas para individualizar conductas (tipos de comisión y omisión, dolosos e imprudentes) [22].

571. Función de enlace del concepto Acción

La acción cumple una **función de enlace** o función sistemática [23], donde la conducta actúa como instrumento de unión de los elementos de la estructura del delito. La acción pasa por todas las categorías del delito asumiendo una caracterización específica, hasta llegar a configurarse como un delito propiamente dicho. En primer lugar, la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos: acción típica, antijurídica y culpable [24]. "De ese modo, el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral" [25].

572. Función de delimitación del concepto Acción

La **función de delimitación** (filtros) supone que el examen de la acción establece un mínimo de condiciones para determinar la relevancia de un comportamiento para el Derecho Penal. Esta función opera de manera negativa, precisando supuestos de ausencia de conducta (exclusión de hechos sin estar dirigidas a un objeto de referencia).

§35. Formas básicas de imputación

573. Formas básicas de imputación

A partir del concepto de conducta, el legislador identifica cuatro formas básicas de imputación: delitos de comisión dolosos e imprudentes y delitos de omisión dolosos e imprudentes. Así lo señala el artículo 11 del Código Penal: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". En el mismo sentido se expresa el Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 (artículo 11). Existen: **delito de comisión**, ejemplo: acción de matar (artículo 106, Código penal); **delito de omisión**, ejemplo: omisión de ayuda a un herido (artículo 127, Código penal); **delito doloso**, ejemplo: matar

---

[20] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 381-382.

[21] SANTOS, 1985, p. 55.

[22] ROXIN, 1999, p. 234, num. 1.

[23] SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 13.

[24] *Loc. cit.*

[25] *Loc. cit.*

dolosamente (artículo 106, Código penal) (delito doloso de comisión) y, el **delito imprudente** (delito culposo), ejemplo: quien conduce su vehículo a excesiva velocidad y origina la muerte de un peatón (artículo 111, Código penal).

§36. Capacidad de conducta

574. Capacidad de actuar de la persona humana

En el estado actual del Derecho Penal peruano, solo la **persona humana** es capaz de actuar. Por ello, no cualquier actividad organizada que vincula al individuo a su medio [26], es susceptible de ser calificada como conducta si es que no deviene de la *práctica social* y la *racionalidad* [27].

575. Animales, cosas y fenómenos de la naturaleza

Carecen de esta capacidad los **animales** y las **cosas**, pero pueden ser **objeto** de conductas [28]. Por ello, es distinto hablar de que los animales o las cosas sean utilizados como instrumentos, por parte del hombre, donde el verdadero actuante es el hombre y no los animales o las cosas. Ejemplo: El sujeto que utiliza a perros salvajes para generar lesiones a un menor de edad. También están excluidos los hechos de los **fenómenos de la naturaleza**. Todos los actos originados por éstos, no se incluyen en el análisis de la acción, aunque pueden concretizar el mismo resultado lesivo que genera la conducta humana.

---

[26] TAVARES, 2003, p. 207.

[27] *Ibidem*, p. 208; IDEM, 2003a, p. 316.

[28] En nuestro ordenamiento jurídico-penal, se establecen diversas protecciones que consideran como objeto de la conducta a los animales, v. gr., artículo 308 del Código Penal prevé el delito de Explotación ilegal de recursos naturales, artículo 309 prevé el delito de Extracción ilegal de especies acuáticas. En nuestra legislación penal se sanciona el hurto de ganado en el artículo 189-A, el hurto de uso de ganado en el artículo 189-B y el robo de ganado en el artículo 189-C. En nuestra legislación especial, los artículos 6 y 7 de la Ley 26496, prohíben la caza de la vicuña (*Auchemia Viccuna*), el guanaco (*Auchemia Guanacu*) y sus híbridos y derivados, del mismo modo su captura, sustracción y comercialización. En cuanto a las especies marinas, la Ley 26585 que prohíbe la extracción, procesamiento y comercialización de delfines (*Delphinus delphis*), toninos (*Phocoena spinipinnis*), chanchos marinos (*Lagenorthynchus obscurus*), marsopas, bufeos (*Tursiops truncatus*) y otros cetáceos que constituyen recursos hidrobiológicos de nuestro dominio marítimo y aguas continentales. En general, la Ley no otorga el carácter de víctima (sujeto pasivo) a los animales, sino que simplemente los reconoce como objetos de conducta susceptibles de protección jurídica.

§37. Problemática de las personas jurídicas

576. Incapacidad de conducta en las personas jurídicas

Las **personas jurídicas** no tienen *capacidad de conducta* [29]. En nuestro ordenamiento jurídico-penal, tiene vigencia el principio "*societas delinquere non potest*" [30]. Resulta evidente que la persona jurídica no realiza conductas humanas, sin embargo, el Derecho Penal no puede ser extraño a las infracciones que se cometen a través de las personas jurídicas. No es posible equiparar la supuesta "voluntad" de dicho ente, con la voluntad humana [31] y por ello, la misma esencia de la persona jurídica excluye la existencia de una responsabilidad penal [32].

577. Actuación de representantes de las personas jurídicas en delitos de dominio

Sólo pueden ser imputadas las actuaciones de los **administradores** o **representantes** de las personas jurídicas en *delitos comunes* (delitos de dominio) [33].

Jurisprudencia:

"La persona jurídica no posee capacidad de conducta de acuerdo al principio 'societas delinquere non potest' *recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado (...) e hijos, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado por ella"* [34].

Incluso con un modelo de imputación estructurado para personas físicas, **tampoco existe la posibilidad de imputación personal o culpabilidad.**

---

[29] En el derecho penal peruano, HURTADO POZO (2005, p. 703, num. 1837-1838) precisa que atribuir o no responsabilidad a las personas jurídicas corresponde al ámbito de la Política Criminal y de manera más amplia a la política general del Estado. Considera que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable para admitir dicha responsabilidad (como lo hace el derecho anglosajón). En todo caso las soluciones que se adopten deberán respetar los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del Derecho penal y siendo éste la ultima ratio del control social, este reconocimiento de responsabilidad penal deberá estar acompañado de la renovación y perfeccionamiento de las medidas económicas y jurídicas propias del campo civil y administrativo.

[30] Quienes afirman la irresponsabilidad de las personas jurídicas suelen recurrir a dos teorías: falta de acción y falta de culpabilidad.

[31] MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 238-239. HURTADO POZO, 2005, p. 687, num. 1799.

[32] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 408.

[33] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1984, p. 36; ABANTO VÁSQUEZ, 1997, pp. 156 y ss.

[34] Ejecutoria Suprema del 24 de octubre de 1997 (consulta) Exp. 3963-96 Ancash, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 84.

578. Imposibilidad de imputación personal a las personas jurídicas

Para hablar de la existencia de la responsabilidad penal de personas jurídicas, sería necesario identificar la culpabilidad y su relación con el principio de personalidad de la pena [35]. Sin embargo, la posición todavía dominante considera que una persona jurídica no puede ser motivable a actuar de otra manera que la ley exige [36].

579. Actuación de representantes de las personas jurídicas en delitos de infracción de deber

En el Derecho Penal no existe dificultad para estimar penalmente responsables a las personas físicas que actúan como representantes o hayan participado en la comisión del delito, en aquellos casos en los que el tipo correspondiente no exige especial cualidad para ser sujeto activo del delito (*delito común*). El problema se presenta en los supuestos de *delitos especiales propios* [37] en los que la calidad especial concurre en la persona jurídica, pero no en la persona física que actúa como órgano o representante de dicha entidad. Ejemplo: en el tipo de injusto previsto en el artículo 232 del Código Penal la posición monopólica u oligopólica en el mercado la tiene la persona jurídica, pero quien abusa de ella es el representante [38]. En dichos casos existiría una laguna de punibilidad, pues no se podría penar al que actúa como representante, en el que no concurre la calidad especial, pues implicaría una violación del principio de legalidad, ni tampoco a la persona jurídica, en el que sí concurre la calidad especial, pues está vedada por la vigencia del principio *societas delinquere non potest* [39][40].

---

[35] *Vid.* Mir Puig, 2004, p. 198.

[36] Buscando desarrollar un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, que acepte su capacidad de conducta, Zúñiga Rodríguez, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas (2003, p. 230) afirma que "si se entiende como modernamente suele entenderse el hecho penalmente relevante, como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, esto es, que son motivables por dicha norma, no existe inconveniente en sostener que las personas jurídicas puede ser sujetos activos de delitos o ser capaces de realizar una acción penal". Esta autora también construye un concepto de imputación dolosa y culposa y otro de culpabilidad de organización para la imputación a estos entes (*vid. Ibidem*, pp. 237 y 239). *Vid.* Caro Coria 2002, pp. 520 y ss.

[37] García Cavero, 2003a, p. 87. No existe vacío de punibilidad en el caso de *delitos especiales impropios* pues se podrá aplicar el delito común que es base de la agravante especial (*ibidem*).

[38] Meini Méndez, 2004d, p. 989.

[39] Octavio de Toledo y Ubieto, 1984, p. 37.

[40] Muñoz Conde/García Arán señalan dos soluciones para evitar dicha laguna de punibilidad: "el legislador puede optar por una doble vía: o sancionar expresamente

El artículo 27 del Código Penal (**actuar en nombre de otro**) busca solucionar el problema al autorizar la traslación de una característica personal de la autoría a quien no la reúne. Así, será considerado autor el representante autorizado o un socio representante autorizado de una sociedad [41], quien adquiere la calidad de *intraneus* para los efectos del delito que se impute, incluso deberá responder como coautor con otras personas, como sería el caso de decisiones colegiadas ilícitas en empresas, y también, es posible que otras personas sean imputadas como partícipes del representante considerado *intraneus* [42]. Los restantes elemento del tipo penal deben haber sido realizados por esta persona física que actuó como representante [43]. Así, no basta figurar como representante para responder automáticamente de los delitos en el marco de una persona jurídica [44].

580. Actuar en nombre de otro

Sin embargo, la actual fórmula del artículo 27 presenta una serie de deficiencias: *Primera*, no admite la actuación en nombre de otra persona física [45] [46]. *Segunda*, no se admite las formas de representación voluntaria o fáctica y sólo acepta la representación legal. Lo recomendable es que se trate de una representación efectiva antes que formal [47]. *Tercera*, no admite la representación de una persona jurídi-

581. Críticas a la definición normativa del actuar por otro

---

en los tipos delictivos donde más se den estos casos a las personas físicas que actúan en nombre de las jurídicas (gerentes, administradores, etc.) o crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos donde ocurran problemas de este tipo" (2002, p. 222).

[41] GARCÍA CAVERO se refiere a la innecesariedad de esta última denominación, sólo explicable en el derecho alemán pero no en el derecho nacional (2003a, pp. 93-94).

[42] MEINI MÉNDEZ, 2004d, p. 998.

[43] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, pp. 569-570.

[44] Jurisprudencia discrepante: "*El artículo 27 del Código Penal resulta aplicable al caso, dado que el procesado, quien giraba un cheque sin fondos tiene la condición de primer Gerente General y representante de la empresa involucrada, teniendo entre sus facultades la de girar cheques a nombre de la entidad empresarial*" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 30 de marzo de 1998, Exp. Nº 7012-97, BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 393).

[45] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 645. Cfr. GARCÍA CAVERO, 2003a, pp. 117 y ss. *Vid.* otras críticas.

[46] Este error ha sido superado en la nueva fórmula del artículo 31 del Código Penal español de 1995 que sirvió de fuente para nuestro artículo 27: Artículo 31. "*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombr o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*".

[47] ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 148.

ca irregular [48] a pesar que, en estos casos, el daño social sigue latente. El Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 busca resolver estos defectos y plantea una nueva fórmula [49].

Sin violentar el principio *societas delinquere non potest*, nuestro Código Penal a través del artículo 105 establece distintas medidas que afectan a la persona jurídica, denominadas "**consecuencias accesorias**" [50]. El debate se presenta sobre su *naturaleza jurídica*. "En realidad, se trata de consecuencias jurídicas que, por razones de prevención especial, pueden acompañar a la pena. No pueden catalogarse como medidas de seguridad, ya que responden no a la peligrosidad subjetiva del autor sino a las características del medio en que éste se mueve. Tampoco son penas, puesto que no se imponen al autor del hecho, ni su gravedad responde a la pena del delito. Su naturaleza es la de consecuencias accesorias a la pena principal, lo que hace que, en la práctica funcionen como penas accesorias" [51]. No son de naturaleza punitiva, sino puramente preventivas aplicables a "cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan" [52].

582. Consecuencias accesorias

Para aplicar esta consecuencia accesoria se deben cumplir algunos requisitos: que se haya cometido un delito; que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; que se haya cometido penalmente al autor específico del delito; y, se debe disponer la intervención de la persona jurídica para dejar a salvo los derechos de los trabajadores [53]. En el ámbito de la criminalización secundaria, se aprecia una falta de aplicación de estas consecuencias para las personas jurídicas

583. Requisitos y clases de consecuencias accesorias

---

[48] El Código Penal colombiano del 2000 sí admite la representación de un ente colectivo sin tal atributo: Artículo 29. "*(...) También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado*".

[49] Artículo 27. "*Es responsable como autor, el que actúa como representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, entidad pública, o en representación de una persona natural, y realiza el tipo legal de un delito o falta, aunque los elementos especiales que fundamentan o agravan la pena, no concurran en él, pero sí en quien representa*".

[50] *Vid.* sanciones contra agrupaciones, TIEDEMANN, 1985, pp. 167-171.

[51] MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, 1996, p. 219.

[52] MIR PUIG, 2005, p. 4. Este autor entiende que las consecuencias accesorias abren una "tercera vía". "Sin embargo, lo hacen de una forma demasiado tímida, porque sólo se prevén para determinados delitos, que ni siquiera comprende con carácter general los delitos contra el patrimonio y socio económico" (*Ibidem*).

[53] PRADO SALDARRIAGA, 2000, pp. 184-185.

por parte de las instancias jurisdiccionales [54]. Estas medidas son: *clausura de establecimientos de manera temporal o definitiva* [55] (la clausura temporal no excederá de cinco años), *disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades* (cuyo plazo será no mayor de dos años) y *prohibición de realizar determinadas actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.* Dichas medidas se aplicarán, si el delito se ejecuta durante el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o se cometa el delito utilizando a la persona jurídica para favorecerlo o encubrirlo.

584. Garantías y reglas aplicables a las consecuencias accesorias

Para aplicar las consecuencias accesorias se tomarán en cuenta las garantías contenidas en el Título Preliminar del Código Penal, como también las reglas de prescripción de las penas [56]. Por otro lado, el mismo código les otorga excepcionalmente naturaleza cautelar (artículo 314, Código penal) [57]. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 mantiene en gran medida la fórmula del actual artículo 105 [58].

§38. Ausencia de acción

585. No hay acción sin voluntad

La función delimitadora o negativa que cumple la teoría de la acción supone que no existe acción relevante para el Derecho Penal cuando falta la voluntad, es decir, se requiere un impulso socio-individual orien-

---

[54] PRADO SALDARRIAGA, 2000, p. 188.

[55] Para HURTADO POZO (1996, p. 148) esta opción equivaldría a una pena de muerte para el ente colectivo.

[56] MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, 1996, p. 219.

[57] En el ámbito procesal nacional, se ha otorgado la calidad de «parte pasiva» a las personas jurídicas comprendidas en procesos penales y susceptibles de probables consecuencias accesorias. Sin embargo, este tema no es pacífico y se ha sostenido que no sería necesario llegar a considerar a la persona jurídica como parte en el proceso. *Vid.* el debate en CARO CORIA, 2002, pp. 503 y ss.

[58] Artículo 106. "*Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años. 2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité. 3. Suspensión de actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años. 4. Prohibición a la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores*".

tado a un objeto de referencia, de manera que la ejecución causal esté dirigida a lo que se propuso el sujeto, como consecuencia material [59].

Jurisprudencia:

"Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta la voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho Penal cuando ha sido causado fortuitamente" [60].

586. Casos de ausencia de acción

Estamos ante *ausencia de acción* cuando el sujeto no puede orientar su conducta conforme a algún objeto de referencia (no es una actividad consciente). Algunos casos son: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia [61].

a. Fuerza física irresistible

587. Definición normativa de fuerza física irresistible

El Código Penal lo regula en el inciso 6 del artículo 20 donde excluye de responsabilidad al que *"obra por una fuerza física irresistible"* [62]. El Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 mantiene esta fórmula. No obstante, se afirma que la fuerza física irresistible es completamente superflua y de nula relevancia político criminal [63].

588. Fuerza física irresistible

Fuerza física es aquel estímulo externo, extraño al agente, que le genera un movimiento involuntario. Con respecto al origen de la *fuerza irresistible* ésta debe de provenir del exterior, ya sea de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza. Ejemplo: Conducta humana: El policía maniatado para impedir que cumpla con su deber. Fuerza de la naturaleza: Corriente de agua, viento, etc.

589. Vis compulsiva

Con respecto a la fuerza psíquica o coacción (*vis compulsiva*), la acción no se halla excluida debido a que no anula totalmente la voluntad. En este tipo de fuerza se actúa bajo amenazas, incidiendo en el proceso motivador

---

[59] Cfr. Tavares, 2003a, p. 216; idem, 2003, p. 323.

[60] Ejecutoria Suprema del 18 de setiembre de 1998. Sala Penal, Exp. 3019-98 Puno. Rojas Vargas, 1999, p. 111.

[61] Para Gómez Benítes (1987, p. 92), "los actos reflejos y los realizados por fuerza mayor o en estado de inconsciencia no implican ausencia de acción, como suele afirmarse sino ausencia de imputación objetiva de una acción a su autor, y, por tanto, ausencia de tipicidad". Para este autor se trata de supuesto de ausencia de dominio o posibilidad de dominio de la propia voluntad (*ibidem*, p. 109 ss.).

[62] Para Luis Miguel Bramont-Arias Torres la ubicación de la fuerza irresistible no es la más adecuada (2000, p. 122).

[63] Cerezo Mir, 1988, p. 295; idem, 2003, II, p. 66, cit. 4. "Pero es importante en los delitos de omisión" (Muñoz Conde, 2004, p. 14).

de la toma de decisión del agente [64], por eso no afecta a la acción, sino, más bien, a la antijuridicidad (legítima defensa, estado de necesidad) o a la culpabilidad (miedo insuperable) [65]. Ejemplo: el administrador de una agencia bancaria que se apodera de una cantidad de dinero para pagar un rescate.

590. Vis absoluta

En relación a la intensidad de la fuerza se exige que esta sea irresistible, es decir, que no haya ningún tipo de posibilidad para que el individuo pueda manifestar su voluntad, por ello, la fuerza debe ser absoluta (*vis absoluta*) donde se le impide al sujeto dirigir sus movimientos, y se convierte en un simple instrumento [66]. Ejemplo: El sujeto que, al ser empujado por otro, cae y causa lesiones a un tercero. Creemos que si la fuerza era resistible, debe rechazarse la eximente, pero puede tenerse en consideración la regla del artículo 21 del Código Penal.

591. *Actio liberae in causa* por fuerza física irresistible

Es penalmente responsable el sujeto que se coloca voluntariamente al alcance de los efectos de una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza o de la fuerza de un tercero (***actio liberae in causa***) [67].

b. Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos no están controlados por la voluntad. "El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores" [68]. Ejemplos: movimientos instintivos de defensa, paralizaciones momentáneas por impresión física o psíquica (deslumbramiento). El Código Penal no tiene previsión expresa sobre los movimientos reflejos. Tampoco la creemos necesaria pues los movimientos reflejos no constituyen delito porque no son acciones ni omisiones sancionadas por la ley.

592. Movimientos reflejos

593. Acciones pasionales y de corto circuito

Por el contrario, tienen calidad de acción las llamadas **acciones pasionales y de corto circuito**; "si bien en ellas se produce la intervención del elemento voluntad, ello ocurre a una velocidad tal, que para el sujeto actuante no existe la posibilidad de poner en movimiento una reacción que impida incurrir en aquella acción" [69]. Se trata de un supuesto de

---

[64] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 278.

[65] Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 138; LUZÓN PEÑA, 1999, p. 278. *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 218.

[66] Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 138.

[67] Sobre los fundamentos, *vid. infra.* núms. margs. 1341-1343.

[68] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 219.

[69] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 247.

inculpabilidad que en el Código Penal, puede incluirse en la figura de la grave alteración de la conciencia (artículo 20, numeral 1).

Otro tema que también debe de distinguirse de los movimientos reflejos son las **reacciones producidas en forma semiautomática**. En ellas hay, inicialmente, un proceso de formación de la voluntad que con el tiempo se ha ubicado en el subconsciente mediante una larga práctica, "se trata de una acción petrificada que no necesita ser dirigida por la conciencia actual del actuar, pero que sigue siendo dominable" [70]. Estos tipos de reacciones pueden tener importancia en el tránsito vehicular.

594. Reacciones producidas en forma semiautomática

c. Estado de inconsciencia

La inconsciencia excluye la acción. En este supuesto, se presenta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre. No hay presencia de la conciencia, su ausencia es plena. Los supuestos que se suelen considerar son: sueño, hipnotismo, epilepsia, ebriedad alcohólica absoluta, sueños profundos producidos por narcóticos, etc.

595. Estado de inconsciencia

Se discute la posibilidad de sugestión de un delito en estado de **hipnosis** (la *escuela de Nancy* la afirma, la *escuela de París* la niega). Existe también un criterio intermedio que hace depender de la personalidad del sujeto la posibilidad de sugestión [71]. En el derecho penal peruano se admite la ausencia de acción, pero se debate la responsabilidad del hipnotizador como *autor mediato* [72] o *autor directo* [73]. En el derecho comparado, se discute la situación de inculpabilidad del hipnotizado [74]. También se da la posibilidad de que constituya una situación cercana a la fuerza irresistible cuando el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado [75].

596. Hipnosis

En el caso de la **ebriedad alcohólica**, esta debe ser absoluta y resulta diferente a la grave alteración de la conciencia que debe discutirse como caso de inimputabilidad (artículo 20, numeral 1, Código penal). La calificación oficial de la tabla de alcoholemia no aclara suficientemente esta diferencia [76].

597. Ebriedad alcohólica absoluta

---

[70] *Loc. cit.*

[71] Mir Puig, 2004, p. 218, num. 41.

[72] Bramont Arias, 1978, p. 351. Hurtado Pozo, 2005, p. 400, num. 1056.

[73] Castillo Alva, 2004, p. 743.

[74] Maurach, 1962, p. 216. Zaffaroni, 1981, III, p. 156: el supuesto de la sugestión post-hipnótica plantea un problema de culpabilidad. Cury, 1982, p. 225.

[75] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 219.

[76] La Ley 27753 del 9 de julio del 2002 en la tabla de alcoholemia considera a la ebriedad absoluta como el tercer período (1.5 a 2.5 g/l) con las características de

598. *Actio liberae in causa* por inconsciencia

Es también responsable el sujeto que se colocó intencional o imprudentemente en la situación de inconsciencia para causar un resultado lesivo. Ejemplo: el que intencionalmente se embriaga hasta dormirse para incumplir un deber. Estos casos pueden ser resueltos a través de la teoría de la *actio liberae in causa* [77].

599. Supuestos intensos de anomalía psíquica: ¿ausencia de acción?

En relación a ciertos casos de inimputabilidad, se plantea la idea que el análisis de la ausencia de conducta debería incorporar supuestos *intensos* de **anomalía psíquica** (artículo 20, numeral 1, Código Penal) [78], que originan posibilidades de aplicación de una medida de seguridad. Esto se explica en el hecho que la medida de seguridad exige que "*el agente haya realizado un hecho previsto como delito*" (artículo 72, Código Penal), es decir, que la medida de seguridad tiene como presupuesto básico la existencia de un injusto. Creemos que efectivamente, no tiene sentido discutir la problemática del dolo (conocimiento y voluntad) de las conductas realizadas por personas plenamente inimputables a nivel de la imputación subjetiva y pues, es necesaria tal discusión para afirmar la existencia de un injusto. A fin de resolver esta problemática se propone la incorporación del estudio de ciertas formas de anomalía psíquica como supuestos de ausencia de acción de manera que ya no sea necesaria la discusión

---

excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida del control de parte del sujeto. La misma ley considera a la grave alteración de la conciencia como el cuarto período (2.5 a 3.5 g/l) con las características de estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres en la persona. Así, para CASTILLO ALVA la presencia de más de 3% de alcohol en la sangre se considera indicio de inimputabilidad y por debajo de esa cifra subsiste la imputabilidad. Luego, afirma que la embriaguez letárgica (casos raros que se caracterizan por dejar a la persona al borde de la muerte o con una lesión severa) es ausencia de acción y que la mayoría de personas sólo llega a la embriaguez plena que es causal de inimputabilidad (CASTILLO ALVA, 2004, p. 744).

[77] Sobre los fundamentos, *vid. infra.* núms. margs. 1341-1343.

[78] Si queda demostrado que no hay conciencia ni voluntad en la conducta del sujeto, nada impide que se declare la ausencia de conducta, pero si se tratara sólo de una perturbación de la actividad consciente y volitiva, entonces se tratará de un problema propio de la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad (TAVARES, 2003a, p. 224). "Esta diferencia es relevante porque la comprensión de la conducta como actividad consciente y volitiva puede sugerir la tesis hegeliana de que la imputabilidad constituye un supuesto a la propia acción. Esto como se sabe no es correcto y deviene justamente de la mala comprensión de lo que constituye el hecho volitivo. Aunque no se pueda negar que la acción humana esté subordinada a una vida moral, y, pues, a los valores sociales concretos, eso no va implicar a la consideración de que para el concepto de la acción sea necesario el dato relativo a la capacidad de evaluación del propio sujeto" (TAVARES, 2003, p. 327).

de la imputación subjetiva. Para ello, el requisito utilizado por el artículo 72 del Código Penal debería entenderse sólo como "*comisión objetiva*" de un hecho previsto como delito [79], es decir, asociar dicha expresión sólo a la realización del tipo objetivo de un delito [80] [81].

§39. Polémica sobre la acción

600. Polémica sobre el concepto Acción

El debate que los penalistas han sostenido sobre el concepto de acción ha sido intenso y contradictorio. De esta discusión, se identifican a los conceptos causal, social, final, negativo, funcional y personal, los mismos que son consecuencia de asumir que la acción tiene un carácter ontológico o normativo.

a. Antecedentes

601. Orígenes del concepto Acción

La concepción de la acción tuvo sus raíces constructivas en la antigua filosofía griega, apareciendo con mayor énfasis en la obra de von PUFENDORF en el siglo XVIII, aunque, quien introduce este elemento al Derecho Penal fue von BÖHMER. La concepción moderna de la acción se origina con HEGEL en el siglo XIX, que incluye a la imprudencia dentro del concepto de acción, sin lograr alcanzar la diferenciación con el concepto de imputación.

602. Concepto de Acción en Hegel

Para HEGEL, la acción no sólo 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 [82], aunque dando más importancia a la última. Por ello, HEGEL señala que "es acción la exteriorización

---

[79] RAGUÉS I VALLÉS, 1999, p. 398: "A una doctrina que está dispuesta a aceptar que la embriaguez letárgica o la inconsciencia total excluyen la acción, sólo le falta dar un pequeño paso para llegar a la misma conclusión en los casos de trastornos psíquicos especialmente intensos".

[80] SILVA SÁNCHEZ, 2003, p. 937. Si bien este autor resalta el atractivo de ubicar la inimputabilidad en el primer nivel analítico de la teoría del delito de modo que desde el inicio quede claro que los hechos lesivos cometidos por inimputables deben ser analizados con criterios distintos de los utilizados para la imputación del derecho penal de la pena, sin embargo señala que este problema no es sólo propio de las alteraciones y anomalías psíquicas que dan lugar a inimputabilidad, sino también a aquellas que originan una situación de semiimputabilidad y que provocan un error de tipo invencible (oligofrenias) (*Ibidem*).

[81] HURTADO POZO entiende que "en realidad, mediante esta fórmula se hace referencia a un 'hecho punible', es decir, un acto que no constituye un delito y, por consiguiente, no puede ser la ocasión para imponer una pena" (2005, p. 397, num. 1049).

[82] DONNA, 1995, p. 4.

de la voluntad en tanto que es subjetiva la moral. Sólo la exteriorización de la voluntad moral es acción" [83]. Así también, HEGEL otorga a la acción un carácter normativo, ya que 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 norma [84]. "En la acción del autor considerada como acción de un ser racional reside el hecho de que es algo general, que mediante ella se establece una ley que él ha reconocido en ella para sí, bajo la cual se le puede subsumir como bajo su derecho"[85].

603. Concepto de Acción en los hegelianos

Posteriormente, asumen la discusión de la concepción de la acción sus discípulos ABBEG, KÖSTLIN, BERNER y HÄLSCHNER. Le corresponde a BERNER el mérito de haber colocado a la acción como base de la teoría del delito, partiendo de la idea que el delito es acción: "Todo lo que por lo demás se afirma del delito son sólo predicados que se añade a la acción en cuanto sujeto. Por eso, señala que, el concepto de acción ha de ser firme osamenta que determine la estructuración de la teoría del delito" [86]. Para los hegelianos la acción es siempre voluntaria y libre y sin libertad no hay conducta jurídicamente relevante de manera que se puede afirmar que sería pretípica, aunque no existía el concepto de tipo [87].

b. Concepto causal de acción

604. Concepto causal naturalista de Acción en Liszt

Se le atribuye a Franz von LISZT, a fines del siglo XIX, haber fundamentado el concepto causal de acción, bajo la influencia del positivismo científico. Para LISZT, "el acto de comisión (Tun) consiste en causar (mejor dicho, provocar) un resultado"[88]. "I. La manifestación de voluntad aparece, aquí, como movimiento corporal voluntario. II. El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad)"[89]. Sus esfuerzos también se dirigen a definir la omisión: "La manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable)"[90], y en aclarar que "empleamos, indudablemente, una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión"[91].

BELING también entendía que la conducta era un suceso causal y conceptuaba a la voluntad como capacidad de "inervación muscular"[92]. Este concepto causal de

---

[83] HEGEL, **en** JAKOBS, 1995, p. 158, num. 3.

[84] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 158, num. 3.

[85] HEGEL, **en** JAKOBS, 1995, p. 158, num. 3.

[86] BERNER, **en** ROXIN, 1999, p. 236, num. 8.

[87] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 326.

[88] LISZT, s/f, p. 292.

[89] *Loc. cit.*

[90] *Ibidem*, p. 302.

[91] *Ibidem*, p. 307.

[92] BELING, 1944, p. 19.

acción sentó las bases a la estructura del delito conocida como sistema LISZT-BELING. Así, para ambos autores la conducta humana es voluntaria, pero se prescinde de la voluntad que lo consideraban como simples impulsos. El contenido de la voluntad no era tenido en cuenta y su análisis se remitía a la categoría de la culpabilidad (dolo y culpa). Para estos autores la acción es pretípica [93]. Por ende, con esta concepción se toma sólo en cuenta al resultado y a la forma en que se produjo [94]. Esta versión naturalista del concepto causal de acción era extremadamente amplia e incluso, podía comprender el comportamiento de los animales, pues el acto voluntario requerido es un simple suceso psico-físico, de tal manera que para su limitación a la valoración jurídico-penal de comportamientos humanos, se requerirán criterios adicionales ajenos al concepto de acción [95].

605. Concepto de Acción en el sistema Liszt-Beling

Para MEZGER, "la acción como hacer activo exige, además del querer, un hacer corporal (movimiento corporal) del agente" [96]. "El querer (I) y el movimiento corporal (II) precisan hallarse en la acción en relación de causalidad. A la acción pertenece todo lo que ha sido causado por el querer y por el movimiento corporal determinado por el querer"[97]. "La teoría jurídico-penal de la acción se limita a preguntar qué es lo que ha sido causado por el querer del agente, cuál es el efecto producido por dicho querer. Todos los efectos del querer del sujeto que actúa son parte integrante de la acción. Para la teoría jurídico-penal de la acción es irrelevante, si estos efectos han sido también contenido de la consciencia y del querer del agente, y hasta qué extremo lo han sido"[98]. "Solo la teoría de la culpabilidad suscita la cuestión respecto a si los efectos del querer han sido contenidos del querer, contenido de la consciencia y del acto anímico y hasta que extremo lo han sido. Este problema escapa, por tanto, a la teoría del concepto de la acción e interesa solo más adelante cuando se trate de determinar hasta qué punto la acción es "imputable" al agente"[99]. Así se advierten los acentos valorativos de la influencia neokantiana. La acción dejó de ser naturalista pero no dejó de ser causal. La acción sigue constituyéndose en pretípica [100]. Con esta teoría se habla ya no de acción, sino de comportamiento humano, buscando abarcar los conceptos de acción y omisión, considerados como manifestación externa de la voluntad causal [101].

606. Concepto causal valorativo de Acción en Mezger

---

[93] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 326.

[94] DONNA, 1995, p. 5.

[95] STRATENWERTH, 2005, p. 114, num. 5.

[96] MEZGER, 1946, p. 216.

[97] *Ibidem*, p. 217.

[98] *Loc. cit.*

[99] MEZGER, 1946, p. 218.

[100] ZAFFARONI, 2005, p. 327.

[101] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 136.

607. Negación de un superconcepto de acción en Radbruch

RADBRUCH negó la posibilidad de un superconcepto capaz de albergar simultáneamente a la acción y la omisión. "Así como no se puede incluir bajo un concepto superior posición y negación 'a' y 'no-a', tampoco es posible un tal sometimiento conjunto de la acción y omisión, llámesele acción en sentido amplio, comportamiento humano o de cualquier otro modo" [102]. Aún así, dicho autor define a la acción siempre como realización del tipo [103].

608. Crítica al concepto causal de acción

La crítica más importante, contra este concepto causal de acción es, precisamente, la división insostenible entre acción y voluntad [104]. También, en cuanto a la omisión, ROXIN considera que, en la concepción causalista de la acción, no se cumple claramente la función de base, debido a que "en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues, como los nervios motores no se ponen en movimiento por sí mismos, normalmente no precisa su contención" [105].

609. Concepto causal de acción en el Derecho peruano

En el derecho penal peruano las preferencias también se inclinaron al concepto causal de acción en las obras de CORNEJO [106], BENÍTEZ [107] y BRAMONT ARIAS [108]. En esos momentos, también PEÑA CABRERA se adscribió a esta postura [109].

c. Concepto final de acción

610. Concepto final de acción en Welzel

"La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigi-

---

[102] RADBRUCH (*Der Handlungsbegriff*), en COUSIÑO, 1975, p. 461.

[103] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 327.

[104] Para WELZEL esta doctrina "desgarró" la acción en dos partes: el proceso causal externo ("objetivo"), por un lado y el contenido de la voluntad, "meramente" subjetivo, por otro (WELZEL, 1964, p. 31). "El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no solo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera ("acto voluntario")". Luego destaca que en la definición de la tentativa la doctrina de la acción causal fracasa "pues la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto sino una acción que apunta a un resultado elegido previamente; por consiguiente una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo" (*Ibidem*, p. 33).

[105] ROXIN, 1999, p. 238, num. 13.

[106] CORNEJO, 1937-1938, I, p. 144.

[107] BENITEZ, 1958, p. 76.

[108] BRAMONT ARIAS, 1978, p. 308.

[109] PEÑA CABRERA, 1983, p. 165.

da conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello –dicho en forma gráfica– "vidente", la causalidad "ciega"[110]. Se constituye en un concepto pretípico [111].

611. Fases de la dirección final de la acción

Para WELZEL, la "espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal" [112]. No se puede hablar de acción humana si no existe voluntad. Así, la dirección final de la acción se realiza en dos fases: una fase interna y una fase externa. La primera fase, llamada también la esfera del pensamiento, se realiza dentro de la mente del agente y comprende tres momentos: la anticipación del fin que el agente quiere realizar (la proposición); la selección de medios necesarios para su realización (el proceso mental "hacia atrás": pues a partir del fin se seleccionan los medios); y la consideración de los efectos concomitantes (el proceso mental "hacia adelante": desde los medios elegidos se avanza hasta los efectos) [113]. La segunda fase, llamada también la esfera del mundo real, donde de acuerdo con los tres momentos de la fase interna, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real, es decir, conforme a su plan, pone en movimiento los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales)[114]. A partir de esta fase el Derecho Penal interviene.

612. Acciones en cortocircuito y acciones automatizadas

Existen comportamientos que dan la apariencia de no adecuarse al concepto final de acción. Así, múltiples conductas en lo que un alto grado de excitación afectiva o impulsiva tiene el efecto de reducir la conciencia de las situaciones en que se desarrolla la conducta o desnaturalizan el proceso de formación de voluntad ("cortocircuito"). Pero también existen acciones automatizadas (v. gr. reacciones de un conductor experimentado, etc.) en los que no cabe duda que se llevan a cabo sin una conducción consciente. Sin embargo, esto no significa que el concepto de acción final resulte inadecuado, "por el contrario, solo con ayuda de este, será posible diferenciar reacciones directamente generadas por un estimulo del sistema nervioso (reflejos corporales) frente a las conductas condicionadas por la experiencia que aparecen como, una respuesta 'personal' a la situación. Precisamente esto es así porque, a pesar de la inconciencia, son acciones dirigidas de tal forma que pueden resultar conscientes. Con otras palabras también comportamientos inconscientes pueden ser finalmente dirigidos, y solo en la medida en que lo sean, es razonable incorporarlos al concepto de acción como objeto posible de la valoración jurídico-penal"[115]. WELZEL

---

[110] WELZEL, 1964, p. 25. Sobre los orígenes del finalismo, *supra*. núms. margs. 527 y ss.

[111] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 327.

[112] WELZEL, 1964, pp. 25-26.

[113] Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, pp. 231-232.

[114] WELZEL, 1964, pp. 26-27.

[115] STRATENWERTH, 1982, p. 53. Cfr. IDEM, 2005, p. 116, num. 7. Para JESCHECK estos procesos solo dan la apariencia de no adecuarse al concepto final de acción. "No obstante, cabe incluirlas en el concepto de finalidad porque, aunque pueda no ocurrir de forma consciente, puede intervenir en cualquier momento la conducción final. Ello es válido, en primer lugar, para las acciones automatizadas (por ejemplo, andar, escribir, conducir), pues en ellas el proceso aparentemente mecánico obedece a una conducción (originariamente aprendida) del inconsciente, la cual puede volverse de nuevo consciente en todo tiempo mediante un acto de voluntad. Lo mismo

también precisó que "la dirección final de una acción no se ve, por otra parte, menoscabada sino al contrario favorecida por el hecho de que muchos de nuestros movimientos corporales se hayan hecho automáticos por su constante ejercicio; pasear es también una actividad dirigida finalmente, aunque no necesitemos ya dirigir cada paso como el niño pequeño"[116].

613. Finalidad y voluntariedad

La **finalidad** no debe ser confundida con la **voluntariedad** a que se referían los causalistas. La voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería originar el autor. Para el finalismo, no es suficiente la mera voluntariedad, sino que es necesario determinar su contenido, y ello es posible sólo en relación a un determinado resultado querido. "A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda solo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado"[117].

614. Finalidad y dolo

Finalidad y **dolo** son conceptos diferentes. "La finalidad se encuentra en todas y cada una de las conductas humanas, el dolo no es otra cosa que la captación que eventualmente hace la ley de esa finalidad para individualizar una conducta que prohíbe"[118]. "La finalidad no se confunde con el dolo. (...) Finalidad es básicamente sinónimo de sentido, en tanto que el dolo es un concepto jurídico, relacionado con el tipo legal"[119]. En los delitos dolosos, el dolo es la finalidad tipificada, en ellos, la voluntad de la acción es valorada típicamente denominándosele **dolo**. Esto no significa que pueda identificarse al dolo con la voluntad de acción. Así, el dolo no debe estudiarse en la acción porque dolo es un concepto jurídico en tanto que **finalidad** es un concepto prejurídico. "La circunstancia de que el primero respete la estructura óntica de la segunda no puede llevar a identificar ambos conceptos: "dolo" es un concepto jurídico (general y abstracto –como típico que es– que sirve a la individualización de una acción), en tanto que la conducta es un hacer voluntario (tautológicamente final) particular y concreto" [120].

615. Finalidad y dolo eventual

Finalidad y **dolo eventual**. Si de acuerdo a la representación del autor, existe la posibilidad de producción de consecuencias concomitantes, que cuenta con que se produzcan al realizar su acción, "tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción"[121]. Este es el dolo eventual.

---

sucede en las acciones lúdico-creativas, pues en ellas sustituyen a la anticipación mental de la representación de la meta asociaciones sensitivas que pueden traerse también en todo momento a la plena consciencia. Por último, idéntico carácter poseen las acciones pasionales, en las cuales, pese a que los impulsos afloran directamente de la capa profunda sin una dirección conforme a sentido, se halla conducido finalmente la propia ejecución de la acción" (JESCHECK, 1981, I, pp. 293-294). Finaliza afirmando que la crítica al finalismo resulta infundada (*Ibidem*, I, p. 294).

[116] WELZEL, 1964, 29; *vid.* IDEM, 1976, p. 58.

[117] WELZEL, 1964, p. 28.

[118] ZAFFARONI, 1981, III, p. 85.

[119] TAVARES, 1983, pp. 60-61.

[120] ZAFFARONI, 1981, III, p. 86.

[121] WELZEL, 1976, p. 100. "Cuando nos encontramos con la producción de un resultado típico concomitante que como posible fue abarcado por la voluntad realiza-

Tampoco los **tipos culposos** pueden prescindir de la finalidad. En un principio, la teoría final de la acción no explicó el delito culposo pues partió del prejuicio generalizado que el resultado era el aspecto esencial del hecho culposo [122]. WELZEL colocó al lado de la finalidad, la llamada finalidad potencial [123], pero tenía el inconveniente que ampliaba el concepto de acción. Posteriormente y "solo con la comprensión que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado), se abrió camino para una explicación conforme a la estructura de la acción culposa"[124]. El tipo de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final. Mientras que el tipo de los delitos dolosos comprende la acción final en la medida que la voluntad de acción está dirigida a la realización del resultado, el tipo de los delitos culposos se ocupa de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente, que lesionan un cuidado requerido [125]. Así, el tipo del delito culposo no podía prescindir de la finalidad. "La finalidad es indiferente en cuanto a su identificación con la producción de un resultado típico, pero no en cuanto a la averiguación de la violación del deber de cuidado para lo cual es imprescindible" [126].

616. Finalidad y tipo culposo

Las interrogantes que origina la denominación **finalidad** usada por WELZEL para caracterizar la acción como un acontecimiento dirigido y encauzado voluntariamente, le hizo afirmar que en la **Cibernética** se ha elaborado una designación mucho más ajustada a la peculiaridad determinante de la acción (dirección y encausamiento). "Quizás a la teoría final de la acción se le habrían ahorrado muchas falsas interpretaciones como teoría de la acción, en cuanto acontecimiento (cibernético) dirigido o encauzado por la voluntad"[127].

617. Cibernética y concepto de acción

El concepto final de la acción ha alcanzado importante difusión. En nuestro país, esta teoría ha sido recepcionada en las obras sobre la parte general del Derecho Penal [128].

618. Acción final en el derecho peruano

---

dora, se tratará de dolo eventual. Cuando la finalidad se dirija directamente a la producción del fin típico habrá dolo directo" (ZAFFARONI, 1981, III, p. 87).

[122] WELZEL, 1976, p. 184.

[123] Sobre la evolución de la teoría del delito culposo, véase CEREZO MIR, 1982, especialmente sus artículos: *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal* (pp. 15 y ss.) y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal español* (pp. 104 y ss.). *Vid., infra* núm. marg. 813.

[124] WELZEL, 1976, p. 184.

[125] *Ibidem*, p. 185.

[126] ZAFFARONI, 1981, III, p. 89.

[127] WELZEL, 1976, p. 58. La designación de la acción finalista como acción cibernética fue utilizada por primera vez por WELZEL en su conferencia en la Universidad de Madrid, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, pronunciada el día 22 de abril de 1968, en CEREZO MIR, 1982, p. 115.

[128] *Vid.* en la actualidad, BRAMONT-ARIAS, Luis Miguel, 2000, p. 118; PEÑA CABRERA, Alonso R., 2004, p. 101.

d. Concepto social de acción

El origen de este concepto social de acción se halla en los esfuerzos realizados por Eberhardt SCHMIDT en 1932 por tratar de depurar del concepto causal, la excesiva influencia del naturalismo, en la ultima edición póstuma (23ª edición) que realizó del Tratado de su maestro Franz von LISZT. Para SCHMIDT, al Derecho Penal le interesa

619. **Concepto social de acción en Schmidt**

únicamente el sentido social de la acción. Señaló que la teoría final de la acción era un concepto "final-subjetivo" puesto que determina el sentido social de una acción, demasiado unilateralmente, en función de la voluntad individual, y que el sentido de la acción debía ser siempre determinado de una manera objetiva [129]. Por ello, esta concepción es normativa, debido a que se aleja de las formas ontológicas remitiéndose como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no la tiene, estableciendo que sólo lo socialmente relevante viene a ser también jurídicamente relevante, y si se carece de dicha cualidad se puede descartar de entrada como acción [130].

620. **Concepto social de acción en Engisch y Maihofer**

Este concepto fue luego desarrollado por ENGISCH y MAIHOFER. Para ENGISCH acción es "la producción de consecuencias intencionables por un acto voluntario". Con la palabra "intencionables" alude ENGISCH a las consecuencias susceptibles de ser perseguidas intencionalmente por el ser humano en general y éstas son las consecuencias objetivamente previsibles. A esta previsibilidad objetiva también se refiere ENGISCH en su definición posterior de la acción como "producción mediante un acto voluntario de consecuencias previsibles socialmente relevantes"[131]. MAIHOFER colocó al concepto de acción como piedra angular del hecho punible y lo elabora sobre cuatro elementos: "el intelectual (previsión del resultado de la acción); el volitivo (señorío del suceso de acción); el objetivo (la escala de posibilidades humanas); y el social (respecto del mundo exterior, del resultado para otro)". Sintetiza su concepto de acción como "todo dominio objetivo de la acción de un hombre con dirección a un resulta-

---

[129] A esto, WELZEL respondió que "el sentido social de una acción se determina no solo según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción. Ninguna doctrina de la acción puede ignorar este hecho" (WELZEL, 1964, p. 39). Ilustra con ejemplo de la disputa entre A y B. A coge un cuchillo y da un corte a B. El corte da, casualmente, en un absceso oculto de B; el pus sale y B que se encontraba hasta entonces en un peligro grave, es salvado. El sentido social de la acción de A es completamente diferente del de una intervención quirúrgica, externamente igual, aun cuando objetivamente se produzca el mismo resultado (restablecimiento de la salud de B), es una tentativa de lesiones. También afirmó que "parece haberse olvidado hoy, cuando se contrapone a la doctrina de la acción finalista un concepto 'social', que uno de los propósitos fundamentales del finalismo, desde sus comienzos, fue la comprensión de la acción como un fenómeno social. La acción como fenómeno social, no puede ser comprendida sino sobre la base de la doctrina de la acción finalista" (*Ibidem*, p. 34). WELZEL recomendaba ver su obra *Studien zum System des Strafrecht*. ZAFFARONI considera que "el concepto finalista es necesariamente social y cualquier concepto social de conducta es necesariamente final" (1981, III, p. 121).

[130] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 257.

[131] ENGISCH, en CEREZO MIR, 2003, II, p. 41.

do social previsible"[132] [133]. Estos autores consideran que "en los cursos causales inadecuados, es decir, objetivamente imprevisibles hay que excluir la imputación objetiva como requisito típico (...), pero al mismo tiempo sostiene que hay que negar ya la propia acción, que se vincula, por tanto a la imputación objetiva y al tipo"[134].

621. Variantes del concepto social de acción

En la teoría social de la acción, se identifican variantes bien definidas: las que se fundan en la causalidad objetiva (ENGISCH, MAIHOFER, SCHMIDT), en la finalidad de la conducta (JESCHECK, WESSELS), o en la estructura personal del actuar (KAUFMANN). Sin embargo, todas las variantes conservan el elemento común: incluir en la acción el componente de la **relevancia social** [135], y dependiendo de los diferentes autores, puede ser o no pretípica [136].

622. Concepto social de acción en Jescheck y Wessels

Para JESCHECK acción es "comportamiento socialmente relevante"[137]. Considera que "un comportamiento es socialmente relevante, si atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y le afecta por sus consecuencias"[138]. WESSELS considera preferible a esta teoría y define a la acción como la "conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que esta pueda dominar". Luego indica que "toda conducta es socialmente relevante cuando concierne a las relaciones del individuo frente a su medio ambiente, y, con arreglo a sus consecuencias deseadas o no, es objeto, en el ámbito social, de una apreciación relativa al valor" [139]. Este concepto de acción busca reunir las realidades ontológicas y las expectativas normativas de la conducta [140].

---

[132] ZAFFARONI, 1981, III, p. 116.

[133] En relación a la doctrina formulada por MAIHOFER, WELZEL ha informado que "este mismo autor ha dicho, entretanto, de ella que no es verdad, propiamente, una 'doctrina de la acción', sino (...) una doctrina de la imputación: a saber, una doctrina de la imputación objetiva (causal) de resultados, cuyo criterio es 'idéntico a la teoría de la adecuación'" (WELZEL, 1964, p. 40). "La teoría de MAIHOFER no ofrece, por ello, sino una nueva denominación de algo ya antiguo (la teoría de la adecuación), cuyos problemas terminan, precisamente, donde empiezan los de la doctrina de la acción: si B es herido levemente por el arma de fuego que tiene A en la mano, la teoría de la imputación objetiva nos dice que la lesión de B puede ser reconducida causalmente a la conducta de A. Pero cuál sea la acción realizada –tentativa de asesinato o de homicidio, lesiones dolosas por disparo en lugar habitado, lesiones culposo o puro accidente desgraciado– esto queda mas allá de la doctrina de la imputación y no puede ser determinado, de ningún modo, sin recurrir a la voluntad configuradora de la acción" (*Ibidem*, p. 41).

[134] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 256.

[135] TAVARES, 1983, p. 90.

[136] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 327.

[137] JESCHECK, 1993, p. 201. Recientemente afirma que "acción es un comportamiento humano con trascendencia social" (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 239). Explica que una conducta tiene "trascendencia social" exclusivamente cuando se refiere a "la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos" (*Ibidem*, p. 240).

[138] JESCHECK, 1993, p. 202.

[139] WESSELS, 1980, pp. 25-26.

[140] *Ibidem*, p. 26.

623. Críticas al concepto social de acción

Se objeta a esta teoría su imposibilidad de dar un concepto preciso de la relevancia social de la conducta y la inutilidad práctica "de un concepto de acción que implique un juicio de valor de tal orden que, en ultima instancia, ya se refiera al contenido social del hecho, es decir, a su conformidad o disconformidad con la estructura de los mandatos colectivos (los que en su contenido no son colectivos)" [141]. Con un concepto social de acción no se puede cumplir, de manera independiente, la función delimitadora. Ante ello, los que defienden esta concepción tienen que prestarse características de otras concepciones para cumplir su función de delimitación [142]. También tendría serías dificultades con respecto a la función de enlace de la acción, ya que tanto la valoración social como la valoración jurídica están en una relación de dependencia recíproca, por ello apenas se le puede delimitar del elemento valorativo del tipo [143].

e. Concepto negativo de acción

624. Concepto negativo de acción

La búsqueda de un concepto que ubique un denominador común entre la acción y la omisión, ha originado al denominado modelo conceptual negativo de acción. "Si hasta entonces se había procurado concebir a la omisión como una variable de la acción estos ensayos trataron de invertir la cuestión" [144]. Sólo se permite una definición típica de la acción [145]. Siguen esta tendencia KAHRS (1968), HERZBERG (*Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972), BEHRENDT (*Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979).

625. Concepto negativo de acción en Kahrs

Una inicial definición de este concepto se atribuye a KAHRS: "Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía" [146]. Sólo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio del tipo.

626. Concepto negativo de acción en Herzberg

HERZBERG define a la acción como "un no evitar lo evitable en posición de garante" [147]. Así, tanto al autor de una comisión como de una omisión podía haber evitado el resultado típico, ya sea desistiendo de hacerlo o con su intervención [148]. HERZBERG exige una posición de garante, en el sentido de una responsabilidad especial del

---

[141] TAVARES, 1983, p. 90. "Los adeptos de la concepción social intentan, sin embargo, rebatir la primera objeción, explicando lo que se considera como una conducta socialmente relevante. Con relación a la segunda crítica, afirman que se trata de un método de trabajo, con el cual se economiza una serie de tareas, al descartarse de entrada del derecho penal, conductas íntegramente irrelevantes aun en el plano social" (*Ibidem*, p. 91).

[142] Cfr. ROXIN, 1999, p. 245, num. 28.

[143] *Ibidem*, pp. 244-246, num. 29.

[144] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 391.

[145] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 327.

[146] Citado por ROXIN, 1999, p. 247, num. 32.

[147] HERZBERG, en JAKOBS, 1995, p. 177, num. 33. *Vid.* HERZBERG, 1999, p. 37: "Todos los delitos se cometen mediante una omisión con infracción del deber de cuidado y penalmente desvalorada".

[148] Cfr. LUZÓN PEÑA, 1999, p. 261.

autor, que sólo se le requiere a determinadas personas. Dicha exigencia recae tanto en delitos comisivos como en delitos omisivos [149].

627. Concepto negativo de acción en Behrendt

En el mismo sentido, BEHRENDT, caracteriza a la acción desde una perspectiva psicoanalítica, como una "contraconducción omitida". Define a la acción y a la omisión como el "no evitar evitable de la situación típica" o "no emprendimiento de una acción evitadora del peligro" [150].

f. Concepto funcional de la acción

628. Concepto funcional de acción en Jakobs

Para JAKOBS, el concepto de acción es "la causación del resultado individualmente evitable" [151] [152]. Entiende a la acción como *causación imputable* que incluye a la antijuridicidad y a la culpabilidad [153]. En el Derecho Penal peruano, GARCÍA CAVERO afirma su inclinación "por la propuesta de interpretación formulada por JAKOBS, quien entiende que el concepto jurídico-penal de acción solamente puede configurarse si se tiene en cuenta el significado global del delito" [154] [155].

---

[149] Citado por ROXIN, 1999, pp. 247-248, num. 32.

[150] *Vid.* LUZÓN PEÑA, 1999, p. 262; ROXIN, 1999, p. 248.

[151] JAKOBS, 1995, p. 174, num. 27.

[152] La evitabilidad se presenta de manera independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica. "Tiene que ser así porque la cognoscibilidad no aporta nada en absoluto al poder del autor de realizar o no realizar algo, sino que sólo da un buen motivo al autor leal al derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido (así como para realizar lo prescrito): la cognoscibilidad del Derecho pertenece al control de los impulsos, no a la dirección de la acción, por lo que es, en el ámbito del injusto, asunto propio (interno) del sujeto de la imputación" (JAKOBS, 1995, pp. 173-174). Por ende, no es necesario si el sujeto conozca que está prohibida la ejecución de la acción o generar resultados lesivos. Entonces la evitabilidad se reduce a la expresión: el autor, si hubiese tenido el motivo dominante para evitar una determinada acción, la habría evitado (*Ibidem*, p. 174). Para llegar a una definición de acción se requiere de la respectiva capacidad de conocer del sujeto actuante.

[153] "De los dos elementos, la antijuridicidad y la culpabilidad, que JAKOBS incluye en su concepto de acción, a mi juicio debe quedar fuera el primero: hay acciones que lo son –que son capaces de sentido, también para el Derecho penal– y que no niegan la vigencia de la norma; si no, no se sabe qué sería el comportamiento de quien se defiende legítimamente o, más en general, todos los actos de obediencia al Derecho penal. En realidad, debe admitirse que el Derecho penal reconoce como 'acciones' otros procesos distintos de aquellos que expresan la objetivación del reconocimiento de la norma" (SILVA SÁNCHEZ, 2003a, p. 387).

[154] GARCÍA CAVERO, 2003a, pp. 294-295.

[155] SCHÜNEMANN "ha sostenido recientemente una crítica que se asemeja a la de SCHILD. Opina que el concepto de acción de JAKOBS debe rechazarse porque en realidad no es otra cosa que un concepto material del delito (altamente normativo y alta-

El concepto de acción de JAKOBS engloba tanto el actuar doloso como el imprudente [156]. También la omisión presupone la evitabilidad, aunque de manera inversa a la que presenta la acción. "En la comisión se presenta una concurrencia de impulsos consciente o inconsciente [que] conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal y éste causa un resultado; en la omisión se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiese realizado movimientos corporales necesarios" [157]. Tomando en cuenta los conceptos de acción y omisión a los que se arriba, es decir a la acción como causación evitable del resultado y a la omisión como no evitación evitable de un resultado, JAKOBS forma un **supraconcepto de comportamiento** que en la respectiva diferencia del resultado evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión [158]. "Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado" [159].

629. Supraconcepto de acción

g. Concepto personal de acción (manifestación de la personalidad)

630. Concepto personal de acción

La **concepción personal de acción** está reflejada en la propuesta de KAUFMANN (1966) quien la define como la objetivización de la persona, y en RUDOLPHI con su teoría de la atribuibilidad personal (1987) [160]. Sin embargo, ha sido ROXIN quien ha divulgado una definición de acción ajustada a sus funciones, entendiéndola como una "manifestación de la personalidad".

---

mente complejo), y le contrapone el concepto causal de acción que como sub-categoría del concepto de delito, cumple con el mandato de desnormativización de forma ejemplar" (HERZBERG, 1999, pp. 37-38).

[156] En relación al conocimiento de la ejecución de la acción "y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto al injusto" (JAKOBS, 1995, p. 174, num. 27). Con este planteamiento, dentro del dolo se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado; con ello, en el ámbito de la acción "incluye genuinamente acciones imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad" (*Ibidem*, p. 175, num. 27).

[157] JAKOBS, 1995, num. 28. "Así como en la comisión la evitabilidad es el dolo o la imprudencia de la *propia* conducta, del mismo modo también en la omisión la evitabilidad está vinculada a la propia conducta. Por eso, no sólo contiene el conocimiento o la cognoscibilidad de las condiciones de la producción de un resultado, sino además que esas condiciones dependen de la propia conducta, es decir, la posibilidad propia de influir en el suceso" (*Ibidem*). Se encuentra que "en la acción hay un motivo de más, y como consecuencias de éste un movimiento corporal de más: el motivo delictivo (el autor ha causado algo prohibido, que habría debido omitir), en la omisión hay un motivo (etc.) de menos: el motivo de evitar el resultado delictivo (el autor no ha causado algo prohibido, pero habría debido actuar)" (*Ibidem*, p. 176, num. 30).

[158] JAKOBS, 1995, p. 177, num. 32.

[159] *Loc. cit.*

[160] *Vid.* ROXIN, 1999, p. 253, num. 43; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1995, p. 308.

Para ROXIN, la acción implica una serie de aspectos fácticos y normativos que son expresiones de la personalidad (parte anímica-espiritual del ser humano). A la vez requiere de determinadas valoraciones para darle sentido a la acción. Por ello, se plantea una definición pretípica [161]. Dichas valoraciones deben de provenir del contexto social donde se ejecuta la acción. "Es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones"[162]. ROXIN considera que este planteamiento no es algo reciente, ya que supone una caracterización de aquello que resulta como acción, en sentido general, excluyendo todo lo que, por consenso, no aparece como acción para el análisis jurídico-penal. Así, las concepciones anteriores han deformado este planteamiento de la manifestación de la personalidad limitándolo a detalles naturalísticos (como voluntariedad o corporalidad), a formas de aparición especialmente marcadas (finalidad) o sobrecargándolo con valoraciones anticipadas (como "social o "no evitable") [163]. En relación a las funciones de la concepción de acción, ROXIN señala que ésta debe entender a la acción como un elemento básico [164], sistemático [165], de enlace o unión [166] y como un elemento de límite [167].

631. Acción como manifestación de la personalidad en Roxin

No en todos los casos el concepto de manifestación de la personalidad es completamente neutral frente al elemento valorativo que supone el tipo. Así, en la omisión no se puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica. Una omisión sólo puede ser entendida como una **manifestación de la personalidad** a través de una expectativa de acción, "pues teóricamente se podrían hacer diariamente las cosas más peculiares, p. ej., trepar por los postes de las farolas, abofetear a inofensivos peatones, etc., pero no haberlo hecho no es una manifestación de la personalidad ni por tanto una acción mientras nadie espere algo semejante"[168]. Por regla general, las expectativas están socialmente fundadas, siendo, por ende, separables de la esfera de la valoración jurídica, es decir, del tipo. Pero suele darse casos en los que las expectativas sólo se fundamentan a través de un precepto jurídico, ya que el legislador puede a través del tipo convertir por primera vez el no hacer en una omisión. En estos casos "no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es el presupuesto de aquella" [169]. Para comprobar si concurre una manifestación de la personalidad en las acciones comisivas, no es necesario recurrir ni a la categoría de lo social ni a lo jurídico; y en la mayoría de las omisiones ello se desprende de la inclusión en la esfera social, pero en otras es preciso incluso el mandato jurídico como condición necesaria para que estemos ante una posibilidad de manifestación de la personalidad [170].

632. Manifestación de la personalidad y omisión

---

[161] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 327.

[162] ROXIN, 1999, p. 252, num. 42.

[163] *Ibidem*, p. 253, num. 43.

[164] *Ibidem*, p. 255, num. 47 y ss.

[165] *Ibidem*, p. 256, num. 50.

[166] *Ibidem*, p. 258, num. 50 y ss.

[167] *Ibidem*, p. 258, num. 54 y ss.

[168] *Ibidem*, p. 257, num. 51.

[169] *Loc. cit.*

[170] *Ibidem*, p. 258, num. 52.

Capítulo VIII
IMPUTACIÓN OBJETIVA

Sumario: §40. Teoría del tipo. **§41.** Imputación objetiva y subjetiva. **§42.** Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. **§43.** Imputación objetiva. **§44.** *Excursus*: Adecuación social y Tipo conglobante.

Bibliografía

Manuel A. Abanto Vásquez: *El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva*, en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / Julio Armaza Galdos: *La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2ª Época Nº 1, Madrid 1998; ídem, *Elementos negativos de la teoría del delito*, Jurista Editores, Lima 2002. / Enrique Bacigalupo: *Tipo y error*, 2ª ed. corregida y aumentada, Hammurabi, Buenos Aires 1988. / Ernst Beling: *Esquema de derecho penal y doctrina del delito tipo*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires 1944. / Juan Bustos Ramírez/Elena Larrauri: *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá 1989. / Manuel Cancio Meliá: *Algunas reflexiones sobre lo objetivo y subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; ídem, *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004; ídem, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, J.M. Bosch, Barcelona 2001; ídem, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001; ídem, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995. / Javier Cárdenas: *Algunas cuestiones sobre riesgo permitido*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / Dino Carlos Caro Coria: *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima 1999. / José Antonio Caro John: *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004; ídem, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima

2003. / JOSÉ CEREZO MIR: *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / MARCO L. CERLETTI: *Juicios de imputación y juicios causales*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / MIRENTXU CORCOY BIDASOLO: *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e in dubio pro reo–*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003; ÍDEM, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo blanch, Valencia 1999; ÍDEM, *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: Delito de peligro*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona 1996. / LUIGI CORNACCHIA: *Causa ad excludendum: la problemática de la interrupción del curso causal*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / CARLOS DAZA GÓMEZ: *Imputación a la víctima*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO: *Tipicidad e imputación objetiva*, X, Tirant lo blanch, Valencia 1996. / BEATRIZ DE LA GANDARA VALLEJO: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid 1995. / JAVIER DE VICENTE REMESAL: *Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?*, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid 1999. / ENRIQUE DÍAZ-ARANDA/MANUEL CANCIO MELIÁ: *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2004. / MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Mc Graw Hill, Madrid 1999. / L. MARÍA DÍAZ VALCÁRCEL (Coordinadora): *Causalidad e imputación objetiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994. / MASSIMO DONINI: *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggetiva dell'evento, parte I*, en Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano 1989; ÍDEM, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggetiva dell'evento, parte II*, en Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano 1989. / EDUARDO ALBERTO DONNA: *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires 1997; ÍDEM, *Teoría del delito y de la pena 2, Imputación delictiva*, Astrea, Buenos Aires 1995. / ALBIN ESER: *Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico*, en Nuevo Foro Penal, Nº 30, Temis, Bogotá. / BERNARDO JOSÉ FEIJOO SÁNCHEZ: *¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor? De nuevo sobre la STS de 17 de septiembre de 1999*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; ÍDEM, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Monografías Penales 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2002. / WOLFGANG FRISCH: *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en ROXIN, Claus/JAKOBS, Günther/SCHÜNEMANN, Bernd/FRISCH, Wolfgang/KÖHLER, Michael, Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid 2000; ÍDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. de Manuel Cancio Meliá/Beatriz De la Gándara Vallejo/Manuel Jaén Vallejo/Yesid Reyes Alvarado, Colex, Madrid 1995. / PERCY GARCÍA CAVERO: *La prohibición de regreso en el derecho penal*, en Estudios de Derecho Penal, Ara, Lima 2005; ÍDEM, *La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; ÍDEM, *La imputación objetiva en los delitos económicos*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, julio, Lima 2004;

ídem, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, en Ensayos Penales, Tecnos, Madrid 1999; ídem, *¿Qué es la imputación objetiva?*, en Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1988. / José Manuel Gómez Benítez: *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte general*, reimpresión, Civitas, Madrid 1987. / María Carmen Gómez Rivero: *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Tirant lo blanch, Valencia 1998. / José Luis González Cussac/Javier Mira Benavent: *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, Tecnos, Madrid 2003. / José Ulises Hernández Plasencia: *Imputación objetiva versus dominio del hecho*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Hans Joachim Hirsch: *Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas"*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003; ídem, *Acerca de la teoría de la imputación objetiva*, en Derecho penal, Obras completas. T. I, Libro Homenaje, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / Joachim Hruschka: *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / Günther Jakobs: *Sobre la normativización de la dogmático jurídico-penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004; ídem, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1ª reimpresión, trad. de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima 2001; ídem, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de la comisión*, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000; ídem, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, trad., de Enrique Peñaranda Ramos, en Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000; ídem, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1995. / Armin Kaufmann: *Teoría de las normas: Fundamentos de dogmática penal moderna*, trad. de Enrique Bacigalupo/Ernesto Garzón Valdez, Depalma, Buenos Aires 1977. / Urs Kindhäuser: *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*, en Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial, Universidad de Piura, Ara, Lima 2005. / Lothar Kuhlen: *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona 1996. / Juan Manuel Lacruz López: *La causalidad como elemento caracterizador de la conducta humana*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Ernst-Joachim Lampe: *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima 2003. / Heiko Harmut Lesch: *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001. / Jacobo López Barja de Quiroga: *La relación de causalidad y la imputación objetiva en la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / Claudia López Díaz: *Conducta punible. Imputación objetiva*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; ídem, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996. / Luiz Luisi: *O tipo, a teoria finalista e a nova legislaçao penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1987. / Diego-Manuel Luzón Peña: *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / Ricardo M. Mata y Martín: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Estudios de derecho penal dirigido por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada 1997. / Santiago Mir Puig: *Signifi-*

cado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001; IDEM, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, en Política criminal y reforma al derecho penal, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1982. / SERGIO MOCCIA: *El derecho penal entre ser y valor, función de la pena y sistemática teleológica*, Maestros del derecho penal, Nº 10, B de f, Buenos Aires-Montevideo 2003. / WILLIAM MONROY VICTORIA: *El consentimiento*, en Derecho penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Volumen XXII, Nº 72 mayo-agosto 2001. / CÉSAR NAKASAKI SERVIGÓN: *Obrar por disposición de la ley*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / EDUARDO NOVOA MONREAL: *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 2ª ed., Temis, Bogotá 1982. / ENRIQUE ORTS BERENGUER/GUMERSINDO GUIXARTE CABADA: *Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / GABRIEL E. PÉREZ BARBERÁ: *Causalidad y determinación: El problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003; IDEM, *Causalidad y determinabilidad*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI: *O consentimiento do ofendido na teoría do delito*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1989. / INGEBORG PUPPE: *La imputación del resultado en derecho penal*, Ara, Lima 2003; IDEM, *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona 1996. / YESID REYES ALVARADO: *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá 1994. / JULIO RODRÍGUEZ DELGADO: *El consentimiento*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de producto adulterados: algunas observaciones acerca del "Caso de la Colza" (Primera parte)*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona 1996. / LUIS RODRÍGUEZ RAMOS: *El "resultado" en la teoría del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 1, Madrid 1979. / GLADYS ROMERO: *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 9, Madrid 1983. / CLAUS ROXIN: *Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, en Problemas actuales de dogmática penal, Derecho Penal contemporáneo, Ara, Lima 2004; IDEM, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, trad. a la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, reimpresión a la 1ª ed., Civitas, Madrid 1999; IDEM, *Teoría del tipo. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires 1979; IDEM, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M. Bosch, Navarra 2001. / RAMIRO SALINAS SICCHA: *Obrar en cumplimiento de un deber*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / ERICH SAMSON: *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, trad. de Marcelo A. Sancinetti/Patricia Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires 2003. / MARCELO A. SANCINETTI: *Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más* racional, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; IDEM, *Dogmática del hecho punible y la ley penal*, Ad Hoc, Buenos Aires 2003; IDEM, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de*

acción, Hammurabi, Buenos Aires 1991. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001; IDEM, *"Aberratio Ictus" e imputación objetiva*, **en** Estudios de Derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000; IDEM, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, **en** Estudios de Derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000; IDEM, *La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción*, **en** Estudios de Derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000. / HORACIO ROLDÁN BARBERO: *Adecuación social y teoría jurídica del delito: sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica de los tipos penales*, Universidad de Córdoba, Córdoba 1992. / CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA: *El consentimiento en las lesiones en el proyecto de código penal de 1980*, **en** Las transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio, Volumen I, Editorial Adrus, Arequipa 2004. / MAXIMILIANO A. RUSCONI: *Los límites del tipo penal, Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ad Hoc, Buenos Aires 1992. / RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES: *Reflexiones en torno al injusto penal*, **en** Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / JOSEP MARÍA TAMARIT SUMALLA: *La víctima en el derecho penal: de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Colección Monografías, Aranzadi, Pamplona 1998. / JUAN TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995. / ANGEL TORÍO LÓPEZ: *Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001; IDEM, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXIX, fascículo I enero-abril, Publicación del Consejo Superior de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, Madrid 1986. / CARLOS VÁSQUEZ SHIMAJUKO: *Responsabilidad penal por contagio de SIDA. Aspectos político-criminales y problemas de tipicidad*, Grijley, Lima 2004. / WALTER VILCAPOMA BUJAICO: *Recensión a la obra Derecho penal, Parte general de Raúl Eugenio Zaffaroni*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 2003. / JÜRGEN WOLTER: *Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*, **en** Cuestiones actuales de la teoría del delito, Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid 1999. / DIETHART ZIELINSKI: *El resultado en el concepto final de ilícito*, **en** Doctrina Penal, Buenos Aires 1988.

§40. Teoría del tipo

a. Tipo y tipicidad

El **tipo** [1] [2] es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una

633. El tipo

[1] Etimológicamente, el término tipo proviene del latín "*typus*", que significa representación simbólica de una cosa figurada o imagen principal de algo a lo que se otorga una fisonomía propia (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 250).

[2] La expresión alemana *Tatbestand* ha sido traducida de diferentes maneras: la mayoría de autores italianos usan el término "*fattispecie*", otros prefieren "*fatto*"

figura puramente conceptual [3]. El tipo es un *instrumento legal*, pues pertenece al texto de la ley [4]. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal [5]. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio, todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [6]. Por ello, el tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del **principio de legalidad**. Así, el tipo es un concepto límite de enorme trascendencia para fortalecer el principio de legalidad que se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles de la dogmática penal [7].

634. Juicio de tipicidad

Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina **juicio de tipicidad**, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal [8]. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla. Por consiguiente, la tipicidad es la resultante afirmativa del juicio de tipicidad. El juicio de tipicidad no es un mero proceso formal, sino valorativo, ya que se generan actos valorativos encaminados a la traducción de una prohibición [9].

(PETROCELLI). En la traducción francesa del Código Penal alemán de 1871, la expresión "*gestzliche Tatbestand*" aparece como "*elements legaux*". Los autores de la lengua española usan diversos términos: "contenido legal del hecho", "delito tipo", "tipicidad", etc. Otros autores sostienen que el *Tatbestand* es intraducible (F. ANTOLISEI, L. PIETRO CASTRO). Entre los autores portugueses y brasileros el término generalmente usado es el vocablo "tipo" para referirse al *Tatbestand* (LUISI, 1987, p. 13; MAYRINK, 1988, p. 428; TAVARES, 2003b). También usan la expresión tipo los autores chilenos (COUSIÑO, 1975, p. 403; CURY, 1982, p. 227) y colombianos (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 249; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1982, p. 329).

[3] WELZEL, 1964, p. 47; 1976, p. 76.

[4] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 434.

[5] *Loc. cit.*

[6] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 262.

[7] BINDER, 2004, p. 133.

[8] BUSTOS, 2004, I, p. 640.

[9] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 437. *Vid.* BUSTOS, 2004, I, p. 641.

Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presenta). **635.** Conducta típica

No todos los tipos legales describen de una manera exhaustiva las diversas características de la conducta prohibida. Se trata de los **tipos abiertos** en los que la ley describe solo una parte de los caracteres y delega a la jurisprudencia la labor de completarlos. Los tipos abiertos necesitan ser complementados jurisdiccionalmente [10]. Ejemplos: delitos imprudentes (necesitan complementar la naturaleza de la infracción al deber de cuidado), los delitos de omisión impropia (necesitan ser completados por el juez en relación a la posición del garante). **636.** Tipo abierto

El concepto de tipo aquí expuesto, corresponde a lo que se denomina **tipo sistemático**, que cumple una importante función en la teoría del delito. En la dogmática alemana es más antiguo el concepto del **tipo-garantía** entendido como la descripción de los elementos del delito, por medio de la cual la ley penal cumple su función garantizadora [11]. **637.** Tipo sistemático y tipo-garantía

b. Funciones del tipo

Cumple una **función indiciaria** que supone, que la realización del tipo legal es sólo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Es un conocimiento provisional que será completado cuando se determine la antijuridicidad (contrariedad de la realización del tipo con el ordenamiento jurídico) [12]. **638.** Función indiciaria del tipo

También cumple una **función fundamentadora**, ya que la tipicidad es el fundamento del delito, propiamente dicho. Aunque se ha señalado a la acción como la base de la teoría del delito, en la que actúan los elementos del delito, sin la tipicidad la acción sería sólo una mera conducta no calificada como punible por el legislador y, por ende, no merecedora de una sanción penal. Se comienza a analizar una conducta determinada partiendo desde la tipicidad. Así, la tipicidad se convierte en el punto de inicio del examen judicial, de un caso concreto; y al mismo tiempo, nos ofrece la garantía de la seguridad jurídica. **639.** Función fundamentadora del tipo

Por la **función seleccionadora**, la tipicidad identifica las conductas que serán penalmente relevantes. El legislador va a escoger, entre todas las posibles conductas antijurídicas, aquellas que impliquen posibles afecta- **640.** Función seleccionadora del tipo

---

[10] *Supra* núms. margs. 288-289.

[11] STRATENWERTH, 2005, pp. 126-127, num. 5. Sobre el origen y evolución del concepto del tipo *Infra* núm. marg. 647.

[12] BUSTOS, 2004, I, p. 643.

ciones de bienes jurídicos importantes [13]. Así, esta función da cumplimiento al principio de intervención mínima del Derecho Penal.

641. Función garantizadora del tipo

La **función garantizadora** de la tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad. El tipo legal permite al ciudadano un conocimiento seguro en cuanto al límite entre la conducta sancionada y la atípica [14], cumpliendo así una función de garantía [15]. De esta manera, el tipo interviene en la limitación al poder penal [16]. A la tipicidad se le ha encargado el cumplimiento de una función trascendental para la preservación de la seguridad jurídica [17], proporcionando al ciudadano de antemano un catálogo en el que se describen conductas amenazadas con una sanción penal, obstaculizando el ejercicio arbitrario del poder penal.

642. Función de motivación e instrucción del tipo

El tipo cumple una **función de motivación** para toda la sociedad. "La función de motivación del tipo permite que el destinatario de la norma pueda conocer cuál es la conducta prohibida, de cuya realización debe de abstenerse" [18]. Por medio de la pena, el legislador trata de garantizar el respeto a una determinada forma de solución del conflicto social considerada acorde al ordenamiento jurídico [19]. Esta función está ligada a su vez, con la denominada **función de instrucción** del tipo [20]. El tipo va a permitir a los ciudadanos conocer el significado jurídico-penal que revisten sus actos. A través de la norma penal se señalará las acciones u omisiones que provocan la reacción punitiva del Estado, y por ende, no deben ser realizadas [21].

643. Función sistematizadora del tipo

Finalmente, se asigna a la tipicidad una **función sistematizadora**, en el sentido que el tipo abarca todos los elementos necesarios para el conoci-

---

[13] Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 149.

[14] HASSEMER, 1984, pp. 261-262.

[15] ROXIN lo identifica como función político-criminal: "Sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio '*nullum crimen sine lege*' (...). Cuando se dice que nuestro Derecho penal es un Derecho penal del tipo y no de la actitud interna, o que predominantemente es Derecho penal de hecho y no de autor (...), tras tales expresiones emblemáticas se encuentra siempre la apelación al significado político-criminal del tipo" (1999, p. 277, num. 2).

[16] MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 347-348.

[17] MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 300.

[18] *Loc. cit.*

[19] DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 61.

[20] Cfr. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 301.

[21] Cfr. BUSTOS, 2004, I, p. 792.

miento de las conductas que pueden ser sancionadas penalmente [22]. Así, en la parte general del Código Penal, se estudian las características comunes a todos los tipos penales y, en la parte especial, sus aspectos particulares [23]. Con esta función, el tipo permite establecer un puente o unión entre la parte general y la parte especial del Código Penal [24].

c. Tipo y antijuridicidad

Cuando se realiza la conducta descrita en el tipo de una norma prohibitiva (v. gr. matar a otro) se afirma que ella es **antinormativa** pues la conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. Si bien toda relación del tipo es antinormativa no siempre es antijurídica, pues no sólo existen normas sino también preceptos permisivos que justifican la conducta típica (v. gr. matar a otro en legítima defensa, artículo 20, inciso 3, Código penal). La **antijuridicidad** es la contradicción de una relación típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada).

644. Tipo y antijuridicidad

De esta manera, la tipicidad es sólo un **indicio** (*ratio cognoscendi*). Una **presunción de la antijuridicidad** de la conducta. El que realiza el tipo viola una norma, pero esto no significa que su conducta sea ya antijurídica. La antijuridicidad de la conducta típica se deduce articulando normas prohibitivas y preceptos permisivos [25]. En consecuencia, tipo y antijuridicidad son categorías independientes de la teoría de la imputación. El tipo desempeña una función indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero no se identifica con ella (*ratio essendi*) [26] [27].

645. *Ratio cognoscendi*

---

[22] Roxin, 1999, p. 277.

[23] Berdugo *et al.*, 1999, p. 150.

[24] Cfr. Mantilla/Rodríguez, 1999, p. 169.

[25] Hassemer, 1984, pp. 261-262.

[26] Muñoz Conde, 2004, p. 33.

[27] La identificación de tipo y antijuridicidad ha sido practicada por Mezger (1955, pp. 376 y ss.), Sauer (1956, pp. 111 y ss.: "antijuridicidad tipificada") y por los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo. La teoría de los elementos negativos del tipo (del supuesto de hecho) lleva a sus últimas consecuencias el planteamiento neokantiano. La tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad. Según ella, la presencia de causas de justificación, excluye la tipicidad. El tipo total consta de dos partes: tipo positivo y tipo negativo. La parte negativa del tipo añade la exigencia que no concurran causas de justificación. Un error sobre una causa de justificación es un error de tipo. El resultado es un concepto del delito en dos niveles (concepto bipartito): comportamiento "típicamente antijurídico" y culpable (Mir Puig, 1985, p. 120). Los orígenes de esta teoría se remontan a Adolf Merkel (1889), Frank y Baumgarten (1913).

d. Formación del tipo

El proceso de formación del tipo que sigue el legislador es el siguiente: **bien jurídico, norma y tipo. El juez y el intérprete recorren el proceso en** sentido contrario (tipo, norma y bien). Para que la norma penal cumpla su función de protección de bienes jurídicos, se realiza la tipificación de ciertas conductas que lesionen o pongan en peligro. Así, el **bien jurídico** constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos [28]. "El bien jurídico es el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella. La interpretación de la ley penal –y con ella su conocimiento–, sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible" [29].

646. Formación del tipo

e. Breve evolución del concepto de tipo

647. *Tatbestand*

La expresión *Tatbestand* surge en el lenguaje jurídico alemán a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX en el campo del proceso penal. Con ella, se traduce a la lengua alemana la expresión latina "*corpus delicti*"[30].

648. *Corpus delicti*

En el Derecho Penal, esta categoría conceptual es mencionada por FEUERBACH, quien consideraba que "el conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales que están contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas se llama el **tipo del crimen** (*corpus delicti*). La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de un crimen en general" [31]. J. S. F. BÖHMER entendió el "*corpus delicti*" de dos maneras: primero, como lo objetivo del delito; y, segundo, como un complejo conjunto de todas las condiciones del mismo, por lo cual también alcanzó a concebirlo en un sentido subjetivo [32].

En la ciencia penal alemana del siglo XIX, el *Tatbestand* seguía siendo entendido como la totalidad de los elementos que pertenecen a un determinado delito. Es recién en

---

Resulta dudosa la **unidad de normas prohibitivas**, por un lado, y **proposiciones permisivas**, por el otro, que plantea esta teoría, a pesar de la formulación separada de las mismas (STRATENWERTH, 2005, p. 129, num. 12). Además, se ha criticado que esta posición equipara una conducta atípica (matar un insecto) con una conducta típica amparada por una causa de justificación (matar a una persona en legítima defensa) (WELZEL, 1976, p. 119. MUÑOZ CONDE, 2004, p. 33). HURTADO POZO afirma que se debe mantener separada la tipicidad de la antijuridicidad y se prefiera un análisis del delito a tres niveles (2005, p. 409, num. 1074).

[28] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 275.

[29] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 339.

[30] LUISI, 1987, pp. 13-14.

[31] FEUERBACH, 1989, §82, p. 97.

[32] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 253.

1906 que Ernst BELING publica *Die Lehre vom Verbrechen* [33], dándole un nuevo sentido al concepto de tipo como "descripción libre de valor de las características externas de una acción" [34]. La valoración jurídica sólo tendrá lugar en la antijuridicidad, de manera que sólo describe los procesos objetivos, reservando los momentos subjetivos a la culpabilidad [35]. El concepto de tipo que BELING introduce, elaborado sobre la base del antiguo artículo 59 del Código Penal alemán, acuerda a éste un papel independiente en la estructura del delito, otorgándole un lugar frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

649. Teoría del tipo en Beling

Pero esta concepción positivista y naturalista tuvo que ceder a criterios teleológicos y perspectivas valorativas, influenciado por el pensamiento neokantiano. Así, el concepto de tipo experimentó cambios importantes al identificarse elementos normativos (M. E. MAYER) y elementos subjetivos en el tipo (FISCHER, HEGLER, SAUER, MEZGER), lo que origina el abandono de un concepto de tipo puramente objetivo [36]. En el derecho penal peruano se reconoce la existencia de elementos subjetivos y normativos del tipo [37].

650. Neokantismo y teoría del tipo

La revisión fundamental que supuso la incorporación del dolo en el tipo la realizó la teoría final de la acción de Hans WELZEL, manifestándose como la parte subjetiva del tipo. El concepto de tipo complejo tuvo antecedentes en Hellmuth von WEBER (1929, 1935) y GRAF ZU DOHNA (1936). WEBER fue el primero en definir un tipo complejo, dando paso así a las teorías normativistas de la culpabilidad y los elementos subjetivos del injusto, con ello se identifica al dolo y la culpa fuera de la culpabilidad, planteándolos como problema de la acción [38]. Luego, dicha concepción fue sistematizada por DOHNA en un tipo objetivo y un tipo subjetivo. En sus planteamientos DOHNA presenta un desvalor de carácter mixto: del tipo objetivo (el juicio de la antijuridicidad) y del tipo subjetivo (el juicio de la culpabilidad) [39].

651. Finalismo y teoría del tipo

Con el sistema funcionalista se explica al tipo como un problema de imputación objetiva: en el funcionalismo mesurado de ROXIN, se hace por vía del aumento de riesgo, mientras que en el funcionalismo extremo de JAKOBS, se intenta a través de la aplicación de la teoría de los roles [40].

652. Funcionalismo y teoría del tipo

---

[33] BELING volvió a tratar el tema en su obra *Die Lehre vom Tatbestand* (1930) de la que existen dos versiones en español: *El rector de los tipos de delito* (traducción de PIETRO CASTRO y AGUIRRE CÁRDENAS, 1936) y la otra con el título *Esquema de derecho penal y doctrina de delito-tipo* (traducción de Sebastián Soler, 1944).

[34] WESSELS, 1980, p. 38.

[35] MAURACH, 1962, p. 271.

[36] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 262.

[37] BRAMONT ARIAS, 1978, p. 388 y ss.; PEÑA CABRERA, 1983, pp. 177; ROY FREYRE, 1983 (elementos normativos, p. 48; elementos subjetivos del tipo en orden a lo injusto, p. 56); HURTADO POZO, 1987, pp. 357-360.

[38] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 256.

[39] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 426; IDEM, 2002, p. 446.

[40] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 449.

§41. Imputación objetiva y subjetiva

De las estructuras básicas de imputación, la más usada por el legislador es la que corresponde al delito doloso de comisión. En éste, debe existir una coincidencia entre lo que el sujeto realiza y lo que quería. En la actualidad, existe una tendencia a no diferenciar entre comportamientos activos y omisivos [41], e incluso afirmando a los delitos de omisión imprudentes como el nuevo paradigma del concepto del delito [42]. La imputación de los delitos dolosos acoge y diferencia dos aspectos: objetivo y subjetivo. Didácticamente, el *tipo objetivo* identifica los aspectos de la imputación al hecho y al resultado. Al análisis del *tipo subjetivo*, corresponde el estudio de la teoría del dolo. Sobre estos aspectos volveremos más adelante [43]. Sin embargo, esta no es una diferencia tajante, pues en el análisis de la imputación objetiva es posible incorporar datos subjetivos, sin que ello implique destruir las barreras entre tipo objetivo y subjetivo, "pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo" [44].

653. Tipo objetivo y subjetivo

Para la imputación de los delitos dolosos, es posición dominanate distinguir entre desvalor de acción y desvalor de resultado [45]. El **desvalor de la acción** está fundamentado en el modo, forma o grado de realización de la misma, por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto –cuando existan– y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligan al autor, en los delitos de infracción de deber. El **desvalor del resultado** está representado por la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido [46]. El desvalor de la acción y el desvalor del resultado

654. Desvalor de acción y desvalor de resultado

---

[41] Cfr. BACIGALUPO, 2004, p. 237: "sino a reemplazarla por otra, la de la 'responsabilidad por la libertad de organización' en cuyo marco la distinción entre acción y omisión tiene reducida trascendencia, y 'la responsabilidad por incumplimiento de deberes institucionales'" (*Ibidem*).

[42] *Vid.* GÜNTHER, 2000, p. 502. *Vid. supra* núm. marg. 502.

[43] *Infra* núms. margs. 749 y ss.

[44] CANCIO MELIÁ, 2005, p. 264. Para MIR PUIG la distinción entre parte objetiva y subjetiva del tipo es relativa, y si se mantiene por razones pedagógicas deberá entenderse de forma flexible y "a condición de que se advierta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo" (2004, p. 240, num. 2).

[45] ROXIN, 1999, p. 320, num. 88.

[46] Cfr. CEREZO MIR, 2003, II, p. 154. JESCHECK distingue entre desvalor de la acción (personal) referido al hecho y referido al autor: "El desvalor de la acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que concurren en su persona" (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 217).

están íntimamente vinculados, tanto que se puede pensar que el desvalor de resultado es consecuencia del desvalor de acción [47]. Esto implica una doble garantía: "que el acto humano no se va a enjuiciar desvinculándolo de su autor, por una parte, y que el Derecho penal sólo intervendrá cuando realmente se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico y en la medida en que eso suceda, no castigará, por sí solo, ni voluntades ni resultados" [48]. El *concepto personal de lo injusto* se originó como un concepto bidimensional: al lado de la lesión al bien jurídico (desvalor del resultado) se incluyó los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (desvalor de acción) [49]. Se discute si lo injusto contiene un desvalor de acción y un desvalor de resultado o si lo injusto se agota con el desvalor de acción [50]. Consecuencias de esta última posición es que en el nivel de lo injusto no es posible una distinción cualitativa entre el delito tentado y el consumado, sino entre la tentativa inacabada y la tentativa acabada [51], y

---

[47] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 309; Berdugo *et al.*, 1999, p. 147.

[48] Quintero Olivares, 2000, p. 291.

[49] Bacigalupo, 1988, p. 152. *Vid.* Welzel, 1976, pp. 91-92.

[50] Zielinski (1988, pp. 283-284) considera que "el ilícito, desde el punto de vista del contenido, es idéntico al objeto del juicio de desvalor secundario: la acción (final) contraria a derecho, dirigida a la lesión del objeto del bien jurídico. El desvalor de la acción constituye el ilícito. El mero perjuicio del bien jurídico en el sentido del juicio de valor primario, no es un ilícito, en este sentido; él es sólo un suceso jurídicamente indeseado, el resultado de una acción ilícita o bien de la causalidad. El desvalor de resultado no es constitutivo del ilícito". Sancinetti considera que "dado que el presupuesto de la culpabilidad (...) es el ilícito, éste no puede incluir ingredientes que no estén alcanzados por el contexto de la finalidad del autor, que no sean enteramente dependientes de su voluntad. Y puesto que el correspondiente elemento objetivo conocido y querido por el autor, en su contexto de finalidad –por ejemplo, el resultado de la acción, adecuado al tipo–, no puede ser querido por un acto de voluntad 'extra' que pudiera añadirse a aquella finalidad, entonces, el ilícito no puede contener más que el contexto de la finalidad misma: aquello (único) que se le podrá reprochar al autor. La producción del resultado, como tal, no podría agregar más finalidad, más decisión de afectación del objeto de bien jurídico, con independencia de cuán firmemente haya buscado y asegurado el autor la producción del resultado, lo que sí influye en el juicio de desvalor. Porque, si el éxito de toda conducta humana está expuesta de antemano a la inseguridad del desenlace, entonces para la gradación del juicio de desvalor sobre la conducta tiene que ser decisivo el grado de posibilidad de afectación del objeto de bien jurídico que el autor asuma en su plan de acción" (1991, p. 62). Cfr. Mir Puig, 1982, p. 61.

[51] Zielinski, 1988, p. 304. Bacigalupo agrega que, de acuerdo a esta línea, para constituir el desvalor de acción no es necesario que se den todos los elementos objetivos del tipo y es suficiente con que el autor suponga; correlativamente, la suposición de

en la imprudencia bastaría para la sanción con la mera infracción del deber de cuidado [52].

§42. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo

655. Elementos del tipo objetivo

Este aspecto de la imputación penal comprende a los elementos estructurales (características del obrar externo del autor) requeridos en la imputación al **tipo objetivo**. También en la actual evolución del Derecho Penal, el funcionalismo plantea que la *posición de garante* debe extenderse a todos los tipos penales como un elemento general. Esta es una consecuencia de la teoría negativa de la acción que considera a la posición de garante como un elemento básico de la imputación [53].

a. Los sujetos

656. Sujeto activo

Para la imputación penal se requiere identificar el ámbito potencial del autor (sujeto activo), y el afectado por el resultado que ocasiona la conducta (sujeto pasivo) [54]. La descripción de los elementos exteriores de la conducta prohibida se inicia con las referencias al sujeto activo; éste es una persona humana, quien va a realizar la actividad descrita en el tipo legal. El concepto de **sujeto activo** es un concepto dogmático que sirve para describir los requisitos que debe reunir la persona al momento en que ejecuta la conducta delictiva [55]. Generalmente, el tipo de lo injusto

---

una situación justificante, justifica aunque no se dé la situación de necesidad (1988, pp. 153-154). HIRSCH afirma que "parece difícil aceptar que lo injusto se agote con el desvalor de la intención –esto es, precisamente, en que el autor ponga en práctica su decisión de actuar y crea, además, haber llevado a cabo todo lo necesario para la realización del resultado–" (HIRSCH, 1999, II, p. 124). JESCHECK/WEIGEND (2002, p. 257) rechazan esta posición y afirman que la eliminación del desvalor del resultado conduce a consecuencias opuestas a las necesidades político-criminales. "De este modo, en el hecho doloso deberían ser asimilados la tentativa acabada y su consumación y en el delito imprudente debería estar penalizado todo comportamiento contrario al deber de cuidado".

[52] ROXIN, 1999, p. 324, num. 95.

[53] Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 165.

[54] Aunque MIR PUIG considera la existencia de una tercera persona dentro de esta relación reciproca: el Estado como el ente encargado de reaccionar penalmente ante la comisión de la conducta delictiva (2004, p. 223, num. 6).

[55] DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 95.

de los delitos dolosos describe al sujeto activo de una manera indeterminada, neutra, usando los anónimos "*el que*" (artículo 147, Código penal), "*al que*" (artículo 168, segundo párrafo, Código penal). La doctrina suele denominarlo comúnmente "agente" o "autor" [56].

El **sujeto pasivo** es la persona titular del bien jurídico tutelado, puesto en peligro o lesionado por el delito. El sujeto pasivo puede ser tanto una persona física (sea o no imputable) o una persona jurídica, como también lo puede ser la sociedad o el Estado [57]. Por lo común, en el Código Penal, el legislador identifica al sujeto pasivo con las expresiones "*a otro*" (artículo 106, Código penal), "*una persona*" (artículo 132, Código Penal) "*en perjuicio de tercero*" (artículo 196, Código penal), entre otras; y en algunos tipos penales se ha especificado su calidad; así por ejemplo: "*a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino*" (artículo 107, Código penal), "*a su hijo*" (artículo 110, Código penal), "*una persona de catorce años y menor de dieciocho*" (artículo 175 Código penal), etc. La jurisprudencia nacional, sobre la base del principio de lesividad, establece que la referencia al sujeto pasivo debe entenderse como un elemento integrante del tipo:

657. Sujeto pasivo

> "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 su aspecto objetivo; que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad parcial o relativa de la conducta delictiva" [58].

En ciertos casos, el sujeto, en quien recae la acción delictiva, no viene a ser el titular del bien jurídico protegido, sino otro diferente. En dichas circunstancias, se distingue un **sujeto pasivo del delito** y un **sujeto pasivo de la acción**. El primero, no es más que el titular del bien jurídico tutelado; mientras que el segundo es la persona en quien recae de manera directa la acción delictiva del sujeto activo [59]. Ejemplo: en los delitos de robo,

658. Sujeto pasivo del delito y de la acción

---

[56] De la Cuesta Aguado, 1996, p. 95.

[57] Así también lo señalan: Berdugo *et al.*, 1999, p. 151; Reyes Echandía, 1989 p. 104; Mantilla/Rodríguez, 1999, p. 187.

[58] Ejecutora Suprema del 5 de agosto de 1999, R. N. 2529-99-Huánuco en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 39, diciembre 2001, p. 307.

[59] Por lo común, estas dos calidades van a coincidir en un solo individuo. En los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en los delitos como la estafa, en el cual el engaño

una persona será el perjudicado patrimonial (sujeto pasivo del delito) y otra podrá ser la que sufrirá de la violencia o amenaza necesaria para la sustracción del bien mueble (sujeto pasivo de la acción) [60].

659. Delitos de dominio

Se suele distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Los **delitos de dominio** (delitos comunes) son aquellos que son cometidos por cualquier persona. Se identifican claramente en los tipos penales, cuando el legislador los señala a través de términos anónimos. En este tipo de delitos al agente no se le exige ninguna especificación al momento de la ejecución de la conducta delictiva.

660. Delitos de infracción de deber

A diferencia de los delitos de dominio, existen otros tipos en los que se exige que la conducta prohibida sólo pueda ser ejecutada por ciertas personas que poseen *deberes especiales*. Estos hechos punibles se denominan **delitos de infracción de deber** y los requisitos de la autoría –que se requieren– son consecuencia de la existencia de un deber especial [61]. Se demanda en estos sujetos una determinada cualidad que consiste en una posición de deber especial extrapenal, "por lo que en estos casos es mejor hablar de 'delitos de infracción de deber'" [62]. Corresponden a estas infracciones penales los denominados *delitos especiales* (V. gr. apropiación ilícita por parte del *depositario, comisionista o administrador*, artículo 190, Código penal), ciertos *delitos de omisión*, y algunos *delitos societarios* [63] (V. gr. artículo 198, numeral 6, Código penal).

Jurisprudencia:

"Al ser el acusado una persona contratada que no manejaba dinero del instituto agraviado, no se reúne en él la calidad de sujeto activo del delito de peculado" [64]. En otro caso: *"En cuanto a la imputación por delito de abuso de autoridad (artículo 376), éste exige del sujeto activo la calidad de funcionario público, de lo que se*

---

puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial (MIR PUIG, 2004, p. 224, num. 11).

[60] También es necesario distinguir el concepto de sujeto pasivo con el de víctima o perjudicado. Este último concepto tiene una definición más amplia, debido a que no sólo se comprende al titular del bien jurídico afectado, sino también a toda persona que va a sufrir de las consecuencias de la lesión o el peligro del objeto jurídico (MIR PUIG, 2004, p. 224, num. 13; DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 98. *Vid.* también PEÑA CABRERA, 1997, p. 358).

[61] Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 143, num. 4. Se trata de delitos que suponen la violación de una norma especial. Armin KAUFMANN, 1977, pp. 180-181.

[62] ROXIN, 1999, p. 338, num. 128. Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 155.

[63] BACIGALUPO, 2004, pp. 479-480.

[64] Exp. 3299-94-B Lima **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 125.

desprende que estamos ante un tipo penal limitativo; existiendo por lo mismo atipicidad objetiva al no adecuarse los policías municipales a dicha calidad pública, de conformidad a los artículos 344 del Decreto Supremo 590-PCM (Reglamento de la carrera administrativa) y 52 de la Ley 23856 (Ley Orgánica de Municipalidades) que señala que el personal de vigilancia de las municipalidades son considerados servidores públicos" [65].

Se diferencia entre **delitos especiales o de infracción de deber *propios*** cuando la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad (v. gr. el juez, en el prevaricato artículo 418, Código penal) y **delitos especiales o de infracción de deber *impropios*** cuando la lesión del deber especial sólo determina una agravación de la punibilidad [66] (v. gr. interceptación telefónica realizada por funcionario, artículo 162, segundo párrafo; lesiones graves a menores, artículo 121-A, Código penal). En los delitos de infracción de deber impropios existe una cierta correspondencia con un delito de dominio (delito subyacente), pero el deber especial va a generar la formación de otro tipo que implicará el motivo que determina el aumento de la pena [67]. Como veremos más adelante, estos delitos plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial, sin tener las cualidades personales o deberes exigidos en el tipo [68]. Recientemente se viene afirmando que la infracción de deber siempre fundamentaría la responsabilidad del sujeto obligado especial y no sólo la agravaría y esto ocurre también en los delitos de infracción de deber impropios, de esta manera, rechazan la diferenciación entre la participación en los delitos de infracción de deber propios e impropios, pues la infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad [69].

661. Delitos especiales o de infracción de deber propios e impropios

---

[65] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de noviembre de 1998, Exp. 2730-98 en ROJAS VARGAS, 1999, p. 848.

[66] ROXIN, 1999, p. 338, num. 129.

[67] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 286; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 155.

[68] *Infra* núms. margs. 1088-1089, 1131 y ss.

[69] Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002, p. 257), cuya solución simplifica esta problemática de manera interesante. "Los delitos comunes que fenomenológicamente parecen corresponder con los delitos de infracción de deber (...), no son un 'tipo común subyacente' de los delitos de infracción de deber. Los denominados delitos comunes subyacentes o tipos básicos, ni son básicos, ni son subyacentes. Si bien es cierto que en estos delitos denominados de infracción de deber impropios el llamado delito subyacente concurre con frecuencia en concurso junto al tipo del delito de infracción de deber, no es menos cierto que esta frecuencia no es absoluta –ni relevante–, como los casos de omisión demuestran (en donde no existe 'delito común subyacente' alguno). Por los demás, concurren los dos tipos (...), tal concurso no es

También se diferencia a los delitos tomando en cuenta la peculiar exigencia en la ejecución de la acción delictiva por parte del agente. La singularidad de los **delitos de propia mano** [70] reside en que el tipo exige la ejecución personal o corporal del sujeto que se encuentre de manera inmediata a realizarlo, excluyéndose a otros sujetos idóneos. En estos delitos, no es posible que se utilice a otros como "intermediario" (**autoría mediata**) [71]. La exigencia de la ejecución personal o corporal, en la mayoría de las veces, se encuentra implícita, en la propia descripción de la conducta típica [72]. Ejemplo: violación a la intimidad (artículo 154, Código penal).

662. Delitos de propia mano

Por último, se distinguen tipos penales en relación al número de sujetos activos que intervienen en la comisión del delito. Estos son los delitos monosubjetivos y los delitos plurisubjetivos. En los **delitos monosubjetivos**, el tipo penal sólo puede ser realizado por un individuo en calidad de autor. Pero esto no impide que se configuren casos de participación [73]. En los **delitos plurisubjetivos**, el tipo va a exigir la concurrencia de dos o más autores para la ejecución de la conducta delictiva. Dicha concurrencia puede darse de dos formas [74]: ya sea de manera uniforme, para la consecución de un mismo objeto (**delitos de convergencia**), ejemplo: rebelión (artículo 346, Código penal), asociación ilícita (artículo 317, Código penal), conspiración (artículo 349, Código penal); o de manera autónoma, pero siendo partes de una misma relación delictiva (**delitos de encuentro**), ejemplo: cohecho (artículo 393, Código penal), autoaborto (artículo 114, Código penal).

663. Delitos monosubjetivos y plurisubjetivos

b. La conducta

La descripción de la **conducta** suele ser muy concisa. Los tipos legales se estructuran en relación a un proceso de abstracción a partir de las conductas de la vida real. La gran variedad de circunstancias (tiempo, medio, lugar, etc.) son sintetizadas por el legislador extrayendo algunas características comunes [75]. Ejemplo: las circunstancias que caracterizan a

664. Descripción de la conducta

---

sino un aparente concurso de leyes. Lo único relevante es que la lesión de una institución positiva siempre fundamenta la punibilidad" (*Loc. cit.*). *Vid.* también los pilares de los delitos de dominio y los de infracción de deber (la institución negativa y las instituciones positivas (*Ibidem*, pp. 83 y ss).

[70] *Vid.* Clasificación de HERZBERG, **en** JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 286.

[71] *Vid.* MIR PUIG, 2004, p. 232, num. 52.

[72] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 155.

[73] *Vid.* MANTILLA/RODRÍGUEZ, 1999, pp. 182-183.

[74] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 261; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 288.

[75] CEREZO MIR, 2003, II, p. 110.

los homicidios son siempre diferentes, lo común es el "*matar a otro*" (artículo 106, Código penal). En ciertos casos, la descripción de la conducta es exhaustiva, precisando el objeto de la acción, formas de ejecución, medios utilizados, etc. (v. gr. estelionato, artículo 197, numeral 4, Código penal).

La conducta delictiva se vale generalmente, de un **verbo rector**, que es, en términos gramaticales, el centro en el que gira y se define la misma [76]. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir [77]. Cuando el legislador realiza las formulaciones típicas de un ilícito penal suele utilizar, muchas veces, diferentes formas verbales, pero cuando describe la conducta delictiva va a identificar un verbo principal que es el indicador de la conducta a ejecutar. El verbo rector también permite determinar si nos encontramos ante **delitos simples** o **delitos compuestos**. Si en el tipo penal sólo se describe un verbo rector, el delito es simple, pero si se describen más de dos verbos rectores, el delito será compuesto o complejo.

665. Delitos simples y delitos compuestos

La conducta prohibida, cuya ejecución da lugar al tipo, puede ser estructurada tomando en cuenta el grado de relación entre la acción y el objeto de la acción [78]: delitos de actividad y delitos de resultado. En los **delitos de actividad** existe la probabilidad que la simple ejecución de una conducta, específicamente determinada como tal, sea ya constitutiva de la realización del tipo. En estos tipos, no se individualiza un resultado y se limitan a describir una conducta prohibida: no existe resultado, sólo la mera actividad va a consumar el delito. Ejemplo: falso testimonio (artículo 409, Código penal), el juez que dictare resolución (prevaricato, artículo 418, Código penal).

666. Delitos de actividad

En los **delitos de resultado**, la ley caracteriza o individualiza un determinado resultado. Este va a producir, en el objeto material de la acción, un efecto diferenciador separado en el tiempo y en el espacio [79]. Ejemplo: homicidio (artículo 106, Código penal), daños (artículo 205, Código penal), lesiones graves (artículo 121, Código penal).

667. Delitos de resultado

La **distinción entre los delitos de resultado y delitos de actividad** puede llevar muchas veces a confusiones. Se considera a la acción misma como una clase de resultado, puesto que es un impulso de la voluntad del sujeto activo [80]. Es por eso que se afirma que siempre todo delito va a tener un

---

[76] Cfr. Reyes Echandía, 1989, p. 105.

[77] *Vid.* Velásquez Velásquez, 2002, p. 261.

[78] *Vid.* Maurach/Zipf, 1994, p. 357; Jescheck/Weigend, 2002, p. 278.

[79] Jescheck/Weigend, 2002, p. 278.

[80] *Loc. cit.*

resultado, que precisamente va a ser la configuración del tipo penal [81]. En este sentido, hay que precisar que cuando se habla de los delitos de resultado, se alude a una modificación material del mundo exterior. "Por eso, cuando baste para la consumación del delito con la realización de una conducta prohibida, nos encontramos con un delito de mera actividad; pero, si el tipo exige para su consumación, además de la acción, la producción de un resultado, estaremos ante delitos de resultado" [82].

668. Diferencias entre delitos de actividad y de resultado

Los delitos de resultado y de actividad se pueden clasificar, según sea el caso, si el resultado o la actividad genera un momento o estado antijurídico de cierta duración o no [83]. Así, pueden darse delitos instantáneos, permanentes y de estado. En el **delito instantáneo** la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado o situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos. Ejemplo: homicidio (artículo 106, Código penal), falsificación de moneda (artículo 252, Código penal) [84] [85].

669. Delito instantáneo

Jurisprudencia:

"El delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad es un delito de comisión instantánea, pues, la acción se agota en todos sus efectos en el momento en que se concretan los elementos o las condiciones de su punibilidad" [86].

---

[81] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 357.

[82] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 153. Se establece que la distinción de ambos delitos se determina tomando en cuenta la existencia de conexión entre la acción del agente y el resultado que implica una modificación al mundo exterior. Así, en los delitos materiales, dicho resultado se presenta como consecuencia de la causación espacio-temporal de una conducta; pero en los delitos de actividad, la conducta misma va a constituir el punto final de la tipicidad, sin generar alguna modificación al mundo exterior (Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 357-358; MIR PUIG, 2004, p. 225, num. 18).

[83] Cfr. MIR PUIG, 2004, num. 19.

[84] El acuerdo Nº 2 (primero) del Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 realizado en Ica, declaró que los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos (*Vid.* VILLAVICENCIO, 2002, p. 763).

[85] La jurisprudencia viene construyendo la figura de los delitos instantáneos de efectos permanentes y, en opinión del Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 realizado en Ica, para efectos de la aplicación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción, consideran que tiene esta calidad el delito de lavado dinero, los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión a la asistencia familiar, la figura de las distorsiones en la producción o en el cierre de empresas, el delito de incumplimiento de resoluciones judiciales laborales, el inciso primero del artículo 168 del Código Penal, el delito de usurpación (acuerdo Nº 2; quinto, sexto, sétimo, octavo, noveno, undécimo) (*Vid.* IDEM).

[86] Exp. 639-98 Lima, 30 de [illegible] de 1998, en BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 445.

670. Delito permanente

En el **delito permanente**, el resultado se mantiene por cierta duración debido a la voluntad del autor [87]. En dicho tiempo se sigue ejecutando el tipo, por lo que la consumación se da cuando se termine o abandone la situación antijurídica [88]. Ejemplo: secuestro (artículo 152, Código penal), violación de domicilio (artículo 159, Código penal).

Jurisprudencia:

"Se denomina delito de comisión permanente a aquel en el cual el estado de antijuricidad no cesa y persiste por actos posteriores del agente" [89].

671. Delito de estado

En el **delito de estado**, también se crea un estado antijurídico duradero, pero la consumación va a cesar desde el momento de la aparición de la situación antijurídica. Esto se da así porque sólo se describe en el tipo la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento [90]. Ejemplo: bigamia (artículo 139, Código penal), omisión de declaración en documento público o privado (artículo 429, Código penal), falsificación de documentos (artículo 427, Código penal).

Jurisprudencia:

"Estamos ante un delito de estado, que no se diferencia del delito de comisión instantánea para los efectos de determinar el momento de su comisión, pues en ambos se crea un estado antijurídico consumado desde el momento de su aparición, salvo que en el caso de los delitos de estado la antijuricidad creada tiene efectos duraderos" [91].

672. Delito de lesión y de peligro

En relación a la intensidad del ataque al bien jurídico [92] se diferencia entre **delito de lesión** y **de peligro**, según si se afecta realmente al bien jurídico o si sólo existe la probabilidad de daño (peligro real que afecta al bien jurídico).

---

[87] El acuerdo Nº 2 (primero) del Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 Ica, declaró que sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio de agente (Villavicencio, 2002, p. 763).

[88] Mir Puig, 2004, pp. 227-228, num. 25. Cfr. Berdugo *et al.*, 1999, p. 153.

[89] Ejecutoria superior del 20 de mayo de 1996, Exp. 332-95 en Prado Saldarriaga, 1999, p. 445.

[90] Mir Puig, 2004, p. 228, num. 25.

[91] Ejecutoria del 19 de enero de 1998, Exp. 4133-97 en Gaceta Jurídica, 2001, pp. 130-131.

[92] Así lo señalan: Maurach/Zipf, 1994, p. 358; Jescheck, 2002, p. 282.

Jurisprudencia:

"Aparte de las ilegales operaciones de venta de tierras para fines urbanísticos efectuadas por los encausados, también han incurrido en el delito sub materia por el solo hecho de haberlas ofrecido, toda vez que se está ante el tipo legal que la doctrina penal califica como delito de peligro, para lo cual no es requisito sine qua non el daño o afectación material –en este caso de las áreas agrícolas– sino simplemente la puesta en peligro de aquéllas" [93].

673. Delito de peligro concreto

Entre los delitos de peligro se identifican a los delitos de peligro concreto o real de los llamados delitos de peligro abstracto. En los **delitos de peligro concreto**, se requiere que la acción cause un peligro real al bien jurídico. Ejemplo: "*hubiere puesto en peligro*", delito de explosión (artículo 273, Código penal). En el tipo se halla *ex profeso*, señalada la necesidad de haber provocado una concreta situación de peligro. Se debe probar en cada caso la existencia de un peligro efectivo [94]. Por ello, se establece que este tipo de delitos son, por lo general, delitos de resultado (resultado de peligro) [95].

674. Delito de peligro abstracto

El **delito de peligro abstracto** (peligro presunto) sólo requiere la comprobación de la conducta prohibida, y por ello no se diferencian de los delitos de pura actividad [96] [97], son pues, *delitos de desobediencia* [98]. Ejemplo: contaminación de agua destinada al consumo (artículo 286, Código penal). La existencia de algún peligro se considera dada con

---

[93] Ejecutoria del 31 de marzo de 1995, Exp. 19-95 **en** GACETA JURÍDICA, 2001, p. 127.

[94] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 359; QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 330.

[95] Así lo señalan: BERDUGO *et al.*, 1999, p. 156; MIR PUIG, 2004, p. 233, num. 61.

[96] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 156.

[97] Se ha expresado en la doctrina la necesidad de fortalecer los alcances del principio de lesividad, excluyéndose al peligro abstracto como elemento típico, debido a que se le considera inconstitucional por su marcada flexibilización que conlleva perjuicios al principio de lesividad (Cfr. CARO CORIA, 1999, pp. 502-503; BERDUGO *et al.*, 1999, pp. 156-157). Pero hay que rescatar la importancia que pueden implicar en bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Así pues pensar en un tipo penal donde se protege un bien jurídico individual, como por ejemplo, la vida humana o el patrimonio, resulta arbitrario construirlo bajo la forma de un delito de peligro abstracto, pero esto no sucederá así si el bien jurídico resulta ser el sistema crediticio, el tráfico monetario, o incluso el peligro común. Aceptamos la inadmisibilidad general de las formas de delitos de peligro abstracto, pero resultaría excepcional rescatar estas figuras delictivas que afecten bienes jurídicos colectivos, en especial de aquellos que nacen con el desarrollo tecnológico, económico e intelectual de la sociedad. *Vid.* también TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 51; ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 116; GARCÍA CAVERO, 2003, pp. 305-306.

[98] JAKOBS, 1995, p. 212, num. 88.

la comisión de la acción delictiva. La probanza del peligro es innecesaria, estos delitos son castigados sin tomar en cuenta si en el caso concreto se ha generado o no un peligro [99].

675. Delitos monofensivos y pluriofensivos

Atendiendo al número de bienes jurídicos afectados durante la comisión delictiva se distinguen los **delitos monofensivos** y los **delitos pluriofensivos o complejos**. En el primer caso, el legislador ha previsto en el tipo legal la afectación de un solo bien jurídico. Ejemplo: en el delito de homicidio simple, el bien jurídico único es la vida humana independiente. En el segundo caso, establece la afectación de dos o más bienes jurídicos. Ejemplo: en el delito de extorsión se afectan varios bienes jurídicos, como son el patrimonio, la salud, la integridad física y la libertad individual.

Jurisprudencia:

"En el delito de robo, se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; que, el delito complejo no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, que forma un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo" [100].

676. Delitos de medios determinados y alternativos

Otros de los elementos del tipo objetivo son los **medios delictivos** idóneos de los cuales se vale el sujeto activo para ejecutar la conducta delictiva. Ejemplo: en el delito de extorsión (artículo 200, Código penal) se especifica a los medios delictivos: violencia, amenaza o manteniendo en rehén a una persona. Para estos tipos legales, la tipicidad va a depender del uso de estos medios y no de otros (**delitos de medios determinados**) [101]. Existen otros tipos penales donde la exigencia típica de determinados medios es innecesaria, bastando la utilización de cualquier tipo de medios para la comisión del hecho punible (**delitos de medios alternativos**). Ejemplo: en los delitos de homicidio simple, los medios delictivos son genéricos (artículo 106, Código penal). En estos últimos, lo que cuenta es el resultado independientemente del modo de ejecución [102].

De manera excepcional, el tipo legal puede describir el **momento y lugar de realización de la conducta**. Ejemplo: "con ocasión de guerra en que la República haya declarado su neutralidad" (artículo 343, Código penal).

---

[99] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 359.

[100] Ejecutoria Suprema del 12 de agosto de 1999, R. N. 2435-99 Huánuco, **en** *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales* 2, 2001, p. 689.

[101] Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 153.

[102] VILLA STEIN, 1998, p. 211.

677. Momento y lugar de realización de la conducta

También se puede prever tiempos específicos en el que se efectivice la comisión del hecho punible. Ejemplo: "revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro" (artículo 215, numeral 4, Código penal). Sin embargo, estos elementos típicos no se deben de confundir con los principios de aplicación de la ley penal relativos al "lugar de comisión del delito" (artículo 5, Código penal), y al "momento de comisión del delito" (artículo 9, Código penal), respectivamente [103].

678. Tipos cualificados y privilegiados

Por otro lado, existen algunos tipos penales en los que se señalan su forma básica (*tipo básico*) y derivan, dentro del mismo tipo o en otros tipos legales, determinadas circunstancias (sean objetivas o personales) que van a atenuar o agravar la antijuridicidad o culpabilidad (**tipos cualificados** y los **tipos privilegiados**) [104]. A estos últimos les son aplicables las reglas del tipo básico.

679. Tipos autónomos

Existen tipos penales distintos a los anteriores que aun conteniendo elementos de otros tipos penales, no son considerados derivados de estos sino **tipos autónomos** [105]. Ejemplo: el robo es un delito autónomo que contiene elementos típicos del delito de hurto simple (sustracción, apoderamiento ilegítimo y provecho indebido) y del delito de coacciones (amenaza y violencia).

c. Aspectos descriptivos y normativos

680. Elementos descriptivos

En la formulación de los tipos penales, el legislador suele utilizar ciertos elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden caracterizar circunstancias exteriores como de naturaleza psíquica. Los **elementos descriptivos** son aquellos que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos. Estos elementos van a describir objetos o circunstancias pertenecientes al mundo real. En ellos es suficiente una constatación fáctica. Ejemplo: *"bien mueble"* en los delitos de hurto (artículo 185, Código penal), *"mujer"* en el delito de aborto no consentido (artículo 116, Código penal). Son identificados a través del lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión.

681. Elementos normativos

En los **elementos normativos** predominan las valoraciones que no sólo son perceptibles por los sentidos [106]. Para la aprehensión y compren-

---

[103] Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 275.

[104] ROXIN, 1999, p. 338; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 260; BACIGALUPO, 1998, pp. 161-162.

[105] Así también lo señala: ROXIN, 1999, p. 340, num. 134.

[106] Algunos han estimado que por lo general en los elementos normativos hay algo de realidad aprehensible por los sentidos, de modo que contienen asimismo una relación con el mundo de los hechos (JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 289-290).

sión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas ya sea de una valoración jurídica provenientes de otras ramas del derecho (**elementos normativos jurídicos**), ejemplo: *funcionario o servidor público* (artículo 425, Código penal), *matrimonio* (artículo 139, Código Penal), *depositario judicial* (artículo 190, segundo párrafo, Código penal), *bienes embargados* (artículo 197, numeral 4, Código penal), etc., o de una valoración ético-social (**elementos normativos ético-sociales**), ejemplo: *exhibiciones obscenas* (artículo 183, Código penal), etc.

682. Límites del uso de elementos normativos

La existencia de estas características normativas puede disminuir la función de garantía del tipo introduciendo cierta indeterminación o imprecisión. La utilización abusiva de estos elementos durante la tipificación puede transgredir la seguridad jurídica. Por ello, la **valoración** debe ser objetiva, es decir, realizada siguiendo los patrones vigentes y no conforme al entendimiento peculiar del intérprete [107]. El juicio de valor que se ejercita deberá tomar en cuenta las circunstancias de la realidad social, el lugar o las personas afectadas.

683. Preponderancia descriptiva o normativa del tipo

No es posible establecer un límite firme entre estos elementos descriptivos y normativos de los tipos legales. Muchas veces se superponen y es preciso fijar la preponderancia. Ejemplo: el concepto *"muerte"* (artículo 106, Código penal); *"muerte clínica"*: cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas (artículo 3, Ley 28189). "En muchos elementos que tienen un contenido descriptivo, pero también una parte de contenido normativo, atendiendo al peso respectivo de cada una habrá que hablar de elementos predominantemente descriptivos o predominantemente normativos" [108].

d. Objeto de la acción

El **objeto de la acción** es el elemento perteneciente al mundo exterior, sobre el que recae materialmente la acción típica [109]. En él se van a

---

[107] Fragoso, 1985, p. 164. *Vid.* Toledo, 1987, p. 142.

[108] Luzón Peña, 1999, p. 352.

[109] Hay que precisar el carácter dinámico del objeto de la acción. Este carácter se entiende debido a un doble sentido: un sentido estricto, ya que el objeto sufre constantemente transformaciones en su propia concreción o realidad, pudiendo ser que en algún momento, deje de existir; y por otro lado, en un sentido valorativo, este cambio físico puede generar también cambios en su status social o jurídico (Silva Sánchez, 2000, p. 169). Como consecuencia de estos cambios se modifica el status jurídico-penal del objeto de la acción. Así, "puede pasar de no ser protegido penalmente a serlo, puede pasar de serlo a dejar de serlo, y puede finalmente pasar de ser protegido de un modo a serlo de otro" (*Ibidem*).

concretar la vulneración de los intereses jurídicos que pretende tutelar el legislador en cada tipo penal [110]. En ciertos casos, el tipo describe el objeto de la acción. Ejemplo: *"bien"* (daños, artículo 205, Código penal), *"bien mueble"* (hurto, artículo 185, Código penal). En otros casos, el tipo detalla las cualidades o circunstancias que debe reunir el objeto de la acción por medio de adjetivos calificativos. Ejemplo: *"yacimientos arqueológicos prehispánicos"* (artículo 226, Código penal); *"billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden a otros países"* (artículo 253, Código penal). No todos los delitos van a requerir de la presencia del objeto de la acción como elemento típico, esto ocurre en los delitos de actividad en los que este elemento es innecesario, por la razón que no existe un resultado que se plasme en un objeto perteneciente al mundo exterior [111].

684. Objeto de la acción

No se debe confundir el objeto de la acción con el bien jurídico. El **bien jurídico** aparece como un objeto inmaterial, se presenta como un valor ideal, frente al acto agresor del agente. En el objeto de la acción el menoscabo es real, susceptible de concretarse materialmente. Así, en el hurto (artículo 185, Código penal) el objeto de la acción es el bien mueble y el bien jurídico la posibilidad de disponer del bien (representada por el patrimonio). En definitiva, "el bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación" [112]. Sin embargo, suele presentarse supuestos donde el objeto de la acción es de naturaleza inmaterial, siendo dificultosa la diferenciación entre bien jurídico y objeto de la acción. Ejemplo: *injuria* (artículo 130, Código penal).

685. Diferencia entre objeto de la acción y bien jurídico

Se distinguen tres clases de objeto de la acción [113]: personal, real y fenomenológico. **Objeto personal** se refiere a la persona como el objeto sobre la que va a recaer la acción típica. Muchas veces coincide con el sujeto pasivo. Por ejemplo, en los casos de homicidio, el sujeto pasivo viene a ser la víctima pero a la vez es la persona sobre la que recae la acción de matar. **Objeto real** se refiere a las cosas u objetos inanimados donde la acción va a recaer de manera material. Ejemplo: en los delitos de hurto y robo el objeto material será el bien mueble. **Objeto fenomenológico** se identifica a los fenómenos jurídicos, naturales o sociales sobre los cuales se concreta la violación del interés jurídicamente protegido [114]. Ejemplo: un "servicio que utilice una marca no registrada

686. Clases de objeto de acción

---

[110] REYES ECHANDÍA, 1989, p. 109.

[111] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 278; DE LA CUESTA AGUADO, 1996, pp. 98-99; RODRÍGUEZ DEVESA, 1991, p. 398.

[112] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 278.

[113] REYES ECHANDÍA, 1989, p. 109.

[114] *Ibidem*, p. 110.

idéntica o similar a una marca registrada en el país" (artículo 222, inciso f, Código penal), "un proceso electoral" (artículo 354, Código penal), "ambiente natural" o "paisaje urbano o rural" (artículo 313, Código penal).

§43. Imputación objetiva

a. Causalidad

La conducta humana causa un resultado. Sólo el resultado que provenga de ella tendrá significación jurídico-penal. Para tipificar una conducta a un tipo legal, es necesario comprobar la relación existente entre esta conducta y el resultado típico, confirmando con ello que una es la concreción de la otra [115], es decir, existe una relación suficiente entre ellas [116]. Sólo en pocas infracciones se plantea esta problemática, principalmente en homicidios, lesiones, incendios. Por ello, no debe sobrevalorarse [117] el papel de la **causalidad**.

687. Causalidad

Constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado a dicha acción. Como vemos, un primer momento consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo momento será la comprobación de un vínculo jurídico entre la acción y el resultado [118]. Este no es más que "el juicio normativo de la imputación objetiva" [119], en relación con los delitos de resultado.

688. Causalidad e imputación

Jurisprudencia:

"En todo delito de resultado se requiere, como primer nivel de análisis, que se verifique un nexo de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y la producción del resultado; lo que no se advierte, en el presente caso, en base al material probatorio, en el sentido de que en la oficina, propiedad de la procesada, se localice el desperfecto de los servicios higiénicos que hayan producido el deterioro del techo del baño de la propiedad de la agraviada" [120].

---

[115] Bacigalupo, 1998, p. 172. Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 242.

[116] Jescheck/Weigend, 2002, p. 297.

[117] Maurach, 1962, I, p. 223.

[118] Cfr. De la Cuesta Aguado, 1996, p. 108.

[119] *Ibidem*, pp. 108-109.

[120] Ejecutoria del 2 de octubre de 1998, Exp. 3479-98 Lima, **en** Rojas Vargas, 2000a, pp. 477-479.

Con anterioridad, la causalidad era planteada como una problemática fuera del ámbito de la teoría del tipo. Los autores nacionales sistemáticamente ubicaron a la causalidad como elemento de la acción [121], pero en la actualidad, es preponderante la identificación de la relación de causalidad como presupuesto del *tipo objetivo* [122]. "Para llegar a este punto ha sido preciso asumir que la conducta humana es valorada en los tipos penales en su totalidad, lo que significa que la capacidad causal de los actos del hombre ha sido también considerada, y por ello no es típica cualquier causación de un resultado, sino sólo las causaciones que forman parte inescindible de un comportamiento injusto" [123].

689. Causalidad como presupuesto del tipo objetivo

690. Teorías de la causalidad

Muchas opiniones se han ensayado sobre la *naturaleza* de la causalidad [124], pero en la práctica las más conocidas son la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia típica.

a.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

A nuestro criterio el método más apropiado es el que proporciona la **teoría de la equivalencia de las condiciones**, propuesta por el procesalista Julius GLASER y desarrollada posteriormente por el magistrado alemán M. von BURI quien lo llevó a la práctica. Viene a ser la expresión máxima de las denominadas teorías generalizadoras. De acuerdo con esta teoría, todas las condiciones que concurren en un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Una condición es causa del resultado si suprimiéndola mentalmente, el resultado no se hubiera producido (fórmula de la supresión hipotética o de la ***conditio sine qua non***). Ejemplo: si mentalmente suprimimos el disparo del arma de fuego, la muerte del sujeto no se producía.

691. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Estas formulaciones sólo permiten comprobar la existencia del nexo causal cuando la investigación científica ha logrado descubrir la ley causal correspondiente. En el supuesto inverso no podrá constatarse la relación causal o ésta será muy controvertida como en el *Caso Contergan*: hasta principios de los años setenta todavía se discutía si la talidomida contenida en el somnífero Contergan, había originado las lesiones cerebrales y

692. *Conditio sine qua non*

---

[121] BRAMONT ARIAS, 1978, p. 329; HURTADO POZO, 1987, pp. 341 y ss.

[122] HURTADO POZO, 2005, pp. 420 y ss.; PEÑA CABRERA, 1997, pp. 302 y ss.; VILLA STEIN, 1998, pp. 218 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 133; BRAMONT ARIAS, L. A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2001, p. 34.

[123] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 319.

[124] *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, 1951, pp. 434 y ss.

deformaciones en fetos cuyas madres los consumieron durante una determinada etapa de la gestación. Se considera relevante a efectos penales la comprobación del nexo causal, desde el punto de vista de las ciencias naturales. Así, esta teoría tiene la peculiaridad de no permitir la determinación de un nexo causal no conocido [125].

693. Críticas a la teoría de la equivalencia de condiciones

Si bien, podemos rescatar de esta teoría la ventaja de no dejar vacíos "ni lagunas jurídicas al igualar causa a condición" [126], las *críticas* a la teoría de la equivalencia se han dirigido a su indeterminada extensión y amplitud, ya que al considerarse equivalentes todas las condiciones, se genera una cadena causal infinita (v. gr. la conducta de los trabajadores de una fábrica de explosivos estaría en relación causal con todos los resultados delictivos que se realizaran con el uso de sus productos). Para los autores que trabajan con un tipo complejo (objetivo-subjetivo) no existe mayor problema pues los límites de la causalidad típicamente relevante serían precisados en el tipo subjetivo o en la determinación de la imputación objetiva.

a.2. Antecedentes a la imputación objetiva (teorías individualizadoras)

694. Teoría individualizadoras de la causalidad

Ante la insatisfacción de la concurrencia de varias condiciones como causas de la producción de un resultado, surgen las **teorías individualizadoras,** cuya pretensión limitadora se dirige a la búsqueda, entre las diferentes condiciones concurrentes, a aquella que sea determinante en la producción del resultado. Todos estos criterios son agrupados por la búsqueda de una **condición eficaz**, que cuente con la mayor intensidad en relación a la producción del resultado [127]. Las teorías individualizadoras más conocidas son de la causalidad adecuada y de la relevancia típica, las que en la actualidad han caído en desuso.

a.2.1. Teoría de la causalidad adecuada

695. Teoría de la causalidad adecuada

De los intentos para limitar la fórmula de la equivalencia –en especial, dentro del ámbito de los delitos cualificados por el resultado [128]–, el más difundido es el de la **teoría de la causalidad adecuada**, formulado por el fisiólogo de Friburgo J. von KRIES sobre la base de los estudios de von BAR; que surge como un perfeccionamiento a las teorías individualizadoras. De acuerdo a ella se "requiere que el resultado causado

---

[125] STRATENWERTH, 2005, p. 148, num. 18. Sobre la posible imputación del resultado por el producto, *vid.* num. 723.

[126] DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 111.

[127] Cfr. REYES ALVARADO, 1994, p. 21.

[128] BUSTOS/LARRAURI, 1989, p. 54; DONNA, 1995, p. 34.

por el autor fuese hasta cierto punto probable al realizarse la acción para que ésta pueda contemplarse como causa del resultado. La condición ha de ser adecuada al resultado y sólo lo son aquellas condiciones típicamente apropiadas para producir el resultado" [129]. Ejemplo: una lesión leve no es adecuada para matar, tampoco una bofetada, salvo que se presenten calidades especiales en la víctima (v. gr. hemofilia).

Jurisprudencia:

"La producción de fuego es causalmente adecuada, e independientemente de la generación de factores concomitantes, para la producción del resultado fatal" [130].

696. Causalidad adecuada: experiencia común

Esta teoría busca mayores precisiones de la relación de causalidad, y para ello establece, que no toda condición viene a ser causa determinante del resultado, sino sólo aquellas que de acuerdo con la **experiencia común**, generalmente pueden ocasionar el resultado. Ejemplo: la ingesta de una sustancia tóxica, nos indica por experiencia habitual que es idónea para producir la muerte. Se introduce un criterio valorativo (la experiencia común) frente al amplio criterio naturalístico de la teoría anterior, logrando restringir el concepto de causalidad a la causalidad jurídico-penalmente relevante [131].

697. Causalidad adecuada como antecedente a la imputación objetiva

Las conclusiones a que se arriba con esta teoría de la causalidad adecuada, significa la desnaturalización del concepto de causalidad negando la existencia de un vínculo causal donde este existe [132]. En un principio, se le confundió como una teoría de la causalidad. Actualmente, de acuerdo a los criterios de las ciencias naturales, se afirma que no constituye una teoría de la causalidad [133]. En realidad, esta fórmula es una teoría de la imputación objetiva [134], es decir, de límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad [135].

a.2.2. Teoría de la relevancia típica

698. Teoría de la relevancia típica

Esta teoría fue planteada por E. MEZGER (1931), constituyéndose en la corrección de la causalidad natural con propósitos adaptativos a los requerimientos del Derecho Penal. Se establece que la verificación de la relación de causalidad no basta para fundamentar la responsabilidad penal sino que se requiere además la **relevancia jurídico-penal**. Si bien todas las condiciones, en sentido naturalístico nos pueden llevar al resultado, en sentido jurídico-penal, esto no es así. La relación causal por sí sola no es

---

[129] JESCHECK, 1981, I, pp. 386-387.

[130] Sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004, fundamento vigésimo quinto.

[131] Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 173.

[132] GIMBERNAT, 1981, pp. 139. Cf. MEZGER, 1946, I, pp. 237.

[133] *Vid.* HURTADO POZO, 2005, p. 430, num. 1127.

[134] *Infra* núms. margs. 700 y ss.

[135] MIR PUIG, 2004, p. 253, num. 46. Es un método de delimitación de la imputación objetiva (*Vid.* JESCHECK, 1981, I, p. 388).

lo suficientemente idónea para explicar la responsabilidad por el resultado, sino que debe existir cuando el resultado aparezca conectado causalmente con el acto de voluntad del autor [136]. "La equivalencia causal de las fracciones causales no trae, pues, consigo equivalencia jurídica. Entre la causalidad de la acción y el problema de la culpabilidad jurídico-penal, está situada, como requisito indispensable, la tipicidad del resultado" [137]. Por lo tanto, el nexo causal tiene que ser jurídicamente relevante para que se logre el nexo de responsabilidad [138]. Con ello, la teoría de la relevancia distingue claramente entre concepto causal y concepto de responsabilidad [139]. Luego de comprobada la causalidad natural, el siguiente paso se dará, de acuerdo, no a un juicio de probabilidad, sino una verificación típica de dicho nexo causal partiendo de la interpretación típica, según sea cada caso [140]. Si bien no alcanzó a explicar con qué criterios debía determinarse dicha relevancia, en base a los postulados de esta teoría, se establece un puente entre las teorías de la relación de causalidad y las teorías de la imputación objetiva, distinguiéndose así dos etapas en la causalidad en general: la causal y la normativa [141].

b. Imputación objetiva

699. Imputación objetiva y tipo objetivo

En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica [142], es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado. Así, por este camino se plantea una equiparación entre imputación objetiva a toda la imputación del aspecto objetivo del tipo [143]. Por

[136] Donna, 1995, p. 33.

[137] Mezger, 1958, p. 113.

[138] Cfr. De la Cuesta Aguado, 1996, p. 119. Cfr. Donna, 1995, p. 34.

[139] Mezger, 1958, p. 113.

[140] "La teoría de la relevancia no es sólo una teoría de la adecuación con otro nombre; en efecto, esta última no tiene en cuenta el punto de vista jurídicamente decisivo de la tipicidad jurídico-penal" (Mezger, 1958, p. 114).

[141] Cfr. Velásquez Velásquez, 2002, p. 266.

[142] Inicialmente existían discrepancias en la ubicación del estudio de la moderna teoría de la imputación objetiva: algunos en el tipo (el concepto de imputación objetiva es tenido como criterio central en Gómez Benítez, 1987, pp. 109. Mir Puig, 1985, pp. 189 y ss. *Vid.* Gimbernat, 1988, p. 81), otros en la antijuridicidad (Bustos, 1984, pp. 227-230. *Vid.* Torío López, 1986, pp. 33 y ss.).

[143] Cancio Meliá, 2001a, p. 64. *Vid.*, Frisch, 1995; Jakobs, 2001. *Vid.* también Mir Puig: *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, en http:/crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf, p. 9 (citado el 23.12.2005). Hurtado Pozo plantea que "conviene permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva" (2005, p. 433, num. 1136).

otro lado, se considera que la imputación objetiva es una exigencia producto del principio de culpabilidad [144].

La **imputación objetiva** *(Haftung)* [145] no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo de la misma, sino que es una exigencia general de la realización típica [146]. En este sentido, la causalidad entre una acción y su resultado sólo puede constituir una parte del elemento "imputación objetiva". La causalidad va implícita en ese juicio de imputación [147]. Un primer límite mínimo para la realización típica es la causalidad natural. Luego, seguirá la realización de los restantes presupuestos de la imputación objetiva [148]. La jurisprudencia nacional considera también que no basta con el nexo causal sino que se requiere además de la imputación objetiva:

700. Teoría de la imputación objetiva

> "El recurrente niega erróneamente la afirmación de un nexo causal entre su conducta y el resultado dañoso producido, cuando señala que la muerte de las

---

[144] *Vid.* ROXIN, 1999, p. 219, num. 56. MIR PUIG: *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, en http:/crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf, p. 11 (citado 23.12-2005).

[145] La imputación objetiva ubica sus antecedentes en los postulados de la teoría de la relevancia típica, donde buscaron bases jurídicas y no naturales en la relación de acción y resultado. Se parte del pensamiento filosófico de HEGEL (el idealismo crítico), que luego será desarrollado como precedente de la imputación objetiva por Karl LARENZ y Richard HÖNIG (Cfr. BUSTOS/LARRAURI, 1989, p. 65; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 168). Karl LARENZ (1927), siguiendo la filosofía hegeliana, determina que la imputación objetiva sólo puede afirmarse como la voluntad que permite la atribución de un acto como propio. Distinguiéndolo de los simples accidentes, LARENZ acogió el principio del promedio del hombre prudente de la teoría de la adecuación, remitiendo las características concretas del autor a la culpabilidad (ZAFFARONI ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 442). RICHARD HÖNIG (1930), siguiendo los postulados de LARENZ pero libre de marcos filosóficos, establece una imputación más identificada como una obra humana, siendo esto lo que realmente le importa al derecho y a los tipos penales. Lo que caracteriza a una persona es la configuración de su voluntad en el mundo exterior, de tal manera que sólo se puede considerar un resultado si es la consecuencia de una manifestación de la voluntad que controla un curso causal. Viéndolo así, HÖNIG sostiene que la imputación objetiva va a depender de lo que el individuo haya dispuesto finalmente (Cfr. FRISCH, 2000, p. 23; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 442). Con ello, HÖNIG rechaza al resultado si deviene de meros nexos causales que pueden resultar inadecuados. Luego de los planteamientos de los anteriores autores, la imputación objetiva ingresa a una amplia decadencia en la segunda mitad del siglo XX, que se termina en la década de los sesenta y comienza a resurgir con mayor fuerza hasta la actualidad. *Vid.* la imputación objetiva en la literatura italiana: FIANDACA/MUSCO, 1995, p. 213.

[146] MIR PUIG, 2004, p. 254, num. 47.

[147] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 93.

[148] ROXIN, 1999, p. 346.

víctimas no se produjo por quemaduras, sino por asfixia de gases tóxicos. Se queda con ello en el plano de la causalidad natural. Lo relevante no es la comprobación de la conexión directa de la conducta del agente con el resultado lesivo, sino si a esta puede objetivamente imputársele la producción del resultado" [149]. En otro caso: "El derecho penal requiere para que una conducta humana sea reprochable, que el ataque al bien jurídico sea objetivamente imputable al autor del comportamiento típico, es decir, no basta con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario, además, que dicho resultado pueda serle atribuido objetivamente a él" [150].

701. Criterios de la imputación objetiva

Luego de verificada la causalidad natural, la imputación requiere comprobar, *primero*, si la acción ha creado un **peligro jurídicamente desaprobado** [151] y, *segundo*, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva [152].

---

[149] Sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004, fundamento vigésimo quinto.

[150] Ejecutoria del 24 de noviembre de 1998, Exp. 4034-98 **en** Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, 1999, p. 106. Otras jurisprudencias: *"La relación de causalidad entre al conducta y el resultado lesivo no es suficiente para deducir responsabilidad penal por dicho resultado"*. Ejecutoria Superior del 30 de enero de 1997, Exp. 5445-97 **en** Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, 2000, pp. 134-136. *"Con la teoría de la imputación objetiva (...) sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar este resultado al autor de la acción"*. Ejecutoria del 24 de abril de 1998, Exp. 550-98 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 5, Nº 15, diciembre 1999, pp. 99-98.

[151] El centro del juicio de la imputación objetiva reside en la existencia de un riesgo no permitido. La producción de un riesgo no permitido es un presupuesto implícito en la acción (Berdugo *et al.*, 1999, p. 169). El contenido de dicho riesgo supone la posibilidad objetiva de pretender la realización típica (*loc. cit.*). Es un desvalor intersubjetivo de la conducta que no debe de confundirse con la finalidad subjetiva. No es más que una finalidad objetiva que pretende una posibilidad de dominio o control del curso causal por parte del sujeto activo (Cfr. *loc. cit. Vid.* también Mir Puig, 2004, p. 254, num. 48). Su identificación debe de practicarse *ex ante*, es decir, en el momento en el cual se comienza a ejecutar la conducta riesgosa (Bacigalupo, 1998, p. 191). Jurisprudencia: *"El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción"*. Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. 8653-97 **en** Rojas Vargas, 1999, p. 628.

[152] Cfr. Roxin, 1999, p. 364, num. 41.

Jurisprudencia:

"De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado; que en el presente proceso es del caso absolver al quedar demostrado la licitud del contrato de compraventa suscrito entre el sentenciado y el agraviado, sin que se infiera que la disposición patrimonial haya sido a consecuencia de un error inducido por el encausado" (153).

702. Imputación objetiva de la conducta y del resultado

A partir de estos dos principios es posible diferenciar entre **imputación objetiva de la conducta** e **imputación objetiva del resultado**. En este sentido, la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* y la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad debe apreciarse *ex post* (154).

b.1. Imputación objetiva de la conducta

703. Imputación objetiva de la conducta

Comprobada la causalidad natural, es posible excluir la imputación objetiva verificando si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado, aplicando cualquiera de los siguientes principios.

b.1.1. Riesgo permitido

El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del **riesgo permitido (socialmente adecuado)**, pues de lo contrario se excluiría la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente. Por ello, no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta. "No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción" (155). Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellos implican, pero de darse el caso que el individuo rebase más allá el riesgo de lo que socialmente es permisible o tolerable, el resultado ocasionado debe ser imputado al tipo objetivo.

704. Riesgo permitido

"En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para po-

---

(153) R. N. 1767-97 **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 120. Otra jurisprudencia: *"Mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y con mayor razón sin haber obrado con dolo o culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría violar el principio de culpabilidad"*. Ejecutoria Suprema del 3 de junio de 1998, Exp. 6239-97, Ancash **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 133.

(154) MIR PUIG, 2004, p. 254, num. 48.

(155) BACIGALUPO, 1998, p. 188.

705. Riesgo permitido y protección de bienes jurídicos

der hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado" [156] [157]. Ejemplo: la construcción de una "vía expresa" en la ciudad implica peligro pero no por ello debe prohibírsele.

706. Ubicación sistemática del riesgo permitido

Sobre el contenido jurídico-penal y la ubicación sistemática del riesgo permitido, "un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social, cargándolo con todas las polémicas que ya casi le han vuelto a privar a ese instituto jurídico del reconocimiento que en otros tiempos tuvo (...). Otro sector lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riego permitido en los delitos dolosos; y entonces sólo se reconoce como causa de justificación de delitos imprudentes" [158]. Por nuestra parte, entendemos al riesgo permitido como una causal de exclusión de la imputación objetiva del tipo penal, como "una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida" [159].

707. Determinación del riesgo permitido

En la mayoría de los casos el riesgo permitido se encuentra regulado normativamente (ejemplo: tráfico automotor, funcionamiento de industrias, prácticas deportivas, etc.), pero en otros, donde se carece de dicha regulación (ejemplo: *lex artis* de la actividad médica, construcción, cuidado de niños, etc.), la determinación del riesgo permitido dependerá del juicio de ponderación de bienes jurídicos que se haga [160]. Por otro lado, también deben incluirse aquellos casos en los que el elemento preponderante es la "normalidad social" de la conducta que genera el riesgo [161]. Ejemplo: el sobrino que con el propósito que el tío muera lo envía a pasear bajo una tormenta.

---

[156] JAKOBS, 2001, p. 27.

[157] Las tradiciones de una determinada sociedad ha jugado un papel importante en relación a la permisibilidad de ciertos riesgos, a tal grado que se han convertido en costumbres (*loc. cit.*).

[158] ROXIN, 1999, p. 371, num. 55. *Vid.* JAKOBS, 1995, pp. 245 y ss.

[159] ROXIN, 1999, p. 371, num. 56.

[160] Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 190.

[161] CANCIO MELÍA en DÍAZ-ARANDA/CANCIO MELÍA, 2004, p. 23.

708. Aumento del riesgo permitido

Además, es posible que se presenten supuestos de **aumento del riesgo permitido** que sí admiten la imputación. Por ejemplo, el legislador permite que en la actividad de establecimientos peligrosos, en casos de utilidad social, tráfico moderno, se corra un riesgo hasta un cierto límite y sólo podrá haber imputación si la conducta del agente significa un aumento del riesgo permitido [162].

b.1.2. Disminución del riesgo

También se excluye la imputación cuando medie **disminución del riesgo**. En estos casos el agente "obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor" [163]. Con la modificación del curso causal por parte del sujeto activo se disminuye el peligro y con ello se mejora la situación del bien jurídico. Ejemplo: El que busca desviar un objeto pesado que cae en dirección a la cabeza de otro, pero sólo consigue desviarlo a otra parte de su cuerpo [164]. Por lo tanto, hay que excluir la imputación de la conducta, porque sería algo absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido [165]. Lo problemático está en qué medida el sujeto reduce el riesgo. Exigirle al sujeto que optimice sus posibilidades de protección estará en función a si el autor es garante o no de la protección al bien jurídico, por ello, parece razonable que en dichos supuestos opere el consentimiento presunto [166].

709. Disminución del riesgo

b.1.3. Riesgo insignificante

710. Riesgo insignificante

Existen supuestos en los que *ex ante* no se da un riesgo suficiente o significante. Este principio implica la falta de significación social de la conducta y la no punibilidad surge desde el bien jurídico protegido y se

---

[162] ROXIN, 1976, p. 133.

[163] BACIGALUPO, 1998, p. 190.

[164] "Este ejemplo puede resultar discutible si se entiende que la desviación del golpe no sólo disminuye un riesgo para el bien jurídico de la vida, sino que también crea un riesgo en otro bien jurídico *distinto*, como el de la salud e integridad física. Podría, entonces, resolverse el caso afirmando la imputación objetiva de la lesión y apreciando a continuación la eximente de estado de necesidad. En cambio, la negación de la imputación objetiva podrá mantenerse si se contempla la lesión a la salud o integridad física no como un *aliud*, sino como un *minus* respecto a la muerte de la misma persona" (MIR PUIG, 2004, p. 255, num. 51).

[165] Cfr. ROXIN, 1999, pp. 365-366, num. 43.

[166] BACIGALUPO, 1998, p. 191.

extiende a la estructura de los tipos penales. Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación [167]. "La exclusión de la tipicidad penal no procede en estos casos de que no pueda establecerse la conexión necesaria entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendido el contexto en que se produce" [168]. Ejemplo: el que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo o en un ascensor, no comete delito de secuestro (artículo 152, Código penal).

b.1.4. Principio de confianza

No cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. Quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que, quienes participan con él, van a actuar correctamente conforme a las reglas preexistentes. Ejemplo: el médico cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención, haya sido esterilizado por el personal sanitario. Es requerible este principio sólo si el sujeto "que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso" [169]. Debe agregarse que este principio de confianza no estaría sólo limitado al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, pues también es posible en los delitos dolosos [170]. Sin embargo, no todos coinciden en que este principio forma parte de la teoría de la imputación objetiva y que, en

711. Principio de confianza

[167] Sobre el principio de la insignificancia, con diferentes fundamentos. ROXIN, 1972, p. 53. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 372 (atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación). WELZEL (1976, p. 84) incluye las lesiones insignificantes, privaciones de libertad irrelevantes, juegos en pequeñas cantidades, entrega de regalos de escaso valor para año nuevo, etc. en el desarrollo de su teoría de la adecuación social. MIR PUIG las separa, "porque no supone la total aprobación social de la conducta, sino solo una relativa tolerancia de las mismas por su escasa gravedad" y coloca como ejemplos las faltas deportivas, empujones y molestias en los transportes, etc. (1985, p. 461).

[168] MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, en http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf, p. 16 (citado el 23.12.2005).

[169] JAKOBS, 1995, p. 254.

[170] BACIGALUPO, 2004, p. 269.

realidad, sirve exclusivamente para la determinación y limitación de los deberes de cuidado no establecidos positivamente [171].

712. Principio de confianza y contactos anónimos

Resulta necesario una división del trabajo para que "cada participante no tenga que controlar todas las posibilidades de influencia, sino sólo determinadas, y éstas sólo con atención no dividida" [172]. Siendo así decaería la posibilidad de confianza permitida, por ejemplo, cuando al competente en sí le falte el conocimiento de las reglas o la posibilidad de seguirlas, o cuando es función de un participante compensar el comportamiento defectuoso de otros [173]. Tiene importancia práctica ante los constantes *contactos anónimos*, donde las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que desconocemos y en actividades o trabajos peligrosos que se basan en un reparto de funciones en beneficio social. "El principio de confianza no sólo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos" [174].

b.1.5. Prohibición de regreso

713. Prohibición de regreso

Esta teoría ha evolucionado desde la antigua formulación de la prohibición de regreso entendida como una "condición previa" para limitar a la causalidad, hasta su actual formulación en el marco de la imputación objetiva [175]. En su formulación anterior se trataba de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso [176]. En la actualidad, la prohibición de regreso se constituye como 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 [177]. Ejemplo: el

---

[171] PUPPE, 2003, p. 200. *Vid.* el papel de este principio en los delitos imprudentes: *infra* núm. marg. 837.

[172] JAKOBS, 1995, p. 255, num. 53.

[173] *Ibidem*, num. 54.

[174] FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pp. 300-301.

[175] Véase la evolución histórica de la prohibición de regreso: REYES ALVARADO, 1994, pp. 320-330. Sobre la reformulación de la prohibición de regreso y su actual importancia en la teoría de la imputación jurídico-penal, véase CARO JOHN, 2003.

[176] CANCIO MELIÁ, **en** DÍAZ-ARANDA/CANCIO MELIÁ, 2004, p. 24. *Vid.* CANCIO MELIÁ, 2001, p. 327; CARO JOHN, 2003, p. 73; HURTADO POZO, 2005, num. 1115, 2326.

[177] JAKOBS, 2001, p. 30. *Vid.* GARCÍA CAVERO, 2003, p. 425; IDEM, 2005, pp. 66-67.

comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina no quebranta su rol aunque el comprador le exprese que lo usará para cometer un homicidio [178]. Por otro lado, los *conocimientos especiales* (entrenamiento, formación especiales) que pueda tener el sujeto no han de tomarse en cuenta [179]. Ejemplo: un estudiante con conocimientos avanzados de biología que en sus ratos libres trabaja como mozo en un restaurante y al momento de servir un menú, se percata de la existencia de una sustancia venenosa y a pesar de ello lo sirve.

Jurisprudencia:

"Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino sólo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno" [180].

714. Conducta neutral e infracción de deber de solidaridad mínima

La teoría de la prohibición de regreso se relaciona con la participación en las que se desarrollan diferentes supuestos [181]. En todo caso, sólo de un modo subsidiario puede surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el aporte neutral favorezca una situación de peligro a un tercero o a la colectividad, que puede entenderse como una infracción de un *deber de solidaridad mínima* que se expresaría como un delito de omisión de auxilio (artículo 127, Código penal) u omisión de denuncia (artículo 407, Código penal) [182].

---

[178] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 397: *vid.* la distinción entre roles banales y no banales.

[179] JAKOBS, 2001, p. 64.

[180] Ejecutoria Suprema del 25 de noviembre del 2004, R. N. 552-2004 Puno, considerando tercero.

[181] *Vid. infra* núms. margs. 1138-1143.

[182] Cfr. CARO JOHN, 2004a, p. 105. *Vid.* JAKOBS, 2001, p. 59. GARCÍA CAVERO (2005, p. 71) precisa que la afirmación del carácter socialmente adecuado de una aportación no anula otros deberes existentes que pueden originar responsabilidad penal: le exis-

b.1.6. Ámbito de responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)

715. Ámbito de competencia de la víctima

Existirá imputación al ámbito de competencia de la víctima, si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido [183]. Ejemplo: quien entrega una sustancia peligrosa y el que lo recibe la consume y se ve afectado en su salud. La jurisprudencia nacional, excluye de la imputación objetiva los supuestos en los que la creación del riesgo no recae en manos del sujeto activo sino de los mismos sujetos pasivos [184]:

> "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 jurídicamente 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" [185].

b.2. Imputación objetiva del resultado

716. Imputación objetiva del resultado

Los criterios normativos señalados por la teoría de la imputación objetiva no sólo están referidos a la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también ofrece reglas para precisar que, luego que se haya afirmado que la conducta es típica, en qué supuestos el resultado producido

---

te alguna posición de garante, otra competencia por organización (introducción de un riesgo especial) o institucional (confianza especial) o deberes de solidaridad mínima (omisión de deber de socorro).

[183] Cfr. JAKOBS, 2001, p. 32. *Vid.* CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 284 y ss.

[184] Especialmente en los delitos imprudentes, *vid. infra* núm. marg. 839.

[185] Ejecutoria Suprema del 13 de abril de 1998, Exp. 4288-97 Ancash **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 99. Otra jurisprudencia: *"El accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que éste se encontraba, el que según el Certificado del Dosaje Etílico (...) alcanzaba los dos puntos cincuenta g/l unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues por lo contrario está demostrado que conducía de acuerdo a las reglas de tránsito".* Ejecutoria Superior del 25 de febrero de 1997, Exp. 1789-96 Lima **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 95.

puede ser imputado a la conducta (*imputación objetiva del resultado* o *imputación objetiva en sentido estricto*). De lo que se trata es de explicar el resultado que se ha producido y sólo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando ésta sea su factor causal determinante, de manera que adquiere importancia el análisis cuando, a lado de la conducta típica, concurre otra explicación alterna como podría ser un accidente o la conducta de un tercero [186].

b.2.1. Relación de riesgo

El presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta, sin embargo tampoco es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellas [187]. Así, el resultado causado debe verse como realización del riesgo inherente a la conducta. Además de la relación de causalidad, se requiere una **relación de riesgo** entre la conducta y el resultado [188]. Es posible negar la imputación objetiva en supuestos en que a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto (**riesgos concurrentes**): Ejemplo: el que dispara a matar a otro y sólo lo lesiona, y luego producto de un incendio muere en el hospital [189].

717. Relación de riesgo

b.2.2. Nexos causales desviados

En los **nexos causales desviados** lo que importa es verificar si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del riesgo en el resultado, no lo que él se haya imaginado sobre las consecuencias de su conducta [190]. Ejemplo: el que hace caer a otra persona al mar para que muera ahogado, pero al precipitarse se golpea la cabeza en una roca y fallece. En este supuesto habrá

718. Nexos causales desviados

---

[186] Cancio Meliá, **en** Díaz-Aranda/Cancio Meliá, 2004, pp. 32-33.

[187] García Cavero, 2003, p. 447.

[188] Mir Puig, 2004, p. 257, num. 58.

[189] Se excluye la imputación si falta la realización del peligro. El peligro debe darse en el resultado. Si ocurre que el resultado se genera no por la producción del peligro sino por un mero nexo de causalidad, no habrá imputación (Cfr. Roxin, 1999, p. 373, num. 59). "El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor" (*Loc. cit.*).

[190] Bacigalupo, 1998, p. 197. Aquí la problemática no es tanto el error sino la realización del riesgo en el resultado (*Loc. cit.*).

imputación. Criterio similar se puede utilizar en los supuestos de *extrema rareza del acontecer* [191].

b.2.3. Interrupción del nexo causal

Resulta relevante, a efectos de la imputación objetiva, las modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando esta genere un aumento o anticipe en el tiempo el resultado, mediante la intensificación del peligro [192]. Se trata de los supuestos de **interrupción del nexo causal** por acciones humanas autónomas. Ejemplo: la víctima herida mortalmente que recibe un nuevo disparo de un tercero, y a consecuencia de éste, fallece. "Se produce en estos casos una desviación del curso causal que, en cuanto no quepa contar él *ex ante*, no puede imputarse a la conducta inicial, por mucho que éste entrañara un riesgo suficiente de causar la muerte de otro modo" [193].

719. Interrupción del nexo causal

b.2.4. Resultados producidos a largo plazo

Son varios los supuestos de los resultados producidos a largo plazo [194]: *Primero*, casos de "**daños permanentes**" (*Dauerschaden*) en los que tras una primera lesión se produce un daño permanente que origina una consecuencia lesiva ulterior. Ejemplo: quien causa una lesión grave a un cambista, que le inhabilita a caminar y años después, esta persona, al ser asaltada en la vía pública, y ante su imposibilidad de huir, es ejecutada por los asaltantes. *Segundo*, los llamados "**daños sobrevenidos**" (*Folgenverletzungen*) en los que el resultado está co-determinado por la persistencia de una lesión inicial no curada y un factor causal externo. Ejemplo: el paciente que ingresa en el hospital con una intoxicación vitamínica originada por un error de un farmacéutico y fallece de una gripe contraída en aquel nosocomio. *Tercero*, casos de "**resultados tardíos**" (*Spätfolgen*) en los que la víctima sufre daños que acortan su expectativa de vida. Ejemplo: sujetos víctimas de transmisión del virus del SIDA, supuestos en los que se discute si es posible imputar al que provocó el contagio, no sólo la enfermedad si no el posterior resultado muerte hacia el que la víctima evoluciona.

720. Resultados producidos a largo plazo

Creemos que en los dos primeros casos se excluye la imputación del resultado, pues lo contrario implica ampliar excesivamente el ámbito de la

---

[191] BACIGALUPO, 1998, p. 197.

[192] ROXIN, 1999, p. 369, num. 51.

[193] MIR PUIG, 2004, pp. 257-258, num. 59.

[194] GÓMEZ RIVERO, 1998, pp. 17-18.

punibilidad hasta incluso alcanzar resultados sólo fundamentables con una explicación inequívocamente versarista que responsabilice al primer agente de cualquier consecuencia vinculada causalmente a su conducta [195]. En el caso de los resultados tardíos, que presentan una complejidad mayor, se afirma la imputación del primer acto (por tentativa o por imprudencia) [196], pero es muy discutido si se podrá imputar el efecto tardío, pues ello dependerá de si se trata de riesgo a la vida que afecta a la víctima o si ésta ha omitido adoptar medidas de protección (en cuyo caso asumirá el riesgo de daños posteriores), de si se trata de supuestos en los que la aparición de la consecuencia tardía no supone la posibilidad de adoptar dichas medidas o no sean exigibles a la víctima, hipótesis en el que sí se podrá imputar el resultado al causante del daño original [197]. Sin embargo, el transcurso del tiempo puede hacer *imprácticа* esta solución (cosa juzgada, prescripción, etc.) [198].

721. Soluciones a los resultados producidos a largo plazo

b.2.5.Fin de protección de la norma penal

Para la configuración de la imputación, es necesario identificar que el resultado generado por el peligro, se halle presente en el tipo penal. El resultado debe estar comprendido dentro del **fin de protección de la norma penal** donde se va a prever las conductas delictivas [199]. Ejemplo: el sujeto que mata a otro y la anciana madre de la víctima, al recibir la noticia de su muerte, fallece de una falla cardiaca. La muerte de la madre no le es imputable objetivamente al autor pues "la norma penal que tipifica el delito de homicidio pretende proteger la vida, pero solo en una esfera

722. Fin de protección de la norma

---

[195] *Ibidem*, p. 46. Cfr. Bacigalupo, 1998, p. 197.

[196] *Vid.* sobre la responsabilidad del autor en los casos de producción del resultado tardío y las posibilidades de apreciar la tentativa en los procesos causales a largo plazo: Gómez Rivero, 1998, pp. 80 y ss. Rechaza la responsabilidad por tentativa: Vásquez Shimajuko, 2004, p. 97.

[197] Jakobs, 1995, p. 277, num. 81.

[198] "Que no podamos imputar efectos tardíos por un tiempo indefinido tiene su razón, por tanto, no en un criterio de Justicia, sino únicamente en la conclusión práctica del conflicto. No es una cuestión de principio, sino una consecuencia procesal inevitable del carácter de cosa juzgada de la sentencia" (Puppe, 2003, p. 262). Esta autora precisa que resulta legítimo dejarlo al azar, como ocurre en otros supuestos de cosa juzgada, de manera que si el autor es condenado en sentencia firme por tentativa o por imprudencia del primer daño antes que aparezca el resultado tardío, habrá tenido suerte; sin embargo, si el autor fuere detenido después de la muerte de la víctima no habría razón para no condenar al autor por un homicidio consumado (*Loc. cit.*).

[199] Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 231.

de inmediatez con las acciones típicas" [200]. En consecuencia, la muerte de la anciana queda fuera de la esfera de protección de la norma. También es posible utilizar este criterio en los supuestos que el riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando este se produce por un riesgo general normal (ejemplo: el lesionado por otro que muere en el incendio del hospital) y cuando el riesgo no permitido se produce más tarde sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada por éste (ejemplo: quien se pasa una luz roja y a dos cuadras de distancia atropella a otro causándole lesiones, en el momento en que ya conducía conforme al reglamento de tránsito) [201].

b.2.6. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto

723. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto

La responsabilidad penal por el producto corresponde a los supuestos de comercialización de ciertos productos peligrosos para la salud, cuyo resultado puede identificar dos momentos [202]: cuando el producto peligroso es ofrecido en el mercado (artículo 288, Código penal) y cuando el producto ya ha sido utilizado y se ha causado lesiones o muertes dolosas o imprudentes. Así, estas *situaciones excepcionales*, marcadas por la complejidad de la elaboración y distribución de un determinado producto, pueden plantear problemas de prueba sobre la causalidad y, consecuentemente, de la imputación del resultado; sin embargo, han motivado que la doctrina admita una amplia posibilidad de imputación del resultado [203], incluso si fracasara la *conditio sine qua non*, aunque es un tema muy controvertido. Ejemplo: *Caso Contergan* [204], *Caso Lederspray* (entre millares de usuarios de pulverizadores para la protección del cuero se observó la aparición de unos cuarenta casos de edemas pulmonares –*problema de causalidad múltiple*–), *Caso del aceite de Colza* (distribución de aceite de colza –no destinado a la alimentación humana sino a actividades industriales y casi, exclusivamente, a las siderúrgicas– que fue desnaturalizado con anilina, mayoritariamente por vendedores ambulantes, que provocó trescientos treinta muertos y quince mil afectados, a pesar que no se pudo reproducir experimentalmente ni conocer el concreto mecanismo causal que

---

[200] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 190.

[201] BACIGALUPO, 1998, pp. 195 y 196.

[202] Para el derecho español, *vid.* CORCOY BIDASOLO, 1996, p. 247 y ss.

[203] KUHLEN, 1996, p. 239.

[204] *Supra* núm. marg. 692.

originó las muertes) [205]. En los dos últimos casos, sólo existía una coincidencia temporal (en el caso del uso del spray) o una relación estadística llamativa (entre la aparición de síndromes tóxicos y la distribución del aceite) [206]. Los tribunales –alemán y español, respectivamente– tuvieron que decidir cómo debe probarse una *ley causal general* [207]. Así, si bien un enunciado estadístico no es una ley causal sino a lo sumo un indicio de su existencia, entonces la admisión de una ley causal por el juzgador no es un acto de libre apreciación de la prueba, sino una particular decisión judicial. "Las ciencias empíricas no disponen de estándares de validez general para la prueba de hipótesis causales generales (leyes causales). Por esta razón, un Tribunal puede basar su sentencia en una hipótesis causal que se reconozca suficientemente confirmada por un sector representativo de la ciencia empírica correspondiente" [208].

b.2.7. Cumplimiento de deberes de función o de profesión

En la ciencia peruana es mayoritaria la opinión que esta es una causa de justificación [209] [210]. Sin embargo, consideramos que es un supuesto

---

[205] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1996, p. 265.

[206] Según PUPPE "aunque en los supuestos complicados debamos renunciar a la completa reconstrucción de la sucesión causal, en la medida en que tengamos suficientes indicios para su existencia, en ningún caso podemos renunciar a una hipótesis acerca de la ley causal, esto es, a alguna teoría que explique, con carácter general, los datos estadísticos como una relación de causalidad. Sólo una teoría semejante puede ser directamente comprobada, atacada o refutada examinando su compatibilidad con otras leyes causales generalmente reconocidas" (1996, p. 224).

[207] Es gráfico GIMBERNAT cuando explica que no se hubiera podido condenar por asesinato al sujeto que en el siglo XVII arrojó desde un piso alto una piedra de 12 kilos para matar a su enemigo (en ese momento sólo se conocía la ley general de la causalidad), pues el *mecanismo causal* no fue establecido sino hasta 1687 cuando Newton descubrió la ley de la gravitación. Nunca se dudó que el causante de la muerte era quien justamente había arrojado la piedra a la víctima destrozándole el cráneo (1999, pp. 332-333).

[208] PUPPE, 1996, p. 229. Cfr. IDEM, 2003, pp. 65 y ss, 110 y ss. Cfr. GIMBERNAT, 1999, pp. 330-335. *Vid. infra* núm. marg. 1462, nota 74, la problemática en relación a la omisión por injerencia.

[209] HURTADO POZO, 2005, p. 573, num. 1488; PEÑA CABRERA, 1998, p. 422 y ss.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, pp. 194 y ss.; VILLA STEIN, 1998, p. 333; SALINAS SICCHA, 2004, p. 785. A favor de nuestra posición se encuentra BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, pp. 220-221.

[210] En este sentido, la jurisprudencia: *"Se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio*

de **ausencia de imputación objetiva** (*atipicidad*) pues, "cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara" (artículo 20, numeral 8, Código penal) [211]. En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Consideramos que el resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma. Ejemplo: el policía tiene la obligación de detener, en consecuencia, la limitación a la libertad que realiza, queda fuera de la esfera de protección de la norma en el tipo penal de secuestro. Sería posible entender que el actuar bajo el cumplimiento de un deber sea un riesgo permitido que excluye la imputación objetiva de la conducta, aunque se considera también como una conducta cotidiana dentro de los alcances de la prohibición de regreso [212].

724. Cumplimiento del deber de función o profesión

Jurisprudencia vinculante [213]:

"El acto médico constituye –como afirma un sector de la doctrina penalista nacional– una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso –justificación– sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo la sanción al médico que lo incumple" [214].

Estos supuestos de **obligaciones específicas de actuar**, conforme a su función o profesión, incluyen la actividad de médicos, funcionarios, poli-

---

dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves". Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 1998, Exp. 2683-97 Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 139.

[211] BUSTOS, 1984, p. 257.

[212] *Vid.* Ejecutoria Suprema de 19 de enero de 2005, Res. 01-05, A.V. 38-2003 «A» Incidente de Excepción de naturaleza de acción, que considera que el cumplimiento de una obligación funcional puede considerarse como una actuación inocua y cotidiana (considerandos tercero y cuarto).

[213] En otro caso: *"La responsabilidad penal del procesado no se encuentra acreditada puesto que en su calidad de interventor recaudador actuó en cumplimiento de lo dispuesto por las normas del Código Procesal Civil respecto a la materia".* Ejecutoria Superior de la Sala penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima del 22 de diciembre de 1998, Exp. 4730-98, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 748.

[214] Ejecutoria Suprema del 22 de diciembre del 2004, R. N. 1062-2004 Lima, considerando séptimo.

cías, etc. y plantea dificultades hermenéuticas, pues resulta necesario conocer el contenido de las regulaciones administrativas de cada función o profesión. Para comprender cuando estos profesionales actúan dentro de sus respectivas competencias y atribuciones de su cargo es necesario remitirnos a un dispositivo extrapenal. Así, el problema puede surgir en el supuesto de disposiciones confusas. "Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos del poder, arbitrariedades, etc. de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación" [215].

725. Obligaciones específicas de actuar

Jurisprudencia:

"El hecho de haber entregado los bienes al juez de paz del distrito ante la negativa a recepcionarlos por parte de la entidad beneficiaria (Club de Madres), estando dentro de sus facultades tal disposición, constituye un acto inscrito bajo el cumplimiento del deber del funcionario encausado" [216].

El uso de violencia por parte de la autoridad al momento de cumplir con su deber de función o profesión, supone un principio básico que es el de la *menor lesividad posible* [217], es decir, el empleo de la fuerza racionalmente imprescindible para el cumplimiento de la obligación. Es una exigencia clara de ponderación, proporción o adecuación a las circunstancias del caso, del grado de la violencia empleada por el agente. Ejemplo: el uso de arma de fuego por la autoridad policial. Cierto sector doctrinal cree necesaria la presencia de una agresión ilegítima; pero consideramos prescindible dicha exigencia para la configuración de esta figura, debido a que hay ciertas circunstancias en las que la autoridad puede emplear la violencia sin necesidad de haber sido objeto de agresiones directas [218].

726. Principio de menor lesividad posible

En el campo de las **intervenciones médico-quirúrgicas** es también operativo este supuesto de ausencia de imputación objetiva en relación a las lesiones que se causen. En el **tratamiento médico no exitoso** que origine una afección a la salud, la ausencia de imputación estará en relación a las **reglas de la profesión** dentro de los márgenes del riesgo permitido de las intervenciones quirúrgicas. Si se trata de una **operación quirúrgica sin fin terapéutico**, (v. gr. intervenciones cosméticas, ablación de órganos y tejidos

727. Intervenciones médico-quirúrgicas

---

[215] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 344.

[216] Sala Penal R. N. 1346-97 Ica, en Rojas Vargas, 1999, p. 142.

[217] Gómez Benítez, 1987, p. 402. Cfr. Bustos, 2004, I, p. 928.

[218] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 344.

del donante –en el que el fin terapéutico está sólo en relación al paciente que recibe el órgano–) las lesiones causadas no son atípicas sino que están justificadas por el ejercicio profesional y limitadas por el consentimiento del paciente [219]. Para los **trasplantes de órganos y/o tejidos humanos** existe la Ley 28189 que precisa el procedimiento y deberes de los médicos.

728. Aparente colisión de deberes

Se habla de **colisión de deberes** cuando dos (o más) deberes coinciden de tal manera en una situación concreta que no es posible cumplir uno de ellos sin lesión del otro o de los otros [220]. Ejemplo: el médico de la emergencia de un centro hospitalario que recibe a tres heridos graves que requieren intervenciones quirúrgicas de urgencia y, necesariamente tiene que elegir a uno sólo para la intervención, tiempo en el que los otros pueden morir. Se precisa que en este caso, el médico con la sola intervención está cumpliendo con su deber, por ende, su conducta es atípica. El sujeto al cumplir uno de sus deberes específicos está cumpliendo con el deber derivado de su cargo, aunque en dicho instante se lesionen otros deberes, aun así no existirá imputación objetiva. En verdad, "en un estado de derecho todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes. Siempre que aparecen dos deberes en juego, uno de ellos debe ser preferido al otro, de modo que en ese plano no hay conflictos ni colisiones, porque siempre debe haber un deber que prevalezca"[221].

b.2.8. Obrar por disposición de la ley

729. Obrar por disposición de una ley

Obrar por disposición de la ley supone el **cumplimiento de un deber que la ley ordena** (artículo 20, numeral 8, Código penal) [222][223]. Ejemplo: deber de testificar. Estos deberes sólo serán necesarios para impedir posibles imputaciones por un delito contra el honor [224]. Creemos que son

---

[219] *Vid.* ZAFFARONI, 1987, pp. 470-471. BUSTOS, 2004, I, pp. 927-928.

[220] STRATENWERTH, 2005, p. 251, num. 113.

[221] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, pp. 375-376, num. 6. BUSTOS también considera que el médico cumple con su deber y que el comportamiento es conforme a derecho pero concluye que es un problema de antijuridicidad y no de culpabilidad (1984, p. 252).

[222] Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 571; PEÑA CABRERA, 1983, p. 193.

[223] El obrar por disposición de la ley (cumplimiento de un deber) es diferente al "*acto permitido por la ley*" (artículo 85, inciso 4, Código penal 1924) que se refería al ejercicio de derechos reconocidos por la ley (actualmente «ejercicio legítimo de un derecho»). Ejemplo: derecho de corrección (artículo 423, inciso 3 del Código civil).

[224] MIR PUIG, 2004, p. 479.

diferentes a las causas de justificación, pues estas "se generan a partir de un precepto permisivo, en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico hay solo una norma preceptiva (una orden)" [225]. También es diferente al *obrar por orden obligatoria* pues el deber no surge de la subordinación con el superior, sino en relación al orden jurídico [226]. Consideramos que se trata de *supuestos de ausencia de imputación objetiva* [227], que no se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma, y generan en la práctica ciertas dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico [228]. Para su configuración, se debe tener en cuenta, en primer lugar, la *existencia de un deber jurídico* proveniente de la imposición de la ley, por ende, quedan excluidas las fuentes de carácter moral.

730. Deber estricto

Este deber de fuente legal debe ser *estricto*, es decir, el sujeto que está obligado al cumplimiento de un deber jurídico no debe rebasar los límites que la ley señala [229]. El cumplimiento de dicho deber debe de ajustarse a lo que la norma jurídica le imponga, pues de lo contrario incurriría en abuso por acto arbitrario.

b.2.9. Consentimiento

731. Consentimiento

El Código Penal de 1991 prevé en el artículo 20 numeral 10 al **consentimiento** como causa de exención de responsabilidad penal [230]. El Ante-

---

[225] ZAFFARONI, 1987, p. 464.

[226] BUSTOS, 1984, p. 257.

[227] En el derecho penal peruano la posición mayoritaria la considera una causa de justificación: HURTADO POZO, 2005, pp. 571-573; PEÑA CABRERA, 1997, p. 420; PEÑA CABRERA FREYRE, 2004, p. 269; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, pp. 193-194; VILLA STEIN, 1998, p. 332; NAKASAKI SERVIGÓN, 2004, p. 774, quien entiende que la técnica legislativa más adecuada sería la de regular la causa de justificación como el obrar en cumplimiento de un deber jurídico. "La diferencia que mantiene el legislador de 1991 entre obrar por disposición de la ley y el cumplimiento de un deber, responde fundamentalmente a una tradición legislativa que se construyó a partir de una visión unidimensional del Derecho o una visión positivista, largamente superada en la teoría general y en la filosofía del Derecho, sobre las que actualmente se elabora el Derecho Penal" (*Ibidem*, p. 778). A favor de la atipicidad se encuentra: BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, pp. 220-221.

[228] *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 341.

[229] Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 349; MANTILLA NOUGUÉS/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 290.

[230] En la dogmática extranjera se considera al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario (BACIGALUPO, 1987, p. 237).

proyecto de la parte general del Código Penal del 2004 mantiene la fórmula. En la dogmática penal, la fundamentación de su efecto excluyente de responsabilidad ha experimentado una evolución: como causa de exclusión de la antijuridicidad, como causa de exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad y como causa de exclusión de la tipicidad.

732. Consentimiento como causa de justificación

Se ha planteado la configuración del consentimiento como excluyente de la **antijuridicidad,** cuyo fundamento reside en la renuncia legitimada por el derecho de autodeterminación del beneficiario por la protección del bien jurídico frente al atentado, de lo que se deriva que retrocede la norma de prohibición [231]. "Esta posibilidad se seguiría del hecho de que para el ordenamiento jurídico no existe motivo alguno para proteger bienes jurídicos que su titular conscientemente ha abandonado a la intervención de terceros" [232]. Otra postura pretende dirigir la eficacia justificante del consentimiento a partir del principio de ponderación de valores, por lo que lo justificante se daría en los supuestos en que el ejercicio de la libertad de disposición del titular sería el valor preponderante (NOLL). Así, entre la posibilidad del individuo de consentir la afectación de sus bienes jurídicos, en cuanto parte integrante de su libertad de autodeterminación, y el bien jurídico protegido habría colisión de intereses; de ello el consentimiento como causa justificante se entendería sólo cuando la libertad del individuo para disponer sus propios bienes jurídicos resulte preponderante [233].

733. Consentimiento y acuerdo

La doctrina mayoritaria ha identificado en el consentimiento una doble eficacia [234]: el consentimiento como excluyente de la antijuridicidad (*Einwilligung*) y como excluyente de la tipicidad (*Einverständnis*). Al primero, denominado **consentimiento** propiamente dicho, se eliminaría la antijuridicidad en los casos "que el consentimiento de la víctima tiene lu-

---

[231] DE LA GÁNDARA VALLEJO, 1995, pp. 67-68. Uno de los primeros intentos por la fundamentación del consentimiento como excluyente de antijuridicidad se encuentra en la teoría del negocio jurídico de ZITTELMANN que configura al consentimiento como "un verdadero negocio jurídico que concedería al autor un derecho revocable a realizar la acción típica con lo cual, puesto que el ejercicio de un derecho nunca puede ser contrario al Derecho, el consentimiento operaría excluyendo la antijuridicidad de la acción en el Derecho Penal como en el Derecho Civil" (*Ibidem*, p. 67).

[232] *Ibidem*, p. 68.

[233] *Ibidem*, p. 70.

[234] CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 191; DE LA GÁNDARA VALLEJO, 1995, p. 247. El primero en señalar esta doble perspectiva del consentimiento fue GEERDS. *Vid.* sus planteamientos en: DE LA GÁNDARA VALLEJO, 1995, pp. 75-79. En una obra anterior nos inclinamos por esta doble fundamentación (1990, p. 160). Cfr. ARMAZA GALDOS, 1998, p. 130.

gar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento" [235]. El consentimiento sería en este caso una causa de justificación. Ejemplo: el que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento del propietario (daños, artículo 205, Código penal). Al segundo, denominado **acuerdo** [236], la exclusión de la tipicidad se daría en los casos en los que el tipo legal presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado [237]. Para estos supuestos bastaría sólo la capacidad natural para consentir [238]. Ejemplo: la violación de domicilio (artículo 159, Código penal: "el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla").

Por otro lado, existe una tendencia que entiende al consentimiento sólo como excluyente de tipicidad, y por ende como figura que excluye la **imputación objetiva**. Se deniega la distinción entre dos instituciones que tengan diferentes funciones en la imputación penal, afirmándose más bien la concreción de una figura unitaria del consentimiento como excluyente del desvalor del resultado y con él, el desvalor de la acción [239]. "Esta teoría considera que cuando el bien es disponible se trata de proteger el ámbito de dominio del titular; en todos los casos en que concurre un consentimiento consciente y libre no hay necesidad de intervención del Derecho penal, quedan fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva, pues la libre determinación del titular prevalece sobre el interés social en la conservación del sustrato material" [240]. Creemos que esta es la posición más aceptable.

734. Consentimiento excluyente de imputación objetiva

En cuanto al **ámbito de eficacia** del consentimiento, éste no es de aplicación general. No se aceptará en el caso de *delitos contra la colectividad* "puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recae sobre una persona concreta" [241] [242].

735. Ámbito de eficacia del consentimiento

---

[235] Mir Puig, 1985, p. 447.

[236] De la Gándara Vallejo (1995, p. 75) opta por el término "*conformidad*".

[237] Stratenwerth, 2005, p. 211, num. 8. Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, pp. 399-400.

[238] Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 191.

[239] Cfr. Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 192; De la Gándara Vallejo, 1995, pp. 109 y 247. *Vid.* Roxin, 1999, p. 517; Mir Puig 2004, p. 506, num. 11.

[240] Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 192.

[241] Mir Puig, 2004, p. 508, num. 14.

[242] Sin embargo, la jurisprudencia nacional utiliza al consentimiento como una figura **atenuante** de la pena: *"En el delito de falsificación de documentos, si bien el consentimiento de la persona cuya firma fue falsificada, no exime de pena al inculpado, al ser el Estado*

Ejemplo: en el delito de violencia y resistencia a la autoridad (artículo 365, Código penal) el consentimiento de ésta no excluye el tipo. Por el contrario, el consentimiento podrá aceptarse en *delitos contra los particulares* siempre que sean exclusivamente privados y renunciables. Ejemplo: delitos contra el patrimonio [243], contra el honor.

Jurisprudencia:

"El ejercicio de la acción, en los delitos contra el honor, es privado, por lo que al ser un bien jurídico disponible el consentimiento excluye la responsabilidad, no existiendo infracción cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento" [244]. En otro caso: *"El haber recibido la agraviada un cheque sin fondos, conociendo este hecho, debe considerarse como un consentimiento válido y eximente de responsabilidad del inculpado"* [245].

736. Casos especiales de consentimiento

En otros casos resulta muy discutible la eficacia del consentimiento, particularmente en delitos que protegen intereses públicos junto a intereses privados. Esto ocurre, por ejemplo, en *delitos contra la vida*, en los que el consentimiento es ineficaz [246], aunque la voluntad de la víctima pueda influir para la reducción de la pena [247]. En los delitos de *aborto*, el consentimiento de la gestante no exime de pena, pero es una atenuante frente al supuesto del aborto sin consentimiento (artículo 116, Código penal). En el delito de *lesiones* la problemática es muy compleja, pero creemos que el artículo 20, numeral 10 del Código Penal que admite con carácter general la eficacia eximente del consentimiento, puede también comprender, de manera limitada [248], casos como los de esterilizaciones vo-

---

el titular del bien jurídico, puede tomarse en cuenta para disminuir la pena por debajo del mínimo legal" Ejecutoria Superior del 10 de mayo de 1999, Exp. 31.-L-1-98 **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 277.

[243] ARMAZA GALDOS (1998, p. 130): en relación a este bien jurídico diferencia supuestos de atipicidad y justificación.

[244] Ejecutoria del 31 de marzo de 1998, Exp. 378-98 **en** GACETA JURÍDICA, 2001, p. 81.

[245] Exp. 4165-98 Lambayeque. Chiclayo, 30 de noviembre de 1998, **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 275.

[246] MIR PUIG, 1985, p. 451.

[247] El Código Penal peruano sanciona con pena reducida el homicidio piadoso (artículo 112), pero consideramos que los supuestos de eutanasia deberían ser tratados como eximentes de responsabilidad. *Vid.* VILLAVICENCIO, 2002, p. 304.

[248] HURTADO POZO (2005, p. 496 num. 1295) se refiere a límites fijados en la carta fundamental y el respeto a los derechos ajenos y, considera que en este contexto deben comprenderse los criterios de orden público y buenas costumbres a los que alude el artículo 6 del Código Civil.

luntarias, cirugía transexual o las lesiones en prácticas deportivas (ejemplo: boxeo). En el caso específico de la *donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos*, la extracción y procesamiento de órganos y tejidos de *donantes vivos* requieren consentimiento por escrito ante el notario público de manera libre, consciente y desinteresada (artículo 10, numeral 4, Ley 28189); la extracción y procesamiento proveniente de *donantes cadavéricos* requieren la previa y expresa voluntad de donar para después de su muerte y de producirse la muerte y no haberse expresado la voluntad, el consentimiento podrá ser otorgado por los parientes más cercanos (artículo 11, numeral 1, *in fine*), salvo el consentimiento haya sido obtenido de manera viciada. Ejemplo: consentimiento otorgado por el representante de un donante vivo menor de edad (artículo 10, numeral 2) o por lucro (artículo 318-A, Código penal). En el caso de la violación sexual de menores de 14 años, el consentimiento carece de eficacia (artículo 173, Código penal), pues el legislador presume que está en incapacidad de hacerlo.

Jurisprudencia:

"Se comprueba la responsabilidad del inculpado del delito de violación de menor de edad, por la sindicación de la víctima, el certificado médico legal que demuestra la realización de actos contra natura y la declaración de un testigo sobre los hechos, así como la pericia psicológica del acusado. Para el caso de la violación de un menor de edad, resulta irrelevante el hecho que este haya consentido, al no ser válido el mismo. Declarada la responsabilidad del inculpado por un delito contra la libertad sexual, procede ordenar se le realice un tratamiento terapéutico, previo examen médico o psicológico, para facilitar su readaptación social" [249].

737. Requisitos del consentimiento

En el consentimiento se pueden describir los siguientes *requisitos* a efectos de la exclusión típica: capacidad del sujeto pasivo de entender la situación en la que se produce el consentimiento; el consentimiento debe ser anterior a la acción; y, el consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido logrado mediante amenaza.

738. Capacidad para consentir

El sujeto pasivo debe de tener la **capacidad** de comprender la situación en la que consiente. Esta capacidad de disposición no debe ser entendida como la capacidad civil para negociar válidamente, sino una capacidad natural, entendida como aquella que resulta indispensable para discernir y advertir la importancia de los alcances de su acto y el abandono al bien jurídico tutelado [250].

---

[249] Exp. 1877-1998 **en** Academia de la Magistratura, 2000, p. 180.

[250] Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 410; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 351; Mir Puig, 2004, p. 513, num. 32; Velásquez Velásquez, 2002, p. 301.

Jurisprudencia [251] **(violación de menor):**

"Si bien el acto sexual lo realizó con el consentimiento de la agraviada, no habiendo mediado para ello fuerza o amenaza alguna, ello no lo exime de su responsabilidad, ya que se trata de una menor que no tiene control racional sobre su conducta sexual, por lo que su aceptación no puede tenerse en consideración" [252]. En otro caso: *"En nuestro ordenamiento jurídico-penal, practicar el acto sexual con una menor de edad constituye delito, debido a que no tiene una madurez sicológica suficiente para saber la gravedad del hecho y por lo tanto su consentimiento no es válido, protegiéndose en este caso su integridad"* [253]. En un tercer caso: *"Por las características de estos delitos, atendiendo a la edad de la víctima, su consentimiento para la práctica sexual es irrelevante, habida cuenta que el tipo penal protege la indemnidad y su libre desarrollo psico sexual de la agraviada, por lo que el elemento objetivo y subjetivo del tipo penal de violación sexual en agravio de la menor de edad ha quedado probado, por ende la responsabilidad del procesado"* [254].

Jurisprudencia vinculante (seducción):

"Para verificarse este delito es necesario el empleo de un medio fraudulento como el engaño sobre la práctica sexual a realizarse, ya que como consecuencia de ello el agente induce en error a la víctima y logra el acceso carnal; el 'engaño', pues, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual (...) a) Que en autos no se configura los supuestos exigidos por el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal, ya que tanto la menor agraviada como el procesado (...), coinciden en manifestar que las relaciones sexuales que sostuvieron fueron de mutuo acuerdo" [255].

739. Momento del consentimiento

El consentimiento debe ser prestado con anterioridad o al momento de la acción. Siendo objetos de consentimiento la acción y el resultado típico, estos pueden ser consentidos antes de su concreción, siempre que sea previsible al tiempo de aquél [256]. Por ello, durante dicho tiempo el sujeto puede revocar o retractarse de su consentimiento. Se entiende que dicha

---

[251] Otra jurisprudencia: *"Para que se configure el delito de violación se requiere que el sujeto activo obligue a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo en contra de su voluntad, por tanto se supone que no hay consentimiento del sujeto pasivo"*. Ejecutoria del 23 de marzo de 1998, Exp. 7864-97 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Número 38, noviembre 2001, p. 251.

[252] Ejecutoria Suprema del 10 de enero de 2000, Exp. 4385-99 Amazonas **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 4, 2000, p. 356.

[253] Ejecutoria Superior del 7 mayo de 1999, Exp. 935-99-Junín, **en** GACETA JURÍDICA, 2001, p. 96.

[254] Ejecutoria Suprema del 31 de enero de 2005, R. N. 3665-2004 San Martín, Considerando segundo.

[255] Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2005, R. N. 1628-2004 Ica, tercer y quinto considerandos.

[256] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 410.

revocación o retractación debe presentarse de manera expresa, ya que "una autorización ulterior (...) carece de influencia sobre la realización del tipo" [257]. De ninguna manera el consentimiento debe de producirse con posterioridad, pues el consentimiento a posteriori sólo es perdón [258].

740. Consentimiento putativo

El consentimiento no debe haberse originado en un error (llamado **consentimiento putativo**) [259] ni haber sido obtenido mediante amenaza. La presencia de cualquier vicio en la voluntad del sujeto invalida los efectos del consentimiento [260]. El sujeto pasivo debe de disponer su consentimiento de manera libre y con una perfecta consciencia en relación al alcance de su decisión.

741. Consentimiento presunto

Se acepta el **consentimiento presunto** o tácito en los casos en los que el titular del bien jurídico no puede manifestar expresamente su consentimiento pero sería seguro que lo daría si pudiera. Esto puede ocurrir cuando el sujeto pasivo está ausente o inconsciente. Ejemplo: el sujeto que viola el domicilio de otro para evitar una inundación o apagar el fuego que amenaza extenderse. La posición dominante considera que el consentimiento presunto en el caso de *bienes jurídicos no disponibles* (ejemplo: la vida) podrá solucionarse por vía del estado de necesidad justificante [261]. Si el bien jurídico es *disponible*, sólo será lícita la intervención del sujeto activo cuando exista una probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría, incluso (contra todo cálculo) si con posterioridad el titular no apruebe la intervención [262].

§44. *Excursus*: tipo y adecuación social y tipo conglobante

a. Tipo y adecuación social

Formulada originariamente por el profesor WELZEL, precisa que las conductas seleccionadas por los tipos tienen un carácter social, están referidos a la vida social pero

---

[257] ROXIN, 1999, p. 535, num. 50.

[258] BACIGALUPO, 1998, p. 207.

[259] Para ROMEO CASABONA, es un supuesto de error de prohibición que incide en la creencia de estar obrando lícitamente (2004, p. 165).

[260] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 410; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 351; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 239.

[261] RODRÍGUEZ DELGADO, 2004, p. 829. HURTADO POZO 2005, p. 507 num. 1326. Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 480. *Vid.* artículo 20, numeral 4 del Código Penal.

[262] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 515, num. 42.

son "precisamente inadecuados a la vida social ordenada" [263]. Sin, embargo, existen conductas que son *socialmente adecuadas* y por ello, no constituyen acciones típicas.

742. Conductas socialmente adecuadas

Hemos señalado que el tipo no es una simple categoría formal, sino más bien es un proceso valorativo que ya implica una selección de comportamientos. Pero sucede que en algunos casos esas acciones seleccionadas y halladas en el tipo van a carecer de relevancia social por ser muy comunes en la sociedad. "Aquellas acciones que se 'mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad', y que por tanto son 'socialmente adecuadas', no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo"[264].

743. Ejemplos de adecuación social

Para WELZEL, la participación en el moderno tráfico motorizado ferroviario o aéreo son actividades socialmente adecuadas [265]. Ejemplo: el sobrino que anima a su tío rico a utilizar con frecuencia medios de transporte con la esperanza que muera en un accidente, no comete homicidio. Además, son socialmente adecuados los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada aunque luego resulten desventajosos. También lo son las lesiones corporales insignificantes, privaciones de libertad irrelevantes, la entrega habitual de regalos de escaso valor para año nuevo, conductas meramente indecorosas o impertinentes en los delitos contra la honestidad. Así pues, esta teoría de la adecuación social considera que no debe de incluirse en el tipo, aun cuando lesionen bienes jurídicos protegidos penalmente, aquellas conductas situadas dentro del marco de la vida en comunidad [266].

744. Ubicación sistemática de la adecuación social

En la teoría de la adecuación social hay que identificar dos aspectos distintos con diferente trascendencia: el social y el jurídico [267]. En el primero, los comportamientos son practicados por la mayoría de los ciudadanos. En el segundo, dichas conductas habituales socialmente entran en conflicto con las normas penales que las prohíben. Se ha generado diferentes posturas en relación a la ubicación de la adecuación social dentro de la teoría del delito. WELZEL reconoce que las insuficientes distinciones entre la adecuación social y las causales de justificación tuvieron un peso gravitante sobre la evolución y desarrollo de la teoría de la adecuación social, en un tiempo como *causa de justificación* [268] para luego, producto de las investigaciones de HIRSCH, incorporarla como *supuestos de atipicidad* [269]. Se le ha identificado también como *causa de exculpación* [270] y como *criterio interpretativo* de los tipos penales cuya redacción es excesivamente amplia [271]. También se ha considerado rechazar la adecuación so-

---

[263] WELZEL, 1976, p. 83.

[264] ROXIN, 1999, p. 293, num. 33.

[265] WELZEL, 1976, p. 83.

[266] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 269.

[267] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 257.

[268] Aquí también destaca SCHMIDHAUSER (ROXIN, 1999, p 293).

[269] WELZEL, 1976, p. 86. En este sentido, JESCHECK, STRATENWERTH, MAURACH y ZIPF (ROXIN, 1999, p. 293, num. 34).

[270] Así, ROEDER (ROXIN, 1999, p. 293, num. 34).

[271] "Pero esta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad" (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 257).

cial debido a sus imprecisiones, siendo peligrosa para la seguridad jurídica y superflua en relación con los métodos reconocidos de interpretación [272]. La crítica que se dirige a la teoría de la adecuación social también considera que ésta "tiende un puente a la ética social" [273]. Otros la aceptan, pero consideran que "la fundamentación de su operatividad en Derecho Penal ha de ser jurídica" [274]. En definitiva, consideramos que la teoría de la adecuación social es un antecedente histórico dogmático a la teoría de la imputación objetiva [275].

b. Teoría del tipo conglobante

745. Tipo conglobante

En Latinoamérica, esta teoría es propuesta por el profesor ZAFFARONI en el sentido que, "la tipicidad conglobante cumple una función reductora verificando la existencia de un conflicto, lo que implica un resultado lesivo objetivamente imputable al sujeto activo [276]. La verificación de la existencia de un conflicto va a requerir tanto de la comprobación de la lesividad como de la comprobación de su pertenencia a un sujeto. 'La tipicidad objetiva del conflicto requiere responder tanto a un *qué* como a un *a quién*' [277]. La lesividad se comprueba mediante la constatación de la afectación a un bien jurídico en forma significativa –ya sea por daño o por peligro–; pero dicha afectación debe estar prohibida por la norma [278]. La imputación se comprueba con la verificación de la dominabilidad objetiva del hecho –si el individuo actúa como autor– o si hizo un aporte causal significativo –si el individuo actúa como partícipe– [279].

746. Supuestos de atipicidad conglobante

En este sentido, la teoría presenta supuestos de **atipicidad conglobante** en el orden siguiente: *Primero*, el cumplimiento de un deber jurídico [280]. Ejemplo: el policía que detiene al autor de un delito no comete privación ilegítima de libertad. *Segundo*, Aquiescencia, acuerdo y consentimiento del titular del bien jurídico. Incluye el estudio de la aquiescencia: el acuerdo da lugar a la atipicidad, y el consentimiento da lugar a la justificación de la conducta [281]. *Tercero*, la realización de acciones fomentadas por el derecho. Ejemplo: lesiones en la práctica de los deportes, intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico [282]. *Cuarto*, la afectación insignificante

---

[272] ROXIN, 1999, p. 293, num. 34.

[273] ZAFFARONI, 1981, III, p. 491; IDEM, 1987, p. 476.

[274] MIR PUIG, 1985, p. 460.

[275] CANCIO MELIÁ, 2001a, pp. 74 y 77.

[276] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 461.

[277] *Loc. cit.*

[278] Cfr. *Ibidem*, p. 462.

[279] *Ibidem*, p. 462.

[280] *Vid.* ZAFFARONI, 1981, III, pp. 504-505, que incluye la problemática de la colisión de deberes (pp. 507 y ss.); ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 473- 475.

[281] ZAFFARONI, 1981, III, pp. 521 y ss. *Vid.* IDEM, 1987, pp. 468 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 475-480.

[282] ZAFFARONI, 1981, III, 1981, pp. 532 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 480-484.

del bien jurídico. Aquí se desarrolla el principio de la insignificancia. Ejemplo: el conductor de un vehículo de transporte colectivo que lleva al sujeto cien metros más adelante, haciendo caso omiso del aviso para bajar, no comete privación ilegítima de libertad; propinas a los servidores públicos con motivo de Navidad, etc. [283]. Además, agrega el criterio de la imputación como pertenencia al agente basada en la dominabilidad [284] del hecho por parte del autor y en la exigencia de aporte no banal del partícipe.

747. Críticas a la primera versión de la tipicidad conglobante

La primera versión de la teoría de la atipicidad conglobante recibió diferentes críticas. En el derecho penal argentino, RUSCONI, luego de referirse a la metodología utilizada para resolver las consecuencias en la teoría del error de la tipicidad conglobante, que son resueltos como clásicos errores de prohibición, al no encontrar cambios en la teoría de la participación, ni efectos ventajosos al ampliar el catálogo de excepciones al principio de legalidad procesal en relación al Derecho Procesal Penal, concluye afirmando que "la tipicidad conglobante no representa, hasta el desarrollo actual, alguna ventaja sistemática" [285]. En la ciencia penal chilena, las objeciones de COUSIÑO contra esta teoría se han dirigido hacia la denominación: "feo neologismo" [286], como también a que esta posición supone "la creación de un superconcepto de tipicidad penal, el que se coloca en un plano distinto y superpuesto al de la tipicidad legal, que en el fondo viene a trastrocar toda la actual sistemática" [287], pero luego agrega que "compartimos, en general, los razonamientos de ZAFFARONI en contra de los cuales nada tenemos que

---

[283] ZAFFARONI, 1981, III, p. 555.

[284] "La tipicidad objetiva presupone la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho (dominabilidad), pues de lo contrario no puede concebirse una autoría dolosa". A partir de esta idea surgen cuatro reglas: "(a) La primera regla que surge de este principio es que los cursos causales que, en el actual estado de la ciencia y de la técnica, no pueden ser dominados por nadie, no eliminan el dolo, sino que ni siquiera tiene sentido preguntarse por el dolo, dado que en el tipo objetivo no aparece un curso causal capaz de ser dirigido en medida humana (...). (b) La segunda regla (...) está referida a los cursos causales que son humanamente dominables. Estos cursos causales deben distinguirse entre los que son dominables por cualquiera y que, por ende, no ofrecen problema, y los que sólo son dominables por quien tiene conocimiento o entrenamiento especial: el curso causal es dominable cuando el agente reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales necesarias para poder asumir el dominio del hecho (...). (c) Una tercera regla afirma que tampoco hay posibilidad de dominar el hecho cuando la acción resulta irracional a la luz de un juicio de congruencia entre medios y fines, o sea, que no hay dominabilidad cuando los medios son notoriamente inadecuados para la obtención de los fines (...). (d)La cuarta regla establece que cuando no hay dominabilidad no es posible imputar objetivamente en el delito doloso, pero dado que este criterio imputativo está reducido al tipo doloso, nada excluye la posibilidad de tipicidad culposa de la acción (...)" (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 484-488).

[285] RUSCONI, 1992, p. 103.

[286] COUSIÑO, 1979, p. 114, nota 264.

[287] *Ibidem*, p. 115.

objetar" [288]. Para NOVOA MONREAL, esta teoría es de una intrincación innecesaria [289]. En la ciencia penal brasilera, *Toledo* expresa que no adopta las distinciones hechas por ZAFFARONI entre tipicidad legal y tipicidad penal [290]. MIRABETE se refiere a ella brevemente [291].

748. Reformulación de la atipicidad conglobante

En la actualidad, ZAFFARONI reafirma su teoría de la tipicidad conglobante "como construcción que permite resolver los problemas de lesividad y de imputación objetiva, sin caer en planteos preventivistas. En su versión originaria operaba como correctivo de la tipicidad objetiva y subjetiva. Sus postulados deben ser transferidos en buena parte a la atipicidad objetiva para resolver los problemas de reducción de la prohibición en forma previa a la tipicidad subjetiva, porque sin el cumplimiento de los presupuestos imputativos objetivos, la pregunta por cualquier otra ulterioriedad carecería de sentido. Es correcto que este cambio de ubicación –y por ende, de momento de análisis– mantener que los errores sobre las circunstancias de la tipicidad conglobante son normalmente de prohibición y sólo excepcionalmente de tipo, con lo cual esta construcción no pierde significado práctico, pues su objeto es resolver problemas de lesividad e imputación, siendo indiferente que no altere mayormente la teoría del error" [292]. En la doctrina nacional, VILCAPOMA rechaza esta teoría por considerarla innecesaria y porque, en su opinión, constituiría una vuelta a un Derecho Penal de autor [293]. Por nuestra parte consideramos que la teoría de la tipicidad conglobante es un interesante esfuerzo por dar respuesta a diversos problemas penales que ahora se asimilan a la imputación objetiva.

---

[288] *Loc. cit.*

[289] NOVOA, 1982, p. 125. *Vid.* la respuesta de ZAFFARONI en la misma obra, pp. 143 y 153.

[290] TOLEDO, 1987, p. 115 (nota 17).

[291] MIRABETE, 1988, p. 118 (nota 67).

[292] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 462.

[293] "Sin embargo, en el presente trabajo se disloca el concepto de tipo penal. El mismo ya no será el conjunto de elementos con los cuales se define un comportamiento como contrario a la norma sino que ella como instrumento del poder selecciona personas en razón de sus características (...), abonándose por una conceptualización del tipo de naturaleza descriptiva. Si el tipo es descripción de personas, su estigmación no está distante. No se juzgará a una persona por haber sustraído un bien mueble sino por ladrón. No hay duda que este concepto constituye una vuelta a un Derecho penal de autor. Y esto ocurre en la medida en que los autores someten la totalidad del derecho penal a fines extra penales" (VILCAPOMA BUJAICO, 2003, pp. 603-604).

Capítulo IX
IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Sumario: §45. Imputación subjetiva. §46. El dolo. §47. Atipicidad.

Bibliografía

Carlos Ávalos Rodríguez: *Error de tipo-error de prohibición*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / Enrique Bacigalupo: *Tipo y error*, 2ª ed. corregida y aumentada, Hammurabi, Buenos Aires 1988. / David Beraún Sánchez: *¿Cuándo el error excluye al tipo y cuándo a la culpabilidad?*, en Actualidad Jurídica, T. 138, mayo, Lima, 2005. / Stefano Canestrari: *La estructura del dolus eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / José Luis Castillo Alva: *Homicidio*, Gaceta Jurídica, Lima 2000. / José Cerezo Mir: *La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / Carmen Correa Ossa: *El dolo eventual*, en Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Universidad Católica de Chile, Memoria Nº 42, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969. / Miguel Díaz y García Conlledo: *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid 1999. / María del Mar Díaz Pita: *El dolo eventual*, Tirant lo blanch, Valencia 1994. / Alberto Edgardo Donna: *El concepto objetivado de dolo*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Bernardo José Feijóo Sánchez: *El dolo eventual*, reimpresión a la 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. / Wolfgang Frisch/Ingeborg Puppe/Urs Kindhäuser/Gerald Grünwald/Hans Ullrich Paeffgen: *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / Percy García Cavero: *La imputación subjetiva en el derecho penal*, en Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial, Universidad de Piura, Ara, Lima 2005; ídem, *La normativización del dolo en el derecho penal. ¿Por qué no debe entenderse más el dolo como conocimiento y voluntad?*, en Actualidad Jurídica, T. 139, junio, Lima 2005; ídem, *La imputación subjetiva en derecho penal*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia

Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004. / GUSTAVO E. L. GARIBALDI/LEONARDO G. PITLEVNIK: *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2002. / ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid 1981. / WINFRIED HASSEMER: *Los elementos característicos del dolo*, **en** Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, trad. de Francisco Muñoz Conde-María del Mar Pita, Temis, Bogotá 1999. / JOACHIM HRUSCHKA: *Sobre la difícil prueba del dolo*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / URS KINDHÄUSER: *¿Indiferencia como dolo?*, **en** Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial, Universidad de Piura - Ara, Lima 2005; ÍDEM, *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*, **en** Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial, Universidad de Piura - Ara, Lima 2005. / MICHAEL KÖHLER: *La imputación subjetiva. Estado de la cuestión*, **en** Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid 2000. / PATRICIA LAURENZO COPELLO: *Los límites del dolo: Culpa consciente, dolo de peligro y error*, **en** XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / HERNANDO LONDOÑO BERRIO: *El error en la moderna teoría del delito (comentarios al nuevo Código Penal colombiano)*, Temis, Bogotá 1982. / LUIZ LUISI: *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação a penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1987. / DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*, **en** Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU: *De nuevo acerca del error sobre las circunstancias*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003; ÍDEM, *El error sobre las circunstancias*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 21, Madrid. / JORGE NOVA PEREIRA: *La paratipicidad penal*, Temis, Bogotá 1979. / SERGIO POLITOFF: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1965. / RAMON RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona 1999. / JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA: *El error de tipo en el Código Penal peruano*, **en** Anuario de Derecho Penal 2003, monográfico dedicado a los "Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano", Lima 2003. / TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004. / FIDEL ROJAS VARGAS: *La atipicidad subjetiva del delito. Inexistencia de dolo, precisiones dogmáticas y jurisprudenciales*, **en** Estudios de derecho penal. Doctrina y jurisprudencia, Jurista Editores, Lima 2004. / CLAUS ROXIN: *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, **en** Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho Penal contemporáneo, Ara, Lima 2004; ÍDEM, *Acerca del error en el derecho penal*, **en** Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara, Lima 2004. / CLAUS ROXIN/MARCELO A. SANCINETTI: *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. / LUIS E. ROY FREYRE: *Derecho penal peruano. Parte especial*, T. III, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 1983. / RAMIRO SALINAS SICCHA: *Curso de derecho penal peruano. Parte especial I*, Palestra, Lima 1998. / MARCELO A. SANCINETTI: *Dolo e imprudencia*, **en** Dogmática del hecho punible y ley penal, Ad Hoc, Buenos Aires 2003; ÍDEM, *"Dolus generalis" y "suerte penal"*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *"Aberratio ictus" e imputación objetiva*, **en** Estudios de Derecho penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000; ÍDEM, *Aberratio ictus e imputación objetiva*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, fascículo II (mayo-agosto), Consejo Superior de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, Madrid 1984.

§45. Imputación subjetiva

Para realizar la imputación subjetiva del delito doloso de comisión es necesario verificar los aspectos subjetivos del tipo (**tipo subjetivo**). "Se dice que estas componentes subjetivas dotan de significación personal a la realización del hecho, porque este no aparece ya como mero acontecer causal objetivamente probable, sino además, como obra de una persona que ha conocido y querido su realización, e incluso, con un ánimo especifico, en determinados supuestos, o con una componente tendencial en el sujeto" [1].

749. Tipo subjetivo

Jurisprudencia:

"Sólo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, es decir, cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador, por lo tanto, la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo –manifestación de la voluntad y resultado perceptible del mundo exterior–, sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo de delito, esto es, la parte subjetiva, que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo)" [2].

El tipo subjetivo comprende el estudio del **dolo** y otros elementos subjetivos distintos del dolo, así como de su ausencia (error de tipo). Este ámbito de la imputación resulta a menudo dificultoso en lo que corresponde a la prueba, debido a que se reflejan tendencias o disposiciones subjetivas que se pueden deducir, pero no observar de manera directa [3]. Sólo serán aprehendidos indirectamente a través de elementos externos que concretizan una disposición interna del sujeto.

750. Contenido del tipo subjetivo

§46. El dolo

En la ciencia peruana fue dominante el *criterio causalista* que ubicaba al estudio del dolo en la culpabilidad (dolo malo, dolo culpable, dolo desvalorado) [4].

751. Dolo en el causalismo

---

[1] Gómez Benítez, 1987, p. 203.

[2] Ejecutoria del 30 de octubre de 1997, Exp. 2163-97-B en La Rosa Gómez de La Torre, 1999, p. 103.

[3] Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 267.

[4] Siguieron esta posición: Benítez Sánchez, 1958, p. 152; Bramont Arias, 1966, p. 153; Peña Cabrera, 1983, p. 221; Hurtado Pozo, 1987, p. 431.

No creemos que el dolo suponga juicio de culpabilidad. El dolo es libre valorativamente [5] (dolo natural, dolo neutro, dolo avalorado) [6]. Aunque, todavía se puede encontrar jurisprudencia donde se identifica al dolo como elemento perteneciente a la culpabilidad [7].

752. Definición de dolo

La ley penal peruana no define el dolo [8], sin embargo, se acepta que el **dolo** es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos [9]. Pero el dolo también puede abarcar a los elementos que agravan o atenúan la pena, según sea el caso [10]. El dolo se presenta dentro del tipo cumpliendo una **función reductora** como una de las bases alternativas de imputación subjetiva que impiden la responsabilidad objetiva, evitándose el *versari in re illicita* [11].

753. Momento del dolo

El dolo se presenta durante la realización del tipo objetivo. El **momento del dolo** es el instante en que se ejecuta la conducta delictiva. Si se presenta antes de comenzar con la ejecución del delito, es decir, durante la etapa de los actos preparatorios (*dolus antecedents* o **dolo antecedente**), o después de la realización del tipo objetivo (*dolus subsequens* o **dolo subsecuente o consecutivo**), no existe el dolo que requiere el tipo, pues no se puede imputar algo que no se ha dado o que ya se ha producido. En el primer caso, existe un plan delictivo, pero no estamos frente a un dolo típico, debido a la imposibilidad de establecer que el plan delictivo habría trascendido a los actos ejecutivos. En el segundo caso, la ausencia del

---

[5] MAURACH, 1962, p. 305.

[6] Se habla también de una doble posición del dolo (en lo injusto y en la culpabilidad) (CEREZO MIR, 2001, pp. 240-241).

[7] Jurisprudencia: "*Los hechos denunciados e imputados a los encausados no tienen la condición de atípicos encontrándose previstos en los tipos penales en la ley material, se aduce destipicidad resultante del desarrollo del proceso en el que la falta de dolo (tipicidad subjetiva), haría variar y modificaría el ingrediente que conforma en materia penal la tipicidad, mas el problema de la intención no atañe a la tipicidad, sino en todo caso a la existencia de culpabilidad o inculpabilidad*". Ejecutoria Suprema del 23 de abril de 1998, Exp. 6500-97 **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999 p. 112.

[8] En el caso alemán, cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 169, num. 61.

[9] La jurisprudencia nacional también busca definir al dolo: "*Para la configuración de los injustos penales se requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, consistentes estos últimos en la perpetración de la conducta ilícita con el dolo, entendiéndose esto como la conciencia y voluntad del agente de cometer el hecho antijurídico y culpable*". Ejecutoria Suprema del 26 de marzo de 1998, Exp. 455-97 Callao **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 494.

[10] *Vid.* MAURACH/ZIPF, 1994, p. 393.

[11] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 495.

dolo típico es clara, pues no existe un plan delictivo, ya que este se genera después del resultado injusto [12]. Estos tipos de dolo son sólo disposiciones interiores irrelevantes [13]. El dolo no necesariamente debe presentarse durante toda la acción ejecutiva, y sólo basta que concurra en el instante en que el agente se dispone a la producción del resultado y abandona el control del curso causal [14].

754. Teoría de la voluntad y de la representación

Se debate si el dolo requiere conocimiento y voluntad (**teoría de la voluntad**) o sólo conocimiento (**teoría de la representación**) [15]. Si bien, es aún dominante la teoría de la voluntad [16] [17], existen autores que sostienen el dolo sobre la base del conocimiento [18]. En la dogmática actual, se aprecia la tendencia a reducir al máximo y prácticamente a descartar el elemento volitivo del dolo [19] [20]. Por nuestra parte creemos que, sin

---

[12] Aunque nada impide determinar que el dolo *subsequens* puede generarse en el dolo típico si es que su plan delictivo pasa a concretarse durante la etapa ejecutiva. Por ejemplo, "si antes de la muerte de la víctima a la que se ha herido imprudentemente el sujeto concibe el plan de no llamar a un médico y dejarla morir, entonces el dolo subsiguiente puede fundamentar un nuevo homicidio por omisión, pero no convertir la comisión imprudente en un hecho doloso" (Roxin, 1999, p. 454, num. 77).

[13] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 506.

[14] Roxin, 1999, p. 454, num. 76.

[15] La moderna doctrina penal ha puesto en duda esta formulación dualista. Así, partiendo del ámbito de los delitos de omisión, donde se estipula que las omisiones no pueden apoyarse en la voluntad, mejor dicho: el que omite no quiere realizar algo, más bien deja que siga dicho curso causal sin intervenir en él; han señalado que también en los delitos activos el elemento voluntad resulta ser innecesario, ya que "es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado" (Bacigalupo, 2004, p. 309). Por nuestra parte, ya habíamos aceptado el dolo cognitivo para los delitos omisivos (*Vid.* Villavicencio, 1990, p. 275). *Vid.* también *infra* núm. marg. 1449.

[16] Mir Puig, 2004, p. 262, num. 73.

[17] En la reciente jurisprudencia penal peruana no se acepta el dolo cognitivo. *Vid.* Sentencia del Caso Utopía considerando décimo quinto: Ejecutoria superior del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004.

[18] Así Ragués I Vallès (1999, pp. 157 y ss.), Bacigalupo (2004, p. 310).

[19] Desde una teoría cognitiva del dolo, Jakobs (1995, p. 316 num. 8) expresa que «dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias». Frisch concibe al dolo como «conocimiento del riesgo típico» (**en** Rodríguez Montañés, 2004, p. 106). Ambos autores prescinden del elemento volitivo.

[20] Los problemas que afronta el concepto de dolo cognitivo son los siguientes: a) suponen un privilegio para los desconocimientos irracionales, b) grava a las personas escrupulosas y beneficia a las desaforadamente optimistas, c) No aporta criterio para

prescindir del elemento volitivo, es conveniente fortalecer el análisis del dolo al nivel del elemento cognitivo con los modernos aportes normativos, principalmente para darle más precisión a la configuración del dolo de manera que el intérprete opere con límites que le permitan una precisa identificación, en miras a un Derecho Penal garantista.

755. Elementos del dolo

Hasta el momento, el dolo precisa de dos elementos: *cognoscitivo* (conocimiento) y *volitivo* (voluntad) [21].

Jurisprudencia:

"Para la configuración del delito es preciso constatar en el agente una especial intencionalidad dirigida hacia la realización del resultado típico; dicha intencionalidad o animus necandi, *importa en el sujeto activo un conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo, conocimiento que está indisolublemente ligado al aspecto volitivo de la conducta, de modo que conciencia y voluntad, al ser los dos aspectos indesligables del dolo, deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de homicidio simple"* [22].

a. Elemento cognitivo (intelectual)

El **elemento cognitivo** viene a ser el primer momento del dolo, anterior al momento volitivo, pues la voluntad no existe si no está presente el conocimiento de los hechos. "Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada" [23].

756. Elementos cognitivo

757. Contenido del conocimiento

Este elemento comprende el conocimiento de la realización de todos los elementos estructurales de la imputación objetiva. Así, supone el conocimiento de los aspectos descriptivos, normativos, elementos de la autoría, causalidad y resultado, ubicables en el tipo objetivo [24].

---

decidir en qué casos puede considerarse que un sujeto ha realizado o no el juicio de atribución en que se fundamenta el dolo, d) puede propiciar una confusión entre dolo de lesión y dolo de peligro concreto. Sobre la superación de esta problemática *Vid.* RAGUÉS I VALLÈS, 1999, pp. 519 y ss.

[21] En nuestra doctrina: BRAMONT ARIAS, 1966, p. 153; PEÑA CABRERA, 1983, p. 22; HURTADO POZO, 2005, p. 450, num. 1177.

[22] Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 1998, Exp. 4230-98, Puno, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 273.

[23] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 497.

[24] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 316. Es humanamente imposible exigir la previsión de la causalidad en todos sus detalles por lo que es suficiente una previsión en líneas generales (ZAFFARONI, 1981, III, p. 325).

Jurisprudencia:

"Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, asimismo no basta tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos" [25].

758. Conocimiento de agravantes y atenuantes

El conocimiento también incluye a los elementos objetivos de las **circunstancias agravantes y las atenuantes** que integran el tipo. Ejemplo: en el robo agravado, el sujeto debe saber que hace uso de un arma de fuego (artículo 189, numeral 3, Código penal).

759. Conocimiento de la antijuridicidad

El dolo no comprende el conocimiento de la ausencia de causas de justificación ni el conocimiento de la antijuridicidad del hecho [26]. Si se llega al conocimiento de estos elementos no se afecta para nada la configuración del tipo [27].

760. Dolo potencial y conocimiento actualizable

Se discute en relación al tipo de conocimiento. Así, se habla de un **dolo potencial** que es equivalente a la mera posibilidad de prever o saber algo. Pero éste no es configurable, ya que no es un conocimiento sino tan sólo una mera posibilidad de conocimiento [28]. El conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo debe ser efectivo, mejor dicho **actualizable** (en forma de **co-consciencia**) [29]. Ejemplo: el sujeto que seduce a una joven de 17 años (artículo 175, Código penal) sólo en raras oportunidades pensará en su edad, aunque –si lo sabe– dicha información estará en su consciencia como telón de fondo [30]. En este sentido, el conocimiento es variable, y no sólo actual, ya que cuando se piensa el conocimiento tiende a actualizarse [31]. Así, en el momento en que se actúa se requiere de la actualización de algunos contenidos de la conciencia para fijar el objetivo de la acción. Se debería probar, en cada caso, que el agente tenía el grado de actualización del conocimiento necesario para configurar el resultado típico [32].

---

[25] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 20 de mayo de 1998, Exp. 132-98 **en** ROJAS VARGAS, 2001, p. 73.

[26] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 205. *Vid. infra* núms. margs. 1373 y 1374: error de prohibición indirecto.

[27] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 270.

[28] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 497.

[29] *Ibidem*, pp. 497-498.

[30] STRATENWERTH, 1982, p. 97.

[31] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 497.

[32] Cfr. *Ibidem*, p. 498.

Sin embargo, desde una perspectiva social del dolo cognitivo, "tales valoraciones no consiguen llegar al detalle de las sutiles vivencias espirituales de los individuos, sin que los resultados a los que conducen son solo dos: «conocimiento» y «desconocimiento» o, indistintamente «consciencia» e «inconsciencia». «Co-conscientemente», «consciente desde una perspectiva objetivo-conceptual» o «vivencialmente» son términos completamente ajenos a las valoraciones sociales y, por tanto, su empleo en la definición del dolo resulta innecesario, pues nunca podrá llegar a ser determinada su concurrencia en el proceso" [33].

761. Grado del conocimiento

Sobre el **grado de conocimiento** que se requiere para la configuración del dolo, este no debe de corresponder a un conocimiento exacto o científico. Particularmente, para precisar el conocimiento de los elementos del tipo es suficiente en el autor una **valoración paralela en la esfera del profano** [34]. Es necesario que el autor haya tenido una representación suficiente, conforme al grado de su formación y conocimiento de la realidad, sobre el significado del término en la vida social [35]. Con esta forma de valoración sólo es exigible al sujeto un conocimiento aproximado de la significación natural, social o jurídica de tales elementos [36].

762. Conocimientos mínimos

De manera más específica [37], la temática de atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento implica analizar cuáles son los **conocimientos mínimos** que serán suficientes para imputar subjetivamente. *Primero*, un sujeto tendrá conocimientos mínimos si era un imputable (*conocimientos mínimos en sentido estricto*). Ejemplo: no se podrá atribuir conocimientos a un inimputable que padece de una anomalía psíquica [38].

---

[33] RAGUÉS I VALLÈS 1999, p. 515.

[34] MEZGER, 1946, II, pp. 136-137.

[35] MAURACH, 1962, p. 327.

[36] Así también lo señalan: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 271; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 197.

[37] Independientemente de las consecuencias sobre la prueba del dolo en materia procesal penal. En este sentido, la normativización de reglas sobre la prueba del conocimiento no puede considerarse un regreso al antiguo sistema de valoración tasada de la prueba y, está más bien en un camino intermedio frente a la excesiva incertidumbre de la prueba libre (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 528). Este autor afirma que el sistema que propone "trabaja con reglas mucho más ajustadas a las peculiaridades de cada caso concreto y, por este motivo, las similitudes con los antiguos sistemas son sólo marginales" (*Ibidem*).

[38] También se habla de *conocimientos mínimos en sentido amplio* en personas que están normalmente socializadas, que en el pensamiento funcionalista supondría excluir conocimientos para *personas exóticamente socializadas* (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 389). *Vid. Infra* núm. marg. 1384.

Segundo, se le puede atribuir ciertos conocimientos que le hayan sido *trasmitidos previamente y/o en breve espacio de tiempo*. Ejemplo: el que informa a otro que un arma de fuego cargada está sobre la mesa y le pide que no la toque, pero éste usa el arma y dispara contra un tercero; el sujeto que es informado por un médico que es portador del virus del SIDA y posteriormente mantiene relaciones sexuales sin preservativo con otra persona a quien contagia. *Tercero*, en el mismo sentido anterior, se encuentran los supuestos en los que el sujeto *exterioriza previamente* que cuenta con los conocimientos. Ejemplo: dos sujetos planean robarle a otro, dejándolo sin sentido ahorcándolo con una soga, que luego descartan pues podrían causarle la muerte, por lo que lo sustituyen por un golpe en la cabeza. En la ejecución del hecho no fue suficiente el golpe, de manera que recurrieron al primer plan causándole la muerte a la víctima, en ambos casos exteriorizaron conocimientos con anterioridad. *Cuarto*, al sujeto se le puede imputar la exteriorización de conocimientos durante o después de la realización de la comisión del delito, siempre que el hecho de haber contado con ellos le perjudique (*exteriorización simultánea* o *posterior*). Ejemplo: el sujeto que decide apoderarse de una radio y en el momento que realiza la sustracción le comentó a un amigo que sabía que dicho aparato pertenecía a otra persona y que había decidido apoderarse (*exteriorización simultánea*); el sujeto que mató a otro por el uso de un arma de fuego y ante el tribunal declara que lo hizo con pleno conocimiento que creaba un riesgo para la vida y pese a ello no omitió tal comportamiento (*exteriorización posterior*-confesión del acusado). *Quinto*, en el sujeto concurren determinadas *calidades personales* o *posiciones sociales* que hace impensable que carezca de determinados conocimientos. Ejemplo: el gerente general de una sociedad anónima que la administra de manera efectiva no desconoce el aspecto tributario de su gestión económica.

763. Conocimientos situacionales

Para imputar a un sujeto el conocimiento de la situación en la que actuó (**conocimiento situacional**), será necesario acreditar que los elementos objetivos, que conforman tal situación, se encontraban en tal posición que el sujeto necesariamente podía aprehender con sus sentidos la existencia y ubicación de los mismos [39]. Sin embargo, existen otros casos en los que para imputar subjetivamente no basta la mera percepción sensorial, «pues el conocimiento de tales características requiere una cierta reflexión o valoración de datos previamente aprehendidos a través de los sentidos» [40]. Así, para la concurrencia de este *conocimiento situacional reflexivo* se requiere: percepción sensorial de las circunstancias y ciertas

[39] RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 522.

[40] *Ibidem*, p. 450.

características personales del sujeto [41]. Ejemplo: el vendedor de relojes que compra uno a muy bajo precio (receptación).

Desde la concepción del dolo cognitivo, cuando el agente realizó una *conducta especialmente apta* (*dolo de lesión*) para producir el resultado, y lo ha hecho siendo conocedor de la *peligrosidad genérica* de dicha conducta y contando con un *perfecto conocimiento situacional*, podrá imputársele el conocimiento que su conducta era apta para producir dicho resultado y se podrá afirmar el *dolo* [42]. Ejemplo: para imputar dolo a quien mata a otro de un disparo debe poder imputarse el conocimiento de tres factores: a) conocimiento que disparar un arma es una conducta apta para matar cuando al frente está una persona (*correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); b) conocimiento que en la situación concreta en la que disparó, una persona se encontraba en la trayectoria de la bala (*perfecto conocimiento situacional*); c) el conocimiento que surge de integrar los datos anteriores (*juicio de concreta aptitud lesiva*) [43]. Si el sujeto realizó una *conducta neutra* o *arriesgada* (*dolo de peligro concreto*) en cuanto a su aptitud para producir el resultado, sólo se le podrá imputar un conocimiento de la capacidad lesiva de la conducta si contaba con el conocimiento abstracto de su peligrosidad y con un adecuado conocimiento situacional, siempre que haya concurrido alguna de las siguientes situaciones: *Primero*, el sujeto exteriorizó durante y después del hecho haber sido consciente de la capacidad lesiva de la misma. *Segunda*, la misma forma de comisión del delito hace impensable que el sujeto no haya integrado los factores que conocía de manera aislada en un efecto de concreta aptitud lesiva [44].

764. Imputación al dolo de lesión y de peligro

Ante la dificultad de diferenciar entre dolo de lesión y de peligro, recientemente algunos autores partidarios de la teoría del dolo cognitivo, han planteado diversos criterios: incluyendo en el momento cognitivo una especial actitud o toma de posición del autor (JAKOBS, FRISCH) o trasladando el problema de la delimitación al tipo objetivo (HERZBERG, BOTTKE, PUPPE) [45]. Sin embargo, dolo de lesión y dolo de peligro son conceptos distintos. "El criterio diferenciador de ambos conceptos radica en el denominado 'elemento volitivo' por la doctrina mayoritaria, no entendido como consentimiento, sino como 'tomar en serio' o 'conformarse', 'confiar en'. Las modernas teorías cognitivas que renuncian a ese elemento volitivo, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posi-

765. Criterio diferenciador entre dolo de lesión y de peligro

---

[41] *Ibidem*, p. 453.

[42] RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 523.

[43] *Ibidem*, p. 444.

[44] *Ibidem*, p. 523.

[45] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS 2004, p. 102.

ción o actitud del autor, fundamentando en ella la diferenciación, no hacen sino reconducirlo al conocimiento, lo cual implica una rechazable deformación conceptual, pero, en el fondo, no cambia nada" [46].

a.1. Error de tipo (ausencia de dolo)

766. Error de tipo

Es el error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo. Puede ser que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en la realidad (representación falsa) [47].

767. Error sobre elementos descriptivos y normativos

El error puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, ya sean descriptivos o normativos. Si el agente ha percibido equivocadamente un elemento típico, el error recae sobre los elementos descriptivos, pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recae sobre los elementos normativos [48].

Jurisprudencia:

"El transportar droga en un costal desconociendo esta circunstancia, constituye error de tipo que exime de responsabilidad penal a la procesada" [49]. En otro caso: *"El acusado ha actuado en error de tipo, puesto que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo el hurto agravado y por ende no puede afirmarse que haya conocido y querido la sustracción de los bienes materia de incriminación; por lo mismo no concurriendo el primer elemento del delito, cual es la tipicidad de la conducta, se excluye la responsabilidad del encausado"* [50].

768. Error de tipo y error de hecho

Por eso creemos que es equívoco identificar error de tipo y error de hecho. En realidad, un error de tipo puede referirse a sus elementos de hecho como de derecho. Ejemplo: el error sobre el bien mueble ajeno, creyéndola propia en el hurto (artículo 185, Código penal) es un error de tipo. Sin embargo, en la dogmática moderna se observa una vuelta a la distinción entre error de hecho y error de derecho, pero separada del principio *error juris nocet* ya que no se discute la relevancia del error de

---

[46] *Ibidem*, p. 130.

[47] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 329. *Vid.* también BUSTOS, 2004, I, p. 645.

[48] En estos casos se habla del "*conocimiento paralelo en la esfera del lego*" (BACIGALUPO, 2004, p. 315).

[49] Ejecutoria Superior del 7 de julio de 1998, Exp. 426-97 **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 204.

[50] Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 1997, R. N. 2104-97 **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 127.

derecho, sino la del error de hecho y de derecho en relación con el dolo (BURKHARDT y KINDHÄUSER) [51].

769. Exclusión del dolo

El error de tipo **excluye el dolo** [52], consecuentemente al estar ausente el elemento dolo, se configura como una causal de ausencia de imputación subjetiva.

Jurisprudencia:

"El dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo que excluye el dolo" [53].

770. Formas de error de tipo

Se diferencia entre error de tipo vencible e invencible. Ambos excluyen el dolo, pero el error de tipo vencible supone responsabilidad y la infracción será sancionada como imprudente. El Código Penal de 1991 en el artículo 14 adopta esta solución. Error de tipo invencible: excluye la responsabilidad o la agravación, error de tipo vencible: la infracción será castigada como culposa si se hallare prevista en la ley. Existe error de tipo en el caso del nativo que sale de cacería por los bosques y en la creencia que el objeto que se movía era un hermoso venado al lado de un grueso tronco disparó y mató a su compañero de caza. En el caso es necesario determinar si el error fue vencible o invencible, entre otros aspectos, atendiendo a la ausencia o parcialidad de los conocimientos mínimos y situacionales del sujeto.

771. Error de tipo vencible

Existe **error de tipo vencible**, cuando el agente pudo haber salido del error en el que se encontraba y pudo evitar el resultado observando el cuidado debido que las circunstancias le exigen para poder evitar cualquier tipo de resultado. En estos casos, sólo se sanciona si existe un equivalente tipo imprudente, ya que este error va a excluir el dolo, pero no la imprudencia en la que procedió el autor. Es decir, no se puede hablar de la ausencia de responsabilidad penal, por el solo hecho de excluirse el

---

[51] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **en** LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, 1999, p. 83. Cfr. CARO CORIA, **en** SALMÓN, 2001, p. 162. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en otro trabajo (2001, p. 227), señala que no es tan descabellada la pareja *error de hecho-error de prohibición* y que presenta ventajas y desventajas frente al usual *error de tipo* y *error de prohibición*, pero tampoco considera preferible abandonar la actual distinción. *Vid.* KINDHÄUSER, 1999.

[52] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 332. LUISI, 1987, p. 111. "También la forma de hablar de 'exclusión' despierta la impresión errada de que se eliminaría algo ya existente, mientras que sólo se trata de la simple comprensión de que falta el dolo si no existen sus presupuestos" (STRATENWERTH, 2005, p. 179, num. 80).

[53] Ejecutoria Suprema de 27 de enero de 2005, R. N. 3801-2004 Tacna, primer considerando.

dolo, ya que queda pendiente la ausencia del cuidado debido que le era exigible al agente. Será necesario comprobar si hay un tipo penal que sancione la realización imprudente de la conducta [54].

Jurisprudencia:

"En vista de que el resultado típico se vio contribuido por el comportamiento negligente de la autoridad política, puesto de manifiesto al no haber tomado todas las previsiones y seguridad necesarias para evitar la fuga de los detenidos debe resolverse el hecho global como un error de tipo vencible que excluye el dolo en el obrar del autor, pero que deja abierta la posibilidad para imputarle una responsabilidad a título de culpa, en vista que el resultado en todo caso pudo haber sido evitado mediante un actuar diligente" [55].

772. Error de tipo invencible

Existe **error de tipo invencible** cuando el agente, habiendo observado el cuidado debido, no pudo salir del error en el que se encontraba, originando el resultado. En este caso, la conducta debe ser atípica pues el agente ha actuado de manera diligente y con el debido cuidado; descartándose, con ello, tanto una imputación dolosa como imprudente [56].

Jurisprudencia:

"Quedando establecido que los intervinientes eran enamorados, no habiendo conocido que la agraviada tenía menos de catorce años al haberle dicho que ella tenía quince, siendo así se ha incurrido en error de tipo por parte del acusado, el cual en teoría se hubiera podido evitar obrando con el debido cuidado averiguando la edad de la menor, sin embargo, ello no es usual en nuestra realidad" [57]. En otro caso: *"Se ha dado el error de tipo invencible puesto que el imputado actuó en la creencia de que la agraviada tenía más de catorce años de edad, además por el consentimiento prestado por la víctima para la consumación del evento, originando de ese modo que el dolo quede excluido en la conducta desarrollada por el encausado"* [58].

---

[54] Cfr. Bustos, 2004, I, p. 645. Jurisprudencia: «*Se da el error de tipo, y aun cuando el acusado haya estado en condición de superar dicho error y se le reproche como error de tipo vencible, la conducta deviene en atípica en función que el delito de violación de la libertad sexual no admite la figura culposa*». Ejecutoria Suprema del 7 de junio de 2005. Sala Penal Transitoria. Exp. R.N. 1251-2005, Ica, cuarto considerando.

[55] R. N. 3753-97 Ayacucho **en** Rojas Vargas, 1999, p. 130.

[56] Cfr. Velásquez Velásquez, 2002, p. 295.

[57] Exp. 559-97 **en** Gómez Mendoza, 1999, pp. 381-383. Basándose en un fundamento muy discutible de imputabilidad relativa para fundamentar la invencibilidad: *"Incurre en error de tipo la inculpada que mantiene relaciones con un menor de catorce años, en tanto éste reiteradamente había manifestado en su entorno social tener más de quince, lo que resultaba creíble por sus características corporales. Para evaluar la invencibilidad del error debe considerarse que la inculpada, según un informe psicológico y las pericias realizadas, tiene un nivel de retardo mental que afecta su esfera de percepción. No siendo exigible que calculara la verdadera edad del menor. Al comprobarse que el error de tipo es invencible, procede absolver a la inculpada"*. Ejecutoria del 27 de abril de 1999, Exp. 98-3971 Huaura **en** Academia de la Magistratura, 2000a, p. 175.

[58] Ejecutoria Suprema de 27 de enero de 2005, R. N. 3801-2004 Tacna, tercer considerando.

773. Error al revés

En los casos que el agente realice una suposición errónea de la concurrencia de algún elemento típico (**error al revés**) se plantea una problemática distinta y estaremos ante supuestos de tentativa inidónea [59].

774. Error sobre circunstancias agravantes y atenuantes

El error también puede recaer sobre uno de los elementos que agravan o atenúan la pena. En los casos que el error (sean vencibles o invencibles) recae sobre las *circunstancias agravantes*, su falta de representación o representación falsa por parte del agente, quien solamente ejecuta los elementos del tipo básico, permite establecer sólo la imputación de este tipo [60]. En los casos en que el error recae sobre las *circunstancias atenuantes*, si el agente actuó con ignorancia o falta de representación de estos elementos, la imputación subjetiva no puede modificar la objetiva, y por lo tanto se imputará al agente por el tipo atenuado; pero si el agente actúa con representación falsa de estos elementos, la imputación será del tipo básico, ya que el dolo ha comprendido todos los elementos del tipo básico y aunque el agente haya supuesto la presencia de circunstancias atenuantes, esto no surtirá efectos que alteren la tipificación básica [61].

775. Error de tipo y excepción de naturaleza de acción

Desde un punto de vista procesal, el *Pleno Jurisprudencial* realizado en Arequipa en 1997 acordó que "la ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción" (Acuerdo Plenario Nº 6-97, primer acuerdo). Este acuerdo se fundamenta en el sentido que "conforme al artículo 14 del Código Penal, el error de tipo invencible, sea que recaiga sobre los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, excluye el dolo, por lo que debe ampararse la excepción de naturaleza de acción basada en estas consideraciones" (tercer considerando).

a.2. Otras modalidades de error

776. Error *in persona vel in objetivo*

Error "*in persona vel in objetivo*", es el error sobre el objeto de la acción (persona u objeto material). El sujeto yerra sobre las características o la identidad del objeto de la acción; no se trata de una modalidad de *aberratio* sino de confusión. Ejemplo: el que dispara a matar a otro, pero debido a un error en la identidad, el sujeto no era la persona a quien pretendía matar.

El error es **irrelevante** (no excluye el dolo) si la persona o el objeto sobre los que recae la conducta no hacen cambiar la valoración jurídica del

---

[59] MIR PUIG, 2004, p. 274, num. 118.

[60] ÁVALOS RODRÍGUEZ, 2004, p. 480.

[61] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 516. *Vid.* REAÑO PESCHIERA, 2003, p. 212.

hecho respecto al que se trata de cometer [62]. No habría error si el agente sólo se equivoca en la equiparación de los objetos del hecho que son del mismo valor. Esto sólo nos llevaría a un error de motivación antes que un error de tipo [63]. Ejemplo: quien en la semioscuridad lesiona a una persona por otra (error en la persona); el que sustrae una cartera creyendo que contiene dinero pero en realidad contiene algunas joyas (error en el objeto).

777. Errores *in persona vel in objetivo* irrelevantes

Los errores serán **relevantes** en dos casos: *Primero*, debido al error el resultado es considerado *más grave* del pretendido. Ejemplo: quien dispara a matar a un extraño y por confusión sobre la identidad mata a su padre (artículo 106 en relación al artículo 107 del Código Penal). Aquí, el error excluye el dolo de parricidio (error de tipo) y se mantiene subsistente el dolo de homicidio. *Segundo*, debido al error el resultado es *menos grave* del pretendido. Ejemplo: el que quiere matar a su padre y por confusión sobre la identidad, mata a un extraño. Creemos que este supuesto debe resolverse con las reglas del concurso ideal: tentativa inidónea de parricidio y homicidio doloso [64]. De manera genérica, en estos casos, sólo el error es relevante cuando se tratan de diferentes objetos o son los mismos objetos pero con diferente valoración o protección jurídico-penal [65] [66].

778. Errores *in persona vel in objetivo* relevantes

Aberratio ictus (error en la ejecución, en el golpe). A diferencia del error en el objeto que supone una confusión del objeto de la acción por otro, en el *aberratio ictus* el sujeto yerra la dirección del ataque [67]. Ejemplo: el que quiere matar a otro y contra él apunta su arma, pero apunta mal o el aparato de puntería del arma es defectuoso, de tal manera que mata a un tercero que se encontraba cercano. El yerro se produce pues en la ejecución [68].

779. *Aberratio ictus*

---

[62] Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 333. *Vid.* también Gómez Benítez, 1987, pp. 225-226; Hurtado Pozo, 2005, p. 480-481, num. 1265.

[63] Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 333; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 417, num. 10.

[64] Mir Puig, 2004, p. 277, num. 131. *Vid.* Castillo Alva, 2000, p. 134 (resuelve como homicidio simple).

[65] Berdugo *et al.*, 1999, pp. 200-201.

[66] "El tratamiento de estos casos en el tipo objetivo o en el tipo subjetivo (como problema de error sobre el nexo causal) suele no conducir en la práctica a soluciones diferentes. Sin embargo, no parece –aunque sea tal vez prematuro dar una opinión definitiva– que se trate de una discusión sin trascendencia práctica" (Bacigalupo, 2004, p. 320).

[67] Mir Puig, 2004, p. 278, num. 136.

[68] Silva Sánchez, 1984, pp. 347 y ss. (cita a Backmann: *Die Rechtsfolgen der aberratio ictus*); Idem, 2000, p. 41.

780. *Aberratio ictus irrelevante*

Es discutido el tratamiento que merece la *aberratio ictus* cuando el resultado causado y el que se buscaba tienen la misma significación jurídica. Ejemplo: el que quiere matar a Juan pero por el *aberratio ictus* mata a Pedro; las soluciones se han planteado en dos sentidos: como homicidio consumado (error irrelevante, solución similar al *error in objecto*) (teoría de la semejanza-equivalencia) [69] o, como un concurso de tentativa de homicidio respecto a Juan y homicidio culposo respecto a Pedro (teoría de la concreción). Esta ultima nos parece la solución más adecuada [70] [71].

---

[69] WELZEL, 1976, p. 107. JESCHECK objeta que esta tesis "olvida el dato de que no basta con [que] el dolo vaya referido de forma abstracta a una *clase* determinada de objeto material, sino que el autor debe haberse propuesto atacar a un objeto *concreto*" (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 336). Por su parte, WESSELS considera que esta posición "atribuye al autor un dolo homicida general, cuando, en realidad, pensaba en un objeto de ataque completamente determinado y había efectuado una individualización del objeto que no debe ser desatendida, por lo menos en el ámbito de los bienes jurídicos eminentemente personales. No indica nada el que no sea necesario que el dolo sea individualizado y que pueda bastar un dolo homicida general, si el autor ha hecho una individualización del objeto y ha tenido una voluntad homicida especial" (1980, pp. 76-77). Para STRATENWERTH con esta opinión "el supuesto de *aberratio ictus* se trataría como si fuera un mero error sobre el curso causal, lo que, en realidad, no es" (1982, p. 104).

[70] Cfr. STRATENWERTH, 2005, pp. 186-187, num. 95; JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 335-336; JAKOBS, 1995, p. 365, num. 80; MIR PUIG, 2004, pp. 279-280, num. 140. *Vid.* distinción de la *aberratio ictus* con el *dolo alternativo* **en** BACIGALUPO, 2004, p. 320.

[71] Para ROXIN, el *aberratio ictus* "no es una figura jurídica autónoma, sino sólo un caso especial de desviación del curso causal y hay que tratarla conforme a las reglas de ésta; ciertamente con el distinto resultado de que una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo actuado es irrelevante para el dolo en la mayoría de los casos, mientras que, a la inversa, la *aberratio ictus* excluye la mayoría de las veces la imputación del resultado al dolo" (1999, p. 495, num. 150). De conformidad con el criterio del "plan de hecho", para ROXIN el *aberratio ictus* no excluirá la imputación al dolo, cuando según el plan del hecho, la identidad de la víctima carece de relevancia (*Ibidem*, pp. 494-495, num. 150). Se entiende que el plan del hecho también comprende una valoración objetiva, específicamente al objeto material de la acción elegido por el agente, por lo que estará frustrado el hecho cuando no se llega alcanzar éste (*Ibidem*, p. 494, num. 149). Cfr. HURTADO POZO, 2005, pp. 477-479, nums. 1253, 1257-1258. En otro sentido, HERZBERG exige que se prevea el curso causal dañoso, aunque sea de forma de co-consciencia, es decir, sin darse un cálculo completamente consciente de la posibilidad del mismo (**en** SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 62). Basta con comprobar que el agente fue co-consciente del resultado a producirse, para descartar una desviación relevante (*aberratio ictus*) y sancionarse a título doloso (*Ibidem*). "En cualquier caso, el ámbito de la co-consciencia es menor que el de lo objetivamente previsible según la experiencia de la vida: habrá casos en que un curso causal previsible objetivamente no sea abarcado por la co-consciencia, con lo que quedará excluida la pena del delito doloso consumado" (*Ibidem*).

781. *Aberratio ictus* relevante

Cuando el resultado originado y el que se buscaba tienen distinta significación (más o menos grave) el error será relevante. Ejemplo: debido a los defectos del sistema de dirección del arma usada, al que se mata no es al extraño sino a su padre y viceversa. También en estos casos creemos que deben aplicarse las reglas del concurso ideal [72].

782. *Dolus generalis*

El llamado "***dolus generalis***" se trata del error sobre el curso causal, cuando el agente yerra sobre cuál de los diversos actos de un contexto de acción causa el resultado perseguido [73]. Ejemplo: el que golpea a otro hasta creerlo muerto y en esa creencia lo arroja al río para hacerlo desaparecer. Más tarde se comprueba que la víctima murió ahogada y que aún vivía antes de ser sumergida en el agua. En este hecho se ejecutan a la vez dos actos cuya importancia lo estima erróneamente el autor, pues cree haber conseguido en el primer acto el resultado muerte, pero en realidad dicho resultado se logra con el segundo acto, que había sido pensado para ocultar el cuerpo [74]. Se pueden diferenciar dos niveles: a) el sujeto desde el principio tiene la intención de cometer el segundo acto (luego de matarlo, sumergir al cadáver). En este caso se trata de un delito de homicidio consumado [75]; b) el segundo acto no estaba planeado desde el principio sino que el agente decidió realizarlo después de concluido el primer acto (con posterioridad a la presunta muerte, decide sumergir al cadáver y este muere ahogado). Creemos que se presenta un concurso real entre tentativa de homicidio doloso y homicidio culposo [76]. Otra vía de solución es la de negar la *imputación objetiva* del resultado de muer-

---

[72] Peña Cabrera considera que se presenta concurso ideal entre tentativa de homicidio y homicidio doloso (1997, p. 374); para Salinas Siccha existe delito de homicidio doloso, atribuyéndose delito de tentativa acabada de homicidio (1998, p. 38); Fidel Rojas señala que la imputación del resultado muerte resulta atribuible al agente en virtud a las reglas de la comisión culposa de homicidio, en concurso con tentativa de homicidio simple (1997, p. 292).

[73] Stratenwerth, 2005, p. 184, num. 91.

[74] Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 335.

[75] Stratenwerth, 2005, p. 185, num. 93. *Vid.* Welzel, 1976, pp. 108-109.

[76] Cfr. Bacigalupo, 2004, p. 322. Hurtado Pozo (2005, p. 480, num. 1262) acepta esta solución si la modificación del curso causal es relevante, pues si la desviación causal no es esencial, señala que hay que admitir el dolo respecto a la segunda acción; por ello, rechaza la idea que la solución sea siempre una tentativa respecto a la primera acción y un delito culposo en cuanto a la segunda (*Ibidem*, num. 1263). *Vid.* Roxin, 1999, p. 498 y ss. En sentido diferente: Bramont Arias L. A./Bramont-Arias Torres, L. A. (2002, pp. 169-170) y Bramont-Arias Torres, L. M. (2000, p. 169) señalan que se presenta sólo un hecho doloso consumado.

te a la acción inicial dolosa, y ésta constituye un homicidio frustrado (en tentativa acabada), de manera que el resultado se imputa objetivamente a la segunda acción pero en la que no hay dolo (error de tipo vencible); en consecuencia, se trataría de un homicidio frustrado en concurso real con un homicidio imprudente [77].

b. Elemento volitivo del dolo

Otro factor del dolo es la **voluntad** de realización de los elementos que integran al tipo objetivo. Como ya hemos expresado antes, dicha voluntad la entendemos en el sentido que el individuo se inserta conscientemente en el marco de objetos de referencia en un proceso de comunicación, ello supone querer realizar los elementos del tipo objetivo. Si el agente, conociendo los elementos típicos, no quiere o no tiene la decisión, o conociendo la imposibilidad de ejecutar los actos delictivos, se anula su intención, la ausencia del dolo es indiscutible. Así, los *delitos dolosos* se presentan como formas de comunicación en los que el autor quiere alcanzar un objeto de referencia y conduce su actividad sobre ese objeto y proyecta una pretensión de validez para su actividad en relación al otro.

783. Elemento volitivo

Jurisprudencia:

"Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente" [78].

El sujeto quiere la realización del tipo. Este querer no se confunde con el **deseo** [79], que sólo implica una posible inclinación que no logra concretarse, siendo intrascendente a efectos jurídico-penales. Ejemplo: el asaltante que no desea matar al cajero del Banco, pero a pesar de ello quiere hacerlo pues no existe otra forma de apoderarse del dinero. Tampoco se confunde con los **móviles** [80]. Para la existencia del dolo es indiferente la naturaleza de los motivos. El dolo existe aunque los móviles no sean antisociales.

784. Deseo y móviles

---

[77] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 435. VILLA STEIN señala que se da una desviación en el proceso causal excluyéndose así la imputación objetiva (1998, p. 242).

[78] R. N. 3019-98 Puno **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 111.

[79] CURY, 1982, p. 263; Cfr. MANTILLA NOUGUES/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 382.

[80] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2002, p. 271.

b.1. Clases de dolo

Se distinguen diversas *clases de dolo*: dolo directo (de primer y segundo grado) y dolo eventual [81]. Estas categorías implican "una simplificación y una reducción de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto en relación con los elementos objetivos del tipo" [82].

785. Clases de dolo

b.1.1. Dolo directo de primer grado (dolo inmediato)

En el **dolo directo de primer grado**, la realización del tipo –ya sea del resultado o de la acción delictiva– es precisamente la que el autor persigue. Ejemplo: el que busca matar a otro con disparos de arma de fuego y lo alcanza. En esta clase de dolo predomina el aspecto volitivo; por eso, algunos han considerado denominarlo **intención** o **propósito** [83]. En relación al elemento cognitivo, resulta innecesario que el agente tenga un conocimiento seguro de la configuración de los elementos del tipo objetivo, bastando sólo con que tenga una suposición de una posibilidad de resultado [84]. Ejemplo: quien desde una gran distancia y consciente de su inexperiencia en la puntería, dispara con ganas (en el sentido de querer) de matar a otro.

786. Dolo directo de primer grado

b.1.2. Dolo directo de segundo grado (dolo mediato)

El agente cuando ejecuta un hecho ilícito advierte que, además del resultado que busca generar, se van a producir otros resultados que están vinculados al principal de manera necesaria e inevitable. El sujeto considera que el resultado está acompañado de consecuencias necesarias e inevitables (**dolo de consecuencias necesarias**). Ejemplo: el que para matar a un funcionario sabe que al colocar el explosivo en la carrocería del vehículo en el que viaja, también matará al chofer y a otro acompañante. Aquí, es dominante el aspecto cognoscitivo del dolo, ya que el sujeto activo no quiere directamente las consecuencias que sabe que se van a ocasionar,

787. Dolo directo de segundo grado

---

[81] JESCHECK (1981, I, p. 401) diferencia entre intención (*Absicht*), dolo directo (*direkter Vorsatz*) y dolo eventual (*bedingter Vorsatz*). *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 318. De la misma manera: ROXIN, 1999, p. 415, num. 2.

[82] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 272.

[83] ROXIN, 1999, p. 415, num. 2. Desde su personal punto de vista, BACIGALUPO considera que esta es la única forma de dolo que requiere un complemento volitivo o una relación volitiva del sujeto con las consecuencias de su acción (2004, p. 313).

[84] Cfr. ROXIN, 1999, p. 416, num. 4.

pero las admite como necesariamente vinculadas el resultado principal que busca [85].

788. Consecuencias ulteriores

No es necesario, que el agente crea que es segura la realización de la consecuencia ulterior, pues es sólo suficiente que sepa que está vinculada con el desarrollo del suceso perseguido [86]. Es evidente que el resultado queda comprendido en la voluntad de realización del autor, aunque no lo desee [87]. Por lo tanto, todos los elementos del tipo objetivo –por ende, todos los resultados que se van a generar– son conocidos por el agente, pero no queridos. Hay que acotar, que estas diferencias psicológicas que apreciamos en los tipos de dolo directo no van a significar necesariamente diferencias en la punibilidad [88].

b.1.3. Dolo eventual

789. Teorías sobre el dolo eventual

Si bien sobre el concepto del dolo directo de primer grado y de segundo grado existe cierto acuerdo, en relación al contenido del dolo eventual (y su diferencia con la culpa consciente) se han debatido diversas teorías siendo dos las que destacan: teoría del consentimiento y teoría de la probabilidad [89].

790. Teoría del consentimiento

A partir del aspecto volitivo del dolo, la **teoría del consentimiento** (del asentimiento, de la voluntad) considera que para calificar al dolo eventual es suficiente que el agente consienta en la posibilidad del resultado, pero en el sentido que lo "apruebe interiormente". El autor decide actuar aun cuando se haya representado, de manera previa, el resultado lesivo como posible y probable; es consciente de dicho resultado y aun así decide ejecutar la conducta. De acuerdo a la conocida fórmula de FRANK, existe dolo eventual si el sujeto se dice a sí mismo: "Sea así o de otra manera, suceda

---

[85] *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 272.

[86] STRATENWERTH, 2005, pp. 191-192, num. 108. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, 2000, pp. 337-338.

[87] CEREZO MIR, 2003, II, p. 147. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, 2000 p. 338.

[88] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 272 ("Tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una *consecuencia necesariamente unida* a la principal que se pretendía").

[89] BUSTOS afirma que el dolo eventual no es un puro problema dogmático sino principalmente de carácter político criminal (2004, I, p. 831). Para este autor, el legislador pretende impedir dos formas de procesos (dolosos y culposos), no hay una tercera posibilidad (*Ibidem*). "Ciertamente en el dolo eventual no hay un proceso en dirección a la afección del bien jurídico. Todos los autores recalcan que, en el dolo eventual, sólo hay un alto riesgo, la probabilidad del hecho típico. Esto significa que si desaparece ese alto riesgo o probabilidad no hay dolo eventual. Por tanto, pareciera que el dolo eventual queda dentro de los procesos que son propios de la culpa" (*Ibidem*).

esto o lo otro, en todo caso yo actúo" [90]. Por el contrario, no habrá dolo eventual si el agente, luego de representarse el resultado como algo posible y probable, se hubiera abstenido de actuar, entonces estaríamos ante una figura de culpa consciente. Aquí el sujeto se dice: "si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar" [91].

791. Críticas a la teoría del consentimiento

Se objeta a esta teoría que es el juez quien se plantea las preguntas y no el sujeto (pues este nunca se las planteó) y además contesta a ellas por él. La crítica se dirige a la presunción que hace el juez de algo que capaz no se da en la realidad. Esta teoría se formula en base a una ficticia confrontación del delincuente con el resultado cuando éste todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido [92], la más importante observación indica que esta teoría se dirige hacia un autoritario Derecho Penal de autor, apoyándose en la culpabilidad por el carácter y no la culpabilidad por el hecho [93].

792. Teoría de la indiferencia y teoría negativa de la voluntad

En esta línea se insertan, entre otras propuestas: *Primera*, la *Teoría de la indiferencia* (ENGISCH) que constituye la versión más estricta de la teoría del consentimiento [94], y que establece que, para sustentar la existencia del dolo eventual, el agente debe de actuar con indiferencia, con la seria posibilidad de lesionar o colocar en peligro al bien jurídico, de modo que se asume el riesgo de su producción [95]. *Segunda*, la *Teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación* (KAUFMANN) que niega la concurrencia del dolo eventual cuando el individuo se ha representado la posibilidad del resultado, sólo cuando su voluntad conductora estuviera dirigida a la evitación del resultado [96].

793. Teoría de la probabilidad

Por otro lado, tomando como base el aspecto cognoscitivo del dolo, se ha formulado la **teoría de la probabilidad** (o de la representación) que considera que lo determinante para establecer si estamos ante el dolo eventual o la culpa consciente es el grado de probabilidad de producción del resultado que el sujeto advierte. Así, habrá dolo eventual cuando el autor en su actuación advierte de muy probable la producción del resultado. Cuando el autor considera lejana la posibilidad que se dé un resultado lesivo, estaremos ante un caso de culpa consciente. No importa que el sujeto esté o no de acuerdo con el resultado, ni que consienta o no con él [97]. Aunque la cuestión es debatida, existirá dolo eventual en el supuesto de una gran probabilidad que se produzca el resultado y, culpa consciente cuando para el agente esta posibilidad sea muy lejana.

---

[90] MAURACH, 1962, p. 317.

[91] MIR PUIG, 2004, p. 266, num. 90. Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 198.

[92] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 274. Estos autores consideran preferible esta teoría, ya que señalan que además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la imprudencia (*Ibidem*, p. 274).

[93] GIMBERNAT, 1981, pp. 186-187.

[94] ROXIN, 1999, p. 432, num. 37.

[95] TAVARES, 2003, p. 351.

[96] ROXIN, 1999, pp. 436-437, num. 44.

[97] GIMBERNAT, 1981, p. 182. *Vid.* en este autor, la interesante confrontación de las teorías. *Vid.* también MIR PUIG, 2004, pp. 267-268.

794. Críticas a la teoría de la probabilidad

Las dificultades que presenta esta teoría están en orden a la necesidad de precisar el nivel de la probabilidad, además que prescinde de la voluntad del sujeto respecto al resultado, a pesar que lo que se está por decidir es si ha habido comportamiento doloso [98].

795. Teoría de la no improbable producción del resultado y teoría del riesgo

Entre otras variantes actuales de esta perspectiva se ubican: *Primera*, la *Teoría de la no improbable producción del resultado* (JAKOBS) que entiende que el dolo eventual debe determinarse en atención al "límite inferior de la probabilidad que debe existir según el juicio concienzudo" [99], es decir, cuando el sujeto en el momento de la acción juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable [100]. Se fija el límite inferior mediante la *relevancia del riesgo percibido* para la decisión del sujeto. Además, esta relevancia se halla en función de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo [101]. *Segunda*, la *Teoría del riesgo* (FRISCH), parte estableciendo que el objeto del dolo sólo sería la conducta típica y no todos los elementos del tipo objetivo [102]. Así, establece que esa conducta se entiende como un comportamiento con riesgo no permitido y, para que exista dolo eventual sería suficiente el conocimiento de dicho riesgo [103].

796. Concepto de dolo eventual

Debido a estas dificultades, la concepción dominante asume una posición intermedia: **dolo eventual** significa que el autor "considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella" [104]. *Tomar en serio* la posibilidad de realización del delito significa que el autor juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado [105]. *Conformarse* con la posible realización del tipo significa que el sujeto acepta la posible realización del resultado o, por lo menos, se resigna a ella. Lo que el autor debe aceptar es la posibilidad del resultado o el resultado en tanto posible, no el resultado en sí, porque en tal caso hay dolo directo [106]. Ejemplo: en el caso de los mendigos rusos (LÖFFLER) que mutila-

---

[98] GIMBERNAT, 1981, p. 187. *Vid.* MIR PUIG, 2004, p. 268, nums. 96-97.

[99] JAKOBS, 1995, p. 333, num. 30.

[100] ROXIN, 1999, p. 441, num 53.

[101] *Loc. cit.*

[102] *Ibidem*, p. 439, num. 49.

[103] FRISCH, **en** ROXIN, 1999, p. 440, num. 49.

[104] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 321. Cfr. ROXIN, 1999, p. 446, num. 61; STRATENWERTH, 2005, p. 196, num. 117. Este último, sobre los supuestos de total indiferencia del autor frente al bien jurídico puesto en peligro, sostiene que "parece ser más correcto admitir que también un autor al que en sí le es indiferente una consecuencia cuya relevancia valorativa reconoce, puede considerar leve la posibilidad de su producción o tomarla en serio, de modo que en estos casos no hace falta ningún criterio adicional" (num. 118).

[105] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 321.

[106] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 402, num. 2, p. 403, num. 7.

ban niños para estimular la caridad y algunos niños morían a consecuencia de las mutilaciones, los mendigos no aceptaban el resultado, pues muertos los niños no servían a sus intereses. Los mendigos realizaban las conductas aceptando la posibilidad de la producción del resultado.

Jurisprudencia [107]:

"La conducta del agente es imputable a título de dolo eventual, puesto que aunque el querer de éste no estuvo referido directamente a producir la muerte de la agraviada, es evidente que pudo prever su producción y sobre esa base decidió efectuar el disparo" [108]. Otro caso: *"La descarga eléctrica se produjo debido a que el procesado exprofesamente así lo hizo con la intención de asustarlo, sin medir las consecuencias fatales que podía ocasionar; que, por lo tanto, tal resultado es imputable al acusado por dolo eventual, toda vez que por las circunstancias del caso -aquél reconoce que advirtió que el agraviado se encontraba sudoroso y que ello, se sabe, aumenta la conducción de la electricidad, se confirma que el resultado producido era previsible, siendo su accionar conectar energía eléctrica en la rejilla del establecimiento cuando el menor se encontraba sujetado a esta un medio idóneo para producir dicho resultado, por lo que no se trata de un Homicidio por omisión impropia, sino de un Homicidio simple imputable a título de dolo eventual, puesto que el resultado muerte se produjo debido a una conducta comisiva conectar energía eléctrica y no una omisiva"* [109].

797. Diferencia entre dolo eventual y culpa consciente

El dolo eventual se constituye como el límite determinante entre el dolo y la culpa (en este caso culpa consciente). Y es que se identifican en ambos una base común: se reconoce la posibilidad de que se produzca y no se desea el resultado [110]. El **dolo eventual** se presenta cuando el sujeto cuenta con la posibilidad de producción del resultado, la **culpa consciente** cuando el sujeto confía en que el delito no se producirá.

Jurisprudencia:

"Lo que diferencia, dentro de esta línea de análisis, al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, per se, *o por otra persona. En la culpa consciente existe por el contrario*

---

[107] Jurisprudencia: *"Las lesiones que sufriera la agraviada fueron causadas por el inculpado (...) que al desprender su accionar el procesado ha debido de tener un deber de cuidado y sopesar la acción que realizaba por cuanto de continuar con la misma; forcejeó (sic) podía causar un daño corporal a la agraviada, "dolo eventual", dada su superioridad física y corporal".* Ejecutoria del 13 de mayo de 1998, Exp. 8619-97 en Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, 1999, p. 126.

[108] Exp. 589-94 Ancash **en** *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República* LXXXII, 1998, p. 187.

[109] Exp. 3242-94 **en** Rojjasi Pella, 1997, pp. 152-153.

[110] Mir Puig, 2004, p. 266, num. 87.

la creencia de que el peligro no va concretarse" (Caso Utopía) [111]. En otro caso: *"Realiza una conducta típica con dolo eventual quien se representa seriamente la posibilidad del daño y, a pesar de ello, se conforma con el posible resultado de su conducta, aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá"* [112].

c. Elementos subjetivos del tipo (o del injusto) diferentes al dolo

Generalmente, el aspecto subjetivo del tipo queda integrado por el dolo y no se requiere más. Sin embargo, algunos tipos legales exigen algo más que el dolo: requieren en el agente otros elementos subjetivos diferentes al dolo para la realización del tipo [113]. Estos elementos subjetivos son fines o tendencias o propósitos especiales exigidos en el tipo legal –aparte del dolo– para su realización. Son entendidos como aquellas intenciones que exceden el puro querer de la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esta realización [114].

798. Elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo

A diferencia del dolo que está comprendido por aspectos volitivo y cognitivo, estos elementos se presentan como **propósitos especiales** que van a caracterizar más detalladamente el elemento voluntad del dolo [115]. Desde la perspectiva del sujeto activo, estos elementos se presentan intensificando el querer ejecutar el hecho ilícito.

799. Propósitos especiales

Estos elementos subjetivos especiales se ubican, por lo común, expresamente en el tipo legal, ya sea complementando un tipo básico; ejemplo: "el fin de hacer uso momentáneo" (artículo 187, Código penal), "con la finalidad de obtener ventaja indebida" (artículo 199, Código penal); o justificando un tipo agravado, ejemplo: "por placer", "para facilitar u ocultar otro delito" (artículo 108, Código penal); o justificando un tipo atenuado, ejemplo: "por piedad" (artículo 112, Código penal). En la doctrina se ha establecido la presencia de estos elementos de manera implícita en el tipo legal. En este caso, su identificación se va a desprender de la interpretación, ya sea sistemática o axiológica, de la figura legal que co-

800. Tipicidad de los elementos subjetivos especiales

---

[111] Ejecutoria Superior del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004.

[112] Exp. 167-97-P/COR Camaná **en** ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 26.

[113] JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 339 y ss. *Vid.* especialmente la clasificación que presenta.

[114] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 517.

[115] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 340.

rresponda. Esto nos puede llevar a plantear dudas acerca del significado o el alcance que tengan en el tipo legal [116]. Por lo pronto, consideramos sólo exigentes los elementos subjetivos presentes de manera concreta en el tipo penal, pues su ausencia en un hecho ilícito determinado, nos llevaría a establecer la exclusión de la imputación, aun si se haya cometido con conciencia y voluntad. En el caso que estos elementos subjetivos sean determinantes para la configuración de tipos cualificados o atenuados, su no concurrencia nos llevaría a imputar el hecho en el tipo básico.

c.1. Tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención)

801. Tipos de tendencia interna trascendente

"Se trata de los delitos cuya "parte interna" requiere de una intención especial (*Absicht*) que no corresponde a la parte externa objetiva" [117]. Esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no es exigente para la consumación del delito, debiendo entenderse sólo para efectos de llenar el tipo [118].

802. Delitos de resultado cortado y mutilado de dos actos

Se diferencian delitos de resultado cortado y delitos mutilados (incompletos, imperfectos) de dos actos. En los **delitos de resultado cortado** el agente persigue un resultado que está más allá del tipo y que ha de producirse por sí solo, sin su intervención y con posterioridad. Ejemplo: delitos de rebelión: "se alza en armas para variar la forma de gobierno", "deponer al gobierno legalmente constituido", "suprimir o modificar el régimen constitucional" (artículo 346, Código penal). En los **delitos mutilados de dos actos**, la conducta típica del agente es el medio para realizar una segunda conducta. Ejemplo: "el que mate a otro (...) para facilitar u ocultar otro delito" (artículo 108, numeral 2, Código penal).

803. Consumación de los tipos de tendencia

Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente.

804. Especiales motivos

En ciertos casos, la ley requiere un **especial motivo** del autor. Ejemplo: "hubiere obrado por lucro o por cualquier móvil innoble" (artículo 330, segundo párrafo, Código penal). Creemos que estos motivos o móviles pertenecen al campo del derecho de determinación judicial de la pena (artículo 46, numeral 6, Código penal), y en todo caso al juicio de imputación personal [119].

---

[116] Quintero Olivares, 2000, pp. 348-349.

[117] Politoff, 1965, p. 18 (cita a Hegler num. 22). *Vid.* Roy Freyre, 1983, p. 57.

[118] *Vid.* Jescheck/Weigend, 2002, p. 342.

[119] *Vid.* Politoff, 1965, p. 95. Cfr. Zaffaroni, 1981, III, p. 380. Dif. Stratenwerth, 2005, p. 204 (num. 141-142).

c.2. Tipos de tendencia interna intensificada (delitos de tendencia)

805. Tipos de tendencia interna intensificada

En los que el tipo describe sólo un determinado modo o especifico contenido de la voluntad del agente. Ejemplo: "el que mate a otro (...) con gran crueldad o alevosía" (artículo 108, numeral 3, Código penal). La voluntad del agente le va a conferir a la conducta delictiva un particular carácter de especial peligrosidad para el bien jurídico [120].

806. Críticas a los tipos de tendencia

Esta incorporación al tipo de un "predicado de valor ético-social" [121] ha motivado críticas. Se considera que es una infiltración de un Derecho Penal de animo [122], por lo que su uso debe ser restringido. Se trata de elementos tan imprecisos que pueden ser interpretados de diversa manera [123], de tal forma que su uso desmedido podría significar un serio peligro a la seguridad jurídica.

c.3. Delitos de expresión

807. Delitos de expresión

Finalmente, no creemos acertada la inclusión en la clasificación de los llamados **delitos de expresión** que corresponderían a los delitos que requieren en el sujeto un especial conocimiento interno que se encuentra en contradicción con el comportamiento exterior [124], v. gr. falsa denuncia (artículo 402, Código penal). A nuestro juicio, esta disposición no posee elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, pues el conocimiento de la acusación falsa pertenece al mismo dolo de la infracción [125].

§47. Atipicidad

808. Atipicidad absoluta y relativa

La ausencia de tipicidad (**ausencia de imputación**) supone la exclusión del delito y por lo tanto la negación del tipo. Estos supuestos de atipicidad se originan a partir de criterios de no atribución, mejor dicho, de argumentos que sostienen que una conducta determinada no se corresponde a lo que se prevé en el tipo legal [126]. Podemos identificar dos tipos de atipicidad: **Atipicidad absoluta**, que implica la ausencia típica de una con-

---

[120] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 342.

[121] STRATENWERTH, 2005, p. 206, num. 149.

[122] WELZEL, 1976, p. 116.

[123] STRATENWERTH, 2005, p. 206, num. 151.

[124] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 343.

[125] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 281, num. 146.

[126] BUSTOS, 2004, I, p. 644.

ducta dentro del texto penal. Aquí hay una verdadera ausencia del tipo penal debido a que la ley no considera dicha conducta como hecho punible [127] y, **Atipicidad relativa** donde una conducta se halla tipificada de antemano como un hecho punible pero en el caso concreto no se logra su adecuación típica debido a que no reúne las exigencias típicas que reclama el tipo penal. En esta última, dependiendo de la estructura del tipo del que se trate, se originan situaciones de atipicidad objetiva o atipicidad subjetiva.

a. Atipicidad objetiva

809. Atipicidad objetiva

La atipicidad objetiva (*ausencia de imputación objetiva*) supone en términos generales la ausencia de alguna de las características del tipo en su aspecto objetivo. Ejemplo: ausencia de condiciones o cualidades exigidas al sujeto activo (delitos de infracción de deber), ausencia de condiciones exigidas al objeto del delito (v. gr. bien mueble ajeno, en el hurto, artículo 185, Código penal).

Jurisprudencia:

"En el presente caso el valor de la mercadería no supera las cuatro unidades impositivas tributarias, conforme se desprende del cuadro de valor estimativo de fojas nueve, deviniendo a la fecha en atípicos los hechos materia de juzgamiento, resultando procedente declarar de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción" [128].

b. Atipicidad subjetiva

810. Atipicidad subjetiva

La atipicidad subjetiva (*ausencia de imputación subjetiva*) supone la ausencia de algunas de las características del tipo en su aspecto subjetivo. Ejemplo: error de tipo inevitable, ausencia de elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo.

Jurisprudencia [129]**:**

"En el caso de delito de fraude procesal éste sólo se sanciona cuando el agente actúa con dolo; que habiéndose acreditado que los procesados fueron sorprendidos para que dieran una declaración que no se ajustaba a la verdad, nos encontramos ante la

---

[127] Cfr. Mantilla/Rodríguez, 1999, p. 264.

[128] Sala Penal, Consulta 3198-95-B-Lima. Lima, 20 de enero de 1997, en Gómez Mendoza, 1997, pp. 129-130.

[129] Otra jurisprudencia: *"El uso de un documento falso desconociendo esta circunstancia no constituye delito de falsificación por ausencia de dolo"*. Ejecutoria Superior del 18 de mayo de 1998, Exp. 8157-97 en Bramont-Arias Torres, 2000, pp. 222-224.

ausencia del tipo subjetivo, esto es, que no hay delito al no permitir la figura indicada como culposa" [130]. En otro caso: *"En el caso en concreto, del artículo ciento treinta y dos del Código Penal vigente, que exige para su configuración la existencia del ánimo de difamar como tipo subjetivo en el agente, entendido este último como la intención expresa dirigida a lesionar el honor ajeno, lo cual, por lo expuesto en los considerandos precedentes no se ha verificado en el caso sub judice y cuya ausencia excluye la realización del tipo penal"* [131].

[130] Consulta 3837-96 La Libertad **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 113.

[131] Ejecutoria del 30 de setiembre de 1997, Exp. 1262-97 **en** LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, 1999, p. 108.

Capítulo X
IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

Sumario: §48. Introducción. §49. Técnica legislativa. §50. Fundamento de punibilidad. §51. Imputación objetiva. §52. Imputación subjetiva. §53. Ampliación de la imputación. §54. Estructuras típicas compuestas.

Bibliografía

J. L. Barrón de Benito: *La reforma de la imprudencia punible (comentario de vigencia sobre la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del Código Penal)*, Madrid 1989. / Nilo Batista: *Concurso da agentes*, Liber Juris, Rio de Janeiro 1979. / Juan Bustos Ramírez: *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995; ídem, *Culpa y finalidad*, Santiago 1967. / Stefano Canestrari: *La estructura del dolus eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / José Antonio Choclán Montalvo: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona 1998. / Mirentxu Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona 1989. / Heitor Costa Junior: *Teoría dos delitos culposos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro 1988. / Antonio Cuerda Riezu: *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en derecho penal español*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995. / José Luis Díez Ripollés: *Los delitos calificados por un resultado más grave, culpa y el principio de culpabilidad*, en Nuevo Foro Penal, Nº 29, Temis, Bogotá 1985. / René Ariel Dotti: *O concurso de pessoas*, en Reforma Penal Brasileira, Forense, Rio de Janeiro 1988. / Bernardo José Feijóo Sánchez: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, José María Bosch, Barcelona 2001. / Marcello Finzi: *El delito preterintencional*, trad. por Conrado A. Finzi y notas relativas al derecho argentino por Daniel P. Carrera, Depalma, Buenos Aires 1981. / Jorge Gaitán Pardo: *El delito culposo*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1986. / Percy García

CAVERO: *Técnica de numerus apertus en las infracciones dolosas y numerus clausus en las infracciones imprudentes*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentarios a la Sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R. N. Nº 4288-97 Ancash*, en Revista de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. I, Piura 2000. / GUSTAVO E. L. GARIBALDI/LEONARDO G. PITLEVNIK: *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2002. / HANS JOACHIM HIRSCH: *La problemática de los delitos cualificados por el resultado*, en Derecho penal, Obras completas, T. II, Libro Homenaje, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aire 1999. / LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *El delito preterintencional*, en El Criminalista, 2ª serie T. VII, Buenos Aires 1966. / PATRICIA LAURENZO COPELLO: *Los límites del dolo: Culpa consciente, dolo de peligro y error*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / JULIO B. J. MAIER: *Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / JAIME E. MALAMUD GOTI: *La estructura penal de la culpa*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1976. / JULIO MAZUELOS COELLO: *El delito imprudente en el código penal peruano. La infracción de deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, en Anuario de Derecho Penal 2003, Monográfico dedicado al tema "Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano", Lima 2003. / M. MEDINA CRESPO: *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón. Reflexiones de urgencia sobre la ley orgánica 3/1989 desde la perspectiva de accidente de circulación*, Madrid 1989. / CÉSAR AUGUSTO PAREDES VARGAS: *Los delitos preterintencionales, los delitos cualificados y determinados por el resultado, y el principio de culpabilidad en el código penal peruano*, en XVI Congreso Latinoamericano VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004. / MERCEDES PÉREZ MANZANO: *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid 1999. / INGEBORG PUPPE: *La imputación del resultado en derecho penal*, trad. de Percy García Cavero, Ara, Lima 2003. / ANDREA RAFFAELE CASTALDO: *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Julio César Faira editor, Montevideo-Buenos Aires 2004. / LUIS RODRIGUEZ RAMOS: *El resultado en la teoría jurídica del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 1, Madrid 1977. / CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA: *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, en Las transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio, Vol. I, Editorial Adrus, Arequipa 2004. / CLAUS ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1998; IDEM, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976; IDEM, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / MARCELO A. SANCINETTI: *Dolo e imprudencia*, en Dogmática del hecho punible y ley penal, Ad Hoc, Buenos Aires 2003; IDEM, *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires 1991. / JUAREZ E. X. TAVARES: *Direito Penal da Negligencia (Una contribuição à Teoria do Crime Culposo)*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro 2003; IDEM, *Direito Penal da Negligencia (Una contribuição à Teoria do Crime Culposo)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1985. / MARCO ANTONIO TERRAGNI: *El delito culposo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1984. / FELIPE A. VILLAVICENCIO TERREROS: *Delitos culposos*, en Derecho y Política. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Nº 1, Lima 1987. / JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR: *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, Fascículo II, mayo-agosto MCMLXXXIV, Madrid 1984.

§48. Introducción

La investigación sobre delitos imprudentes o culposos data de principios del siglo XX [1], y eran considerados *cuasi delictum*, vinculados más al Derecho Civil que al Derecho Penal [2]. La industrialización, la tecnificación y sus influencias en la vida social, en particular, la manipulación de máquinas y el tráfico automotor, han originado un incremento de las fuentes de riesgos a los que el ser humano está expuesto [3], y a su vez han originado el desarrollo de normas de cuidado [4]: es considerable el número de delitos cometidos a título de imprudencia. Así pues, la problemática de admitir esas actividades y limitar los riesgos es un aspecto que aquí debe discutirse.

811. Orígenes de la imputación en delitos imprudentes

Los sistemas que pretenden explicar la imprudencia han sido diversos. En el **sistema causal**, la culpa es considerada como un componente psicomental vinculado al autor en el momento de la infracción delictiva. Para estas teorías, la culpa y el dolo son simples formas de culpabilidad (von LISZT, BELING, etc.) [5]. El reproche se basa no sólo en la ausencia de un resultado querido, sino también en el incumplimiento de los deberes de cuidado. Estos sistemas han evolucionado a tal punto que se propuso el estudio de la culpa en dos fases: en el injusto (tipo y antijuridicidad) analiza la infracción al deber de cuidado objetivo y, en la culpabilidad, comprende la previsibilidad subjetiva del hecho en relación al autor (BAUMANN, MEZGER, BLEI) [6].

812. Culpa en el sistema causal

En el **sistema finalista**, la culpa no es una forma de culpabilidad. Se trata de diferentes estructuras típicas, con diferente explicación de lo injusto y la culpabilidad (WELZEL, MAURACH, etc.). Existen discrepancias entre los diferentes autores quienes presentan diversas estructuras en los delitos imprudentes. También afirman que en los delitos culposos existe una acción dirigida finalísticamente a un resultado que se sitúa fuera del tipo [7].

813. Culpa en el sistema finalista

La **teoría social de la acción** con sus diversas variantes, no mostró un tratamiento unitario para la negligencia. Salvo algunos resquicios de causalismo en autores de esta posición (BETTIOL, SCHMIDT, ENGISCH, MAIHOFER, MAYER, SCHMIDHÄUSER), los demás autores tratan del hecho negligente como forma especial de delito y no como forma de culpabilidad [8].

814. Culpa en la teoría social de la acción

---

[1] BUSTOS, 1967, pp. 15 y ss.; IDEM, 1995, p. 12.

[2] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 283.

[3] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 283; ROXIN, 1999, p. 996, num. 1. *Vid.* VILLAVICENCIO 1987, pp. 35 y ss.

[4] DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 151.

[5] TAVARES, 1983, p. 45. *Vid.* una detallada exposición de las teorías de la acción negligente **en** *ibidem*, pp. 15 y ss.

[6] *Ibidem*, p. 46.

[7] FRAGOSO, 1985, p. 229.

[8] TAVARES, 2003, p. 106; cfr. también 107 y ss.

El sistema funcionalista ha planteado una serie de cambios estructurales en la fórmula finalista de los delitos culposos [9]. Así, reemplazan el concepto de la infracción del deber de cuidado por los criterios de imputación objetiva, en especial, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado [10]. ROXIN, por su parte, señala que "el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible" [11]. En relación a la concepción de la culpa o imprudencia, siguiendo los postulados de LISZT, se le identifica como un supuesto de error de tipo [12]. JAKOBS expresa que "es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos" [13]. Además considera que la imprudencia es "aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse" [14].

815. Culpa en el funcionalismo

§49. Técnica legislativa

Se han dado diferentes formas de denominación a estos delitos. Desde el sistema italiano que adopta el término "*colpa* "(**culpa**), y el sistema alemán, que lo identifica con la palabra "*Fahrlässigkeit*"(**imprudencia**). Frente a esta alternativa terminológica, la doctrina se inclina por asimilar a estas formas delictivas bajo la denominación de **delitos imprudentes** [15]. El fundamento se orienta a que el término "culpa" se presenta en un

816. Terminología de la imprudencia

---

[9] *Vid.* ROXIN, 1999, p. 998; BACIGALUPO, 2004, p. 331.

[10] Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 309.

[11] ROXIN, 1999, p. 1000, num. 12. Este autor expresa que "tampoco se pueden separar entre sí, como sucede con tanta frecuencia, la infracción del deber de cuidado y la imputación del resultado, porque los presupuestos de la imputación son idénticos a los de la infracción del deber de cuidado" (*Ibidem*).

[12] BACIGALUPO, 2004, p. 328.

[13] JAKOBS, 1995, pp. 380-381, num. 1.

[14] *Ibidem*, p. 382, num. 4. "Esta característica negativa no sirve sino para la delimitación con respecto al dolo; la evitabilidad misma existe sin consideración a la existencia o falta de conocimiento, debido sólo a la cognoscibilidad. Por ello, *la imprudencia, frente al dolo, es con sus elementos positivos, el concepto más general* (al igual que el dolo eventual, frente al dolo directo, es el concepto más general: la falta de una relación volitiva o la falta de previsión segura no son sino elementos de delimitación). Tanto el dolo como la imprudencia son formas de la evitabilidad; ambos están determinados por la cognoscibilidad de la realización del tipo; en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la imprudencia no. Si en el proceso no se logra demostrar el conocimiento, pero sí la cognoscibilidad, habrá que condenar por imprudencia, ya que la falta de conocimiento en la imprudencia no es un elemento sustancial, sino sólo delimitador" (*loc. cit.*).

[15] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 492; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 524.

lenguaje común derivativo en su raíz latina como equivalente a "infracción", "hecho ilícito", "pecado", "culpabilidad" o "responsabilidad por causa moral", y por tanto, es un término que induce a la confusión al no jurista [16]. Nuestro Código Penal de 1924 usaba frecuentemente el término "negligencia". El Código Penal de 1991 utiliza la denominación "culpa" [17]. Creemos que en la actualidad el uso del término "imprudencia" es el más adecuado por los fundamentos antes indicados. La Comisión Especial Revisora del Código Penal de 2004, discutió la posibilidad de utilizar el término "imprudencia", sin embargo, el pleno decidió mantener la denominación usada en el actual Código Penal.

817. Delito doloso y delito imprudente

Por otro lado, una de las diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente, se determina de acuerdo al modo de individualización de la conducta prohibida. En el doloso, la conducta está precisamente descrita en el tipo, y en el culposo, el tipo describe la conducta de **manera indeterminada** [18], siendo precisada en cada caso particular.

818. Tipo imprudente como tipo abierto

La variedad de conductas imprudentes, hace imposible describirlas a todas de manera expresa [19]. El delito imprudente es un **tipo abierto**. Requieren de una norma de cuidado que permita identificar el correspondiente deber de cuidado, y con ello, complete o cierre el tipo penal. Pero esta indeterminación no es absoluta. Corresponde al juez identificar y determinar el contenido de la conducta imprudente prohibida[20]. Ejemplo: el artículo 111 del Código Penal reprime al agente que por culpa causa la muerte de una persona. Aquí, la ley no indica características en la conducta típica tal como acontece con el asesinato (artículo 108, Código penal) o en el infanticidio (artículo 110, Código penal) dolosos, sino que hace una regulación amplia, abierta, que debe ser completada por el juzgador analizando el caso concreto y limitando la amplitud típica de la afectación del deber de cuidado. Esta característica no supone violación alguna al **principio de legalidad**; esto, en razón que resulta imposible describir con certeza las innumerables formas de conductas que pueden afectar un deber de cuidado y lesionar o crear un peligro contra el bien jurídico protegido. "Es claro que los tipos abiertos corren el riesgo de

---

[16] Cfr. Luzón Peña, 1999, p. 492.

[17] El Código colombiano del 2000 adopta el sistema italiano. Otros códigos como el argentino de 1921 y el español de 1995 siguen el sistema alemán.

[18] Zaffaroni, 1981, III, p. 385; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 523; Velásquez Velásquez, 2002, p. 304.

[19] *Vid.* Terragni, 1984, p. 59.

[20] *Vid.* Hurtado Pozo 2005, p. 712, num.1847.

franquear el paso de mayor poder punitivo que los tipos cerrados, pero en los tipos culposos esta estructura típica es inevitable, porque no existe otra posibilidad legislativa" [21].

819. Sistema de *numerus clausus* del delito imprudente

El Código Penal de 1991 asume el llamado sistema del "***numerus clausus***" [22] para identificar a estos delitos (artículo 12, segundo párrafo: "El agente de la infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley"). Esta técnica legislativa de imputación cerrada de la imprudencia no impide que nuestro ordenamiento jurídico-penal a veces utilice un *sistema de imputación genérica limitada*, es decir, introduzca una cláusula general de imprudencia o culpa para determinados capítulos de la parte especial o específicos delitos. Ejemplo: delitos de contaminación y propagación imprudentes (artículo 295), delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, por culpa (artículo 282, Código penal), delitos de peligro común por imprudencia (artículo 278, Código penal).

Jurisprudencia:

"Nuestra legislación penal ha adoptado el sistema de los numerus clausus *para penalizar estas acciones, es decir, es preciso que el propio tipo penal acepte la realización del delito en forma imprudente"* [23].

820. Relación entre delito doloso e imprudente en el Código Penal

En realidad, en nuestro Código Penal no existen muchos tipos imprudentes y, no toda figura dolosa tiene su correspondiente versión culposa. Ejemplo: existe el homicidio doloso (artículo 106, Código penal) y el homicidio imprudente (artículo 111, Código penal), pero no existe hurto ni estafa imprudentes, pues el Código Penal no las ha previsto expresamente. Ade-

---

[21] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 523. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, 2001, p. 250.

[22] En la legislación penal comparada, existen hasta tres maneras de presentar a los delitos culposos (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 305). Una de ellas fue la adoptada por el **sistema hispánico**, donde se incorporaba un modelo conceptual de culpa, en la parte general, para luego hacerlo extensiva a todos los tipos penales. Otra, es la fórmula propuesta por el **sistema franco-germánico**, en la que no se requiere de una noción de culpa en la parte general, limitándose sólo a identificar las figuras delictivas que admiten formas culposas en los diferentes tipos penales de la parte especial (Así lo asumen: Código Penal argentino de 1921, Código Penal español de 1995). Por último, el **sistema ítalo-suizo**, que es una postura mixta en relación a los sistemas anteriores, donde expresa la incorporación de una formula conceptual de culpa en la parte general, para luego señalar, en la parte especial, los tipos penales que admiten formas culposas (el Código Penal colombiano del 2000 acoge esta alternativa). En estos dos últimos sistemas se adopta la forma de ***numerus clausus*** (para más detalles *vid.* PÉREZ MANZANO, 1999, pp. 34 y ss.), debido a que los delitos culposos están taxativamente establecidos en la parte especial del Código Penal.

[23] Exp. 6095-97. Lima, 7 de enero de 1998, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 16, Año 6, enero-2000, p. 226.

más, en nuestra legislación penal no existen figuras imprudentes independientes. Normalmente, los delitos imprudentes están vinculados a su correspondiente versión dolosa. Ejemplo: la lesión imprudente (artículo 124, Código penal) a la lesión dolosa (artículos del 121 al 122, Código penal).

§50. Fundamento de punibilidad

821. Desvalor de acción y de resultado en delitos imprudentes

El **fundamento de la punibilidad** de los delitos imprudentes tiene dos aspectos [24]. El primero se halla referido al **desvalor de la acción** (imputación de la conducta), específicamente al crear o incrementar el peligro o riesgo cuando se infringe una norma de cuidado (objeto de referencia). El segundo aspecto viene a ser el **desvalor del resultado** (imputación del resultado), es decir, la puesta en peligro o la lesión que se genera en contra del bien jurídico protegido. Así, los tipos imprudentes no criminalizan acciones como tales, sino que estas acciones se prohíben en razón que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción [25] [26].

822. Menor punibilidad en los delitos imprudentes

En relación a la punibilidad de los delitos imprudentes, el legislador suele considerar que la gravedad de la pena aplicable es de menor intensidad que los delitos dolosos. En estos delitos imprudentes existe "un menor grado de rebelión contra el Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, un **menor grado de reprochabilidad** social, por más que los daños cuantitativamente puedan ser mucho más graves que los causados dolosamente" [27]. Con el **principio de intervención mínima**, el legislador, al querer tipificar conductas imprudentes, debe tener presente, en primer lugar, al bien jurídico que resulte afectado para la selección típica y, en segundo lugar, identificar el grado de afectación que implican estas conductas para la sanción penal correspondiente [28].

823. Imprudencia como error de tipo vencible

La imprudencia siempre es un error vinculado a una falta de cuidado de parte del sujeto, es decir, es un *error de tipo vencible* (artículo 14, primer párrafo, Código penal). Esto se ha hecho evidente en la jurisprudencia española, especialmente en el campo de la actividad médica. En todo caso,

---

[24] Berdugo *et al.*, 1999, p. 206.

[25] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 523.

[26] Jurisprudencia que sólo se refiere al desvalor de acción: *"En el homicidio culposo lo esencial es la forma en que se realiza la acción y no la causación del resultado, pues el desvalor de este delito se encuentra en el incumplimiento por parte del inculpado de la exhortación de actuar con cuidado y con la diligencia debida"*. Ejecutoria del 7 de enero de 1998, Exp. 6095-97 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6 Nº 16, enero-2000, pp. 225-227.

[27] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 285.

[28] *Loc. cit.*

la imprudencia sancionable es un error insoportable para el orden jurídico porque evidencia el desinterés del sujeto frente a terceros. "El ordenamiento puede tolerar la ignorancia que no sea contraria al deber, pero no puede tolerar ciertas decisiones defectuosas que implican una indiferencia o desinterés frente a la vida o salud de los demás" [29]. En consecuencia, la imprudencia típica es siempre un error de tipo vencible, pero un error de tipo vencible no siempre es sancionable como injusto imprudente [30].

§51. Imputación objetiva

824. Imputación objetiva en el delito imprudente

La imputación de los delitos imprudentes utiliza los mismos criterios referidos para los delitos dolosos tanto para la imputación de la conducta como para la imputación del resultado [31]. Así pues, en relación a la **causalidad**, creemos que es suficiente con la teoría de la equivalencia de las condiciones [32] [33]. Además de la relación de causalidad, se requiere de la **imputación objetiva**, es decir, que la conducta del sujeto (infracción del deber de cuidado) debe haber traspasado los límites del riesgo permitido (**imputación de la conducta**), y dicho riesgo jurídicamente desaprobado debe concretizarse en el resultado típico, dentro de los alcances que la norma de cuidado quería evitar (**imputación del resultado**) [34] [35].

---

[29] FEIJÓO SÁNCHEZ, 2001, p. 262. JAKOBS (1995, pp. 380-381) considera "la imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error". Por su parte, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2000, p. 527) sostienen que "no es exacto que toda imprudencia puede considerarse un caso de error".

[30] Artículo 14 Código Penal: "(...). Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa *cuando se hallare prevista como tal en la ley*" (la cursiva es nuestra).

[31] Cfr. GARCÍA CAVERO, 2004a, p. 477.

[32] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 628. Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 298, num. 55.

[33] Jurisprudencia: *"Se requiere un nexo de causalidad entre el comportamiento culposo y el resultado muerte, o sea, que la conducta negligente o imprudente del sujeto activo genere la muerte del sujeto pasivo"*. Ejecutoria del 13 de agosto de 1999, Exp. 0031-99-AS Loreto **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000, p. 84.

[34] *"Si la acción se realiza con la diligencia debida aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado; en consecuencia la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción"*. Ejecutoria del 21 de setiembre de 1998, Exp. 3355-98 **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 96.

[35] Así también se observa el desarrollo jurisprudencial de la imputación del delito imprudente: *"El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos*

medida del cuidado que es preciso observar. "El Derecho penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto al que se encontraba en esta situación. Por ello, sólo la lesión del deber de cuidado convierte la acción en acción imprudente" [42].

Jurisprudencia:

"Se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de prima, destreza o prudencia" [43].

826. Criterio objetivo para la determinación del deber de cuidado

Para **determinar el deber de cuidado** se parte de un *criterio objetivo*, en el sentido de contar con un *baremo* o *medida objetiva*, que permitirá al juez analizar la conducta concreta frente a aquella que hubiere ejecutado un "*hombre prudente*". Así, por ejemplo, se pregunta: *¿cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto infractor?* [44]. Si la actuación del sujeto infractor se encuentra dentro del marco de conducta que hubiese ejecutado el hombre prudente (baremo), el deber de cuidado no ha sido violentado; pero si al contrario, dicho infractor sobrepasa los límites de este marco, se puede considerar como imprudente su actuación [45]. Pero no siempre es posible recurrir sólo a estos conceptos medios ("hombre prudente", "ciudadano promedio", "hombre normal", "buen conductor"), que pueden resultar imprecisos para determinados casos [46].

Jurisprudencia:

"Se trata de un deber de cuidado, en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano promedio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente, por lo

---

[42] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 290.

[43] Ejecutoria del 2 de abril de 1998, Exp. 2007-97 Lima, en GACETA JURÍDICA, 2001, p. 68.

[44] ROXIN, 1999, p. 1009, num. 32.

[45] Cfr. ROXIN, 1999, p. 1009, num. 32; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 311.

[46] Cfr. ROXIN, 1999, p. 1009, num. 33. Para TAVARES (2003, p. 275) esta figura del hombre prudente no es más que una sofisticación del concepto del *homo medius* de la teoría causal. Luego agrega que "la característica de la conducta cuidadosa deber ser inferida de las condiciones concretas, existentes en el momento del hecho, y de la necesidad objetiva, en aquel instante, de establecer los presupuestos de peligro y de la lesión al bien jurídico" (*Ibidem*, p. 276).

La relación entre estos dos niveles de la imputación es afirmada en la doctrina y ha adquirido diversas denominaciones durante el desarrollo del Derecho Penal moderno [36].

a. Imputación de la conducta

El injusto imprudente equivale a la infracción de la norma de cuidado [37]. Al autor de un delito imprudente "se le debe imputar a través de un juicio retrospectivo la infracción de la norma de conducta o la norma de cuidado, lo que es lo mismo, la creación de riesgo jurídico-penalmente desaprobado" [38]. El deber de cuidado se ubica en el contexto en el que se produce la acción; el deber de cuidado presenta un concepto objetivo y normativo [39]. Es un **concepto objetivo,** en la medida que nos permite identificar el cuidado necesario que se requiere en la ejecución de la conducta durante la vida de relación social [40]. Es un **concepto normativo**, ya que nos permite reconocer las conductas riesgosas a través de normas de cuidado y su contradicción con éstas. El **deber de cuidado** (llamado también *diligencia debida*), consiste en la obligación de prestar el cuidado debido para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos [41]. Los tipos imprudentes no ofrecen ninguna información y

825. Imputación de la conducta

elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo; y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico". Ejecutoria del 13 de abril de 1998, R. N. 4288-97 Ancash **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 297.

[36] Así, se ha hablado de **conexión de antijuridicidad** para afirmar la imputación objetiva del resultado, en el sentido que este debe estar estrechamente ligada a la acción realizada sin el debido cuidado o la debida diligencia (BACIGALUPO, 1984, p. 216; 1987, p. 368). JESCHECK/WEIGEND (2002, p. 628) se refieren a una especial **relación de antijuridicidad** que no es más que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a los delitos imprudentes. Otros se refieren a una **relación de determinación** que conecte al resultado con la violación a la norma que impone el deber de cuidado, que no puede ser de causación sino de determinación (ZAFFARONI, 1981, III, p. 405; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 533).

[37] FEIJÓO SÁNCHEZ, 2001, p. 242. Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 286.

[38] FEIJÓO SÁNCHEZ, 2001, p. 244.

[39] WELZEL, 1976, p. 187.

[40] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 287.

[41] Es un principio general del ordenamiento ligado al antiguo *neminen laedere*, a la prohibición de causar daño a los demás (BERDUGO *et al.*, 1999, p. 207).

medida del cuidado que es preciso observar. "El Derecho penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto al que se encontraba en esta situación. Por ello, sólo la lesión del deber de cuidado convierte la acción en acción imprudente" [42].

Jurisprudencia:

"Se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de prima, destreza o prudencia" [43].

826. Criterio objetivo para la determinación del deber de cuidado

Para **determinar el deber de cuidado** se parte de un *criterio objetivo*, en el sentido de contar con un *baremo* o *medida objetiva*, que permitirá al juez analizar la conducta concreta frente a aquella que hubiere ejecutado un "*hombre prudente*". Así, por ejemplo, se pregunta: *¿cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto infractor?* [44]. Si la actuación del sujeto infractor se encuentra dentro del marco de conducta que hubiese ejecutado el hombre prudente (baremo), el deber de cuidado no ha sido violentado; pero si al contrario, dicho infractor sobrepasa los límites de este marco, se puede considerar como imprudente su actuación [45]. Pero no siempre es posible recurrir sólo a estos conceptos medios ("hombre prudente", "ciudadano promedio", "hombre normal", "buen conductor"), que pueden resultar imprecisos para determinados casos [46].

Jurisprudencia:

"Se trata de un deber de cuidado, en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano promedio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente, por lo

---

[42] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 290.

[43] Ejecutoria del 2 de abril de 1998, Exp. 2007-97 Lima, en GACETA JURÍDICA, 2001, p. 68.

[44] ROXIN, 1999, p. 1009, num. 32.

[45] Cfr. ROXIN, 1999, p. 1009, num. 32; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 311.

[46] Cfr. ROXIN, 1999, p. 1009, num. 33. Para TAVARES (2003, p. 275) esta figura del hombre prudente no es más que una sofisticación del concepto del *homo medius* de la teoría causal. Luego agrega que "la característica de la conducta cuidadosa deber ser inferida de las condiciones concretas, existentes en el momento del hecho, y de la necesidad objetiva, en aquel instante, de establecer los presupuestos de peligro y de la lesión al bien jurídico" (*Ibidem*, p. 276).

tanto, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente" [47].

En este sentido, no sólo se trata de evaluar la conducta desde el criterio de un *hombre diligente* en la situación del autor, que puede resultar inexistente e indeterminable, sino también desde la perspectiva de un comportamiento específico del sujeto [48]. Se trata por tanto de una valoración de la **capacidad individual del autor** (individualización del criterio de cognoscibilidad). Creemos que no se trata de aceptar la valoración de aspectos psíquicos del autor [49]. También pensamos que estos son aspectos propios de la *imputación subjetiva* (*tipo subjetivo*). En este sentido, determinar cuál era el cuidado exigible dependerá de una meticulosa consideración de las experiencias, capacidades y conocimientos especiales (*determinación de la cognoscibilidad*) del autor [50].

827. Criterio individual para la determinación del deber de cuidado

Se distinguen dos formas de deberes de cuidado: interno y externo. El **deber de cuidado interno**, se refiere a la advertencia del ciudadano que debe tener ante la creación o presencia de peligros contra el bien jurídico resultado de su conducta. "Consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción, en el cálculo de su evolución y de las posibles modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca de cómo puede desenvolverse y repercutir el riesgo identificado"[51]. Este deber tiene como presupuestos a la *previsibilidad objetiva* y el especial conocimiento del autor concreto [52].

828. Deber de cuidado interno

---

[47] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de setiembre de 1998, Exp. 3475-98 **en** Rojas Vargas, 1999, p. 617.

[48] Cfr. Muñoz Conde/García Arán 2002, p. 287; Mir Puig, 2004, pp. 294-295.

[49] García Cavero, 2004a, p. 422: "La imputación subjetiva de la culpa no depende de que el autor haya estado en el momento del hecho en posibilidad psíquica de conocer el potencial del mismo, sino de que el autor en sus circunstancias concretas habría podido reconocerlo. Los conocimientos y capacidades especiales forma parte, por tanto, del juicio de determinación de la cognoscibilidad". Feijóo Sánchez (2001, p. 247) considera que "en esa valoración se tienen en cuenta datos psíquicos (experiencias, conocimientos, intenciones, etc.) que deben ser valorados, y por ellos prefiero hablar en estos supuestos de imputación subjetiva (o individual o personal) o tipo subjetivo, frente a la imputación objetiva o tipo objetivo donde no se tienen en cuenta estos datos que sólo pertenecen a la psique del autor".

[50] Cfr. Mir Puig, 2004, p. 294.

[51] Jescheck/Weigend, 2002, p. 622.

[52] Jescheck, 1993, pp. 525-526.

El **deber de cuidado externo** consiste en la obligación de comportarse conforme a la norma de cuidado, con el objeto de evitar la producción del resultado típico [53]. Este deber se manifiesta de la siguiente manera: *Primero, deber de omitir acciones peligrosas.* Se trata de evitar acciones que en sí mismas están prohibidas. Incumplen este deber tanto los que afrontan una acción peligrosa sin ninguna preparación (Ejemplo: la conducción de un automóvil, en plena vía pública, por parte de un aprendiz), como aquellos que estando capacitados, sin embargo, dada las circunstancias, su preparación no alcanza para afrontar el peligro (Ejemplo: la conducción de un automóvil, en plena vía pública, por parte del chofer en estado de ebriedad) [54]. *Segundo,* en el *deber de precauciones e información previas,* se exige antes de la ejecución de cualquier tipo de acciones peligrosas. Ejemplo: la verificación del estado técnico de un avión antes de que éste despegue vuelo; el mantenimiento permanente de las máquinas industriales; el estudio preliminar del historial médico y los riesgos quirúrgicos, antes de la operación. *Tercero,* el *deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas* se presenta cuando el individuo se encuentre ante situaciones riesgosas –aunque socialmente necesarias–, se le exige que actúe prudentemente e incremente el cuidado para evitar sobrepasar el riesgo tolerable.

829. Deber de cuidado externo

Jurisprudencia:

"La violación del deber objetivo de cuidado, se pone de manifiesto en la conducta del chofer del vehículo al no haberse detenido el tiempo suficiente para que las agraviadas bajen del vehículo y al cerrar la puerta y reemprender la marcha inmediatamente; no siendo válido el argumento dado como descargo de tener la puerta malograda, puesto que la negligencia radica precisamente en ello, toda vez que es deber del conductor circular con el vehículo en perfecto estado técnico, más aún si se trata de uno destinado al transporte público" [55].

El **riesgo permitido** se constituye como un criterio importante para la determinación del deber de cuidado. El riesgo permitido no está relacionado directamente con la imputación del resultado sino de manera mediata para evaluar si existe una infracción del deber de cuidado. En la vida urbana, especialmente en el *tráfico automotor,* se admiten conductas que suponen un peligro previsible. Esto es socialmente útil, pues el hecho que el tráfico sea peligroso, no fundamenta que se le prohíba. Sin

830. Riesgo permitido y delito imprudente

---

[53] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 624.

[54] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 208.

[55] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 29 de enero de 1998, Exp. 6685-97 **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 646.

embargo, estas actividades peligrosas están reguladas por normas impuestas por la experiencia y la reflexión destinadas a reducir al mínimo el riesgo inevitable.

No es exacta la afirmación que en la mayoría de los casos un riesgo es permitido por la relativamente baja probabilidad de lesión que supone, pues ello depende de diversos factores. Esto resulta evidente en el *tráfico aéreo*: las aeronaves de vuelos comerciales podrían estar construidas con mejores materiales o con mayores medidas de seguridad, pero ello supondría un costo económico más alto que impediría que los vuelos aéreos tengan precios razonables. Si bien el objeto de esta industria es la obtención de beneficios, esto resultará aceptable mientras se mantengan dentro de los márgenes de riesgo permitidos legalmente. Así, "no existe una frontera matemática o un nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del derecho penal" [56]. Esta **relatividad de los riesgos permitidos** también se observa en las diferentes primas de seguros, dependiendo de los factores de riesgo. Por ello, no es posible un planteamiento naturalístico sino que la solución supone criterios normativos relacionados con la infracción de un deber específico.

831. Relatividad de los riesgos permitidos

La actividad peligrosa puede estar regulada por diversas normas o provenir de reglas de experiencia [57]. La ausencia de un catálogo específico de deberes de cuidado obliga al juez a remitirse a diversas fuentes que le son útiles como directrices para la identificación del deber de cuidado y su infracción en cada caso concreto [58].

832. Fuentes del deber de cuidado

Jurisprudencia:

"Se trata de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no depende necesariamente de la trasgresión de leyes o reglamentos" [59].

Dentro de los dispositivos normativos encontramos las diversas **normas de carácter extrapenal** (normas de índole legal o reglamentaria), vigentes durante la comisión imprudente. Ejemplo: las normas reglamentarias de tránsito, laborales sobre accidentes de trabajo, sobre prácticas deportivas, carreras de automóviles, normas internas sobre actividades empre-

833. Normas extrapenales y delito imprudente

[56] Feijóo Sánchez, 2001, p. 272.

[57] Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 356.

[58] Velásquez Velásquez, 2002, p. 310.

[59] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de setiembre de 1998, Exp. 3475-98 **en** Rojas Vargas, 1999, p. 617.

sariales que suponen diversos riesgos [60]. Las otras fuentes sin valor normativo están orientadas a que los individuos "actúen excluyendo la creación de riesgos innecesarios, o bien, para cuando resulta socialmente imprescindible actuar arriesgadamente, adoptando determinadas cautelas para evitar que la situación de riesgo se convierta en lesión"[61]. Ejemplo: las reglas de ejercicio sanitario profesional "*lex artis*"[62]. De todos modos, ninguna norma, reglamento u otras fuentes agotan todas las probables manifestaciones de violación al deber de cuidado. El fundamento es muy parecido a la *injerencia* y no se trata de evitar que un riesgo se concrete en un resultado sino de controlar que una situación de peligro abstracto no se convierta en una de peligro concreto. Si se produce un alejamiento de las normas de seguridad extrapenales, se indica que se produce una infracción del deber de cuidado. "La evolución de la vida social y, sobre todo, los avances técnicos han hecho que el deber de cuidado haya dejado de considerarse sólo como mera evitación de conductas peligrosas para pasar a considerarse como *planificación de riesgos*" [63].

834. Normas extrapenales como *ratio cognoscendi*

Las normas extrapenales son *ratio cognoscendi* de una conducta típica imprudente, pero no *ratio essendi*. Son pues un *indicio* para determinar el deber de cuidado. Existen situaciones en las que la infracción de esta norma extrapenal no significa necesariamente infracción del deber de cuidado [64]. Esto se presenta en los supuestos que las normas no tienen como finalidad proteger determinados riesgos, sino otros propósitos. Por ejemplo, las prohibiciones de alimentar a los animales para consumo humano con determinadas sustancias, que no necesariamente implican un riesgo a la salud de las personas, sino que están dirigidas a evitar fraudes de naturaleza económica (engorde artificial). Por otro lado, puede también ocurrir que el sujeto conozca que en la situación específica la regla extrapenal carece completamente de sentido (ejemplo: reducir la

---

[60] Jurisprudencia: *"La infracción del deber de cuidado en los delitos de lesiones culposas como resultado de prácticas deportivas, debe determinarse sobre la base de la regla técnica previamente establecida para el juego en cuestión"*. Exp. 167-97-P/COR Camaná **en** ARMAZA GALDOS/ ZAVALA TOYA, 1999, p. 26.

[61] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 207.

[62] Jurisprudencia: *"En el presente caso, hay responsabilidad por el delito de homicidio culposo pues si bien es cierto el deceso del agraviado se produjo luego de tres semanas de la intervención quirúrgica, no es menos cierto que fue la inobservancia por el procesado de las reglas generales de la profesión de medicina lo que motivó dicho deceso"*. Ejecutoria del 7 de enero de 1998, Exp. 6095-97 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6 Nº 16, enero-2000, pp. 225-227.

[63] FEIJÓO SÁNCHEZ, 2001, p. 289.

[64] *Ibidem*, p. 299.

velocidad en una zona de obras sabiendo que estas ya han concluido), o la regla está equivocada u obsoleta.

835. Especiales factores de riesgo

En otro sentido, si el sujeto respeta las normas extrapenales no siempre ello significa que está dando cumplimiento al deber de cuidado. Ejemplo: respetar la velocidad establecida, pero la situación del tráfico es crítica y más peligrosa de lo habitual. También el sujeto puede respetar las reglas extrapenales de cuidado pero no contaba con el conocimiento de especiales factores de riesgo. Creemos que en este último supuesto la conducta es atípica [65].

836. Estándar técnico y delito imprudente

Frecuentemente las reglas de seguridad, que autorizan la práctica de determinadas conductas riesgosas, dependen del *estándar técnico* propio de cada sociedad. El estándar técnico no equivale a riesgo permitido porque no obedece a una valoración colectiva, sino que es la valoración practicada por quienes utilizan u obtienen beneficios con dichos riesgos. Así, existen actividades peligrosas que están autorizadas pero que carecen de normas jurídicas o normas extrapenales de regulación. Esto ocurre en la actividad médico-quirúrgica o en la actividad de los equipos de rescate en las que el desarrollo de los avances tecnológicos haría muy difícil mantenerlas al día, siendo imposible determinar legalmente un estándar dada la diversidad de circunstancias que se presentan en cada caso en concreto. De esta manera, si en una situación estándar se emplean medicamentos o terapias admitidas como *lex artis,* el médico habrá realizado una conducta prudente. En todo caso, la diversidad de situaciones hace recomendable un concepto de *lex artis ad hoc* que depende de las circunstancias propias del caso concreto [66].

837. Principio de confianza

Por otra parte, tiene importancia el llamado **principio de confianza** [67] en el ámbito social, pues la lesividad de ciertas acciones no sólo depende de la persona que las ejecuta sino también de los otros que participan en dicho ámbito. Por ejemplo, al participante en el tráfico automotor le es admisible confiar en que el otro se comportará también en forma correcta hasta que circunstancias especiales del caso hagan reconocibles lo contrario. En base a este principio de confianza, generalmente condicionamos nuestra conducta y el cuidado a las acciones que esperamos de los demás. Ejemplo: quien circula por una carretera, cuidará que su vehículo tenga luces altas; confía que todos lo harán, sin embargo, impacta con-

---

[65] *Ibidem*, p. 305.

[66] *Ibidem*, p. 313. La idea de *lex artis* incluye el deber de información terapéutica que forma parte del tratamiento como tal y se representa como una exigencia producto de las mismas reglas del arte médico (*Ibidem*, p. 315).

[67] *Vid.* García Cavero, 2000, pp. 191 y ss. Hurtado Pozo 2005, p. 722, num. 1874.

tra un vehículo sin luces reglamentarias o estacionado sin señales de peligro, causando la muerte de sus ocupantes. Es evidente que el sujeto que obra descuidadamente no puede invocar el principio de confianza. Esto no significa una autorización para obrar descuidadamente confiando en el cuidado de los otros [68]. El principio de confianza opera como un límite de naturaleza normativa de la previsibilidad objetiva [69]. En el ámbito del delito imprudente, este principio cuenta con una función específica, que consiste en delimitar el alcance y los límites del deber de cuidado en relación a la actuación de terceras personas en supuestos de deberes de cuidado no establecidos positivamente [70].

838. Afectación al deber de cuidado

En conclusión, el aspecto fundamental de los delitos imprudentes es la **afectación al deber de cuidado** que se constituye como el núcleo de la imputación objetiva de la conducta, ya que a través de ello se busca el cumplimiento del deber de cuidado exigido para evitar los riesgos que implicarían. Estaremos ante una infracción del deber de cuidado cuando una conducta se realiza sin el cuidado exigido y, como consecuencia, se traspasa los límites del riesgo permitido, creando un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico que se busca proteger (**aumento del riesgo permitido**) [71].

Jurisprudencia [72]:

"El inculpado ha infringido el deber de cuidado al desplazar su vehículo a una velocidad no razonable para las condiciones del momento y lugar, máxime si como conductor

---

[68] STRATENWERTH, 1982, p. 340. Cfr. IDEM, 2005, p. 524, num. 69.

[69] FEIJÓO SÁNCHEZ, 2001, p. 318.

[70] PUPPE, 2003, p. 200. Para esta autora, "este principio no forma parte, en absoluto, de la teoría de la imputación objetiva. Sirve exclusivamente para la determinación y limitación de los deberes de cuidado no establecidos positivamente. Debe evitarse, en cierta medida, que todos tengan que tener presentes en la determinación de su deber de cuidado las infracciones del deber de cuidado de los otros" (*Ibidem*).

[71] DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 154.

[72] Jurisprudencia: *"La conducta imprudente del agraviado, quien en su condición de taxista desplazaba su vehículo sin contar con los respectivos espejos retrovisores laterales y había llenado totalmente de frutas los espacios del vehículo, resultó determinante para la producción de los hechos imputados, siendo por lo mismo no atribuible el resultado al procesado".* (Ejecutoria del 13 de mayo de 1998, Exp. 5705-97 **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, pp. 144-145). *"Al comprobarse que el sentenciado conducía su vehículo a una velocidad mayor que la razonable y no prudente para las circunstancias de lugar y momento, mostrando marcada negligencia durante su conducción, lo que generaría las lesiones y posterior deceso del agraviado, se halla acreditado el delito de homicidio culposo"* (Ejecutoria Suprema del 28 de enero de 1998, R. N. 2565-97 Cono Norte-Lima **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 299). *"Al comprobarse que el inculpado condujo una motocicleta a excesiva velocidad, lo que originó que*

de un vehículo destinado al transporte de colegiales no ha tenido presente que la velocidad máxima para circular en zonas escolares es de treinta kilómetros por hora y no de cuarenta como manifiesta haber estado trasladando su unidad móvil, transgrediendo lo señalado por el artículo cincuenta y nueve del Reglamento General de Tránsito de la República; que, teniendo en cuenta el considerando precedente se advierte que el inculpado con su accionar ha contribuido a la realización del evento culposo, ya que si no hubiera infringido su deber de cuidado, este resultado no se hubiera efectuado; por cuanto como consecuencia del riesgo creado por el procesado ha contribuido a que produzca el resultado" [73]. En otro caso: *"Abundante jurisprudencia ha señalado que, tratándose de la comisión de delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda en la intención del agente sino en su falta de previsión de lo previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias, infringiendo un deber de prudencia y de cuidado; que en el presente caso, tratándose de un operativo policial el acusado estaba obligado a tener lista su arma de reglamento para disparar y ante la repentina intención de huida del agraviado, éste tuvo que reaccionar de inmediato para impedirla, produciéndose el forcejeo en el cual ambos trataron de proteger su integridad física"* [74].

En los delitos imprudentes, no habrá imputación de la conducta [75] si es la víctima la que, con su comportamiento, contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, y este no se realiza en el resultado. Se trata de un caso de **imputación a la víctima** y no al autor. "En efecto si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor" [76]. Se trata de los supuestos en los que es la víctima, y no el autor, quien infringe el deber de cuidado (autopuesta en peligro, ámbito de competencia o responsabilidad de la víctima) [77].

839. Imputación a la víctima

no pudiera evitar atropellar a un peatón, se evidencia la infracción del deber de cuidado y la comisión de un delito culposo (lesiones culposas)". (Exp. 19-97 Arequipa **en** Academia de la Magistratura, 2000a, p. 166).

[73] Ejecutoria del 16 de junio de 1998, Exp. 798-98 **en** Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, 1999, pp. 138-139.

[74] Ejecutoria Suprema del 20 de enero de 2005, R. N. 2161-2003 Cono Norte, sexto considerando.

[75] En el sentido de la ubicación de la imputación a la víctima en el ámbito de la imputación de la conducta *Vid.* Cancio Meliá, 2001, p. 365.

[76] Cancio Meliá, 2001, pp. 305-306.

[77] Otro caso de la imputación a la víctima cuando concurre la imprudencia, tanto en el autor como en la víctima (concurrencia de culpas), y que debe ser tratado en la imputación del resultado. Cfr. Cancio Meliá, 2001, p. 332. *Vid.* casos de autorresponsabilidad: la cuasi autoría mediata, inimputables, semiimputabilidad y la imputabilidad de la persona lesionada, error y autorresponsabilidad, situación de necesidad y autorresponsabilidad, detención de delincuentes **en** Feijoo Sánchez, 2001, pp. 346 y ss.

Jurisprudencia:

"El accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que éste se encontraba, el que según el Certificado del Dosaje Etílico (...) alcanzaba los dos puntos cincuenta g/L unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues por lo contrario está demostrado que conducía de acuerdo a las reglas de tránsito" [78]. En otro caso: *"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 jurídicamente 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"* [79]. En un tercer caso: *"Si el procesado conducía su vehículo a una velocidad prudencial y sin infraccionar las reglas de tránsito vehicular, no cabe imputarle una falta de deber de cuidado, más aún si el accidente que motivó la muerte del agraviado ocurrió cuando éste ingresó de modo imprudente a la calzada por un lugar no autorizado, luego de saltar una baranda metálica que divide el corredor vial y sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendentes a salvaguardar su integridad física"* [80].

840. Negligencia, imprudencia e impericia

En la práctica judicial se siguen utilizando los términos "**negligencia**" [81], "**imprudencia**" e "**impericia**", que son tomados como ejemplos de la violación al deber de cuidado [82]. Así, la imprudencia sería un exceso en el actuar, la negligencia una falta en el actuar, en el fondo no pueden distinguirse tan claramente. Ejemplo: imprudencia [83], el policía que entrega su arma cargada a un tercero sin tomar las precauciones que le obliga su

---

[78] Ejecutoria del 25 de febrero de 1997, Exp. 1789-96 Lima, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 95.

[79] Ejecutoria Suprema del 13 de abril de 1998, Exp. 4288-97 Ancash, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 99.

[80] Ejecutoria Superior del 10 de abril de 1997, Exp. 2151-96 **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, pp. 96-97.

[81] Jurisprudencia: *"Constituyen actos de negligencia médica, reprochables penalmente, el no intervenir a la parturienta para inducir un alumbramiento sin riesgo para la madre e hija, haciéndola esperar un considerable lapso de tiempo"*. Ejecutoria Superior del 11 de setiembre de 1998, Exp. 1682-98 **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, pp. 184-186.

[82] TERRAGNI, 1984, pp. 13, 75, 82.

[83] El derecho administrativo utiliza el concepto "imprudencia temeraria" (Reglamento General de Tránsito de la República del Perú).

profesión. Negligencia: mantener las puertas abiertas de un microbús de transporte público de pasajeros. Impericia: el enfermero que provoca embolia gaseosa (paso del aire a la sangre) durante una transfusión de sangre debido a su desatención. Generalmente, la negligencia es entendida como imprudencia grave [84]. En la actualidad, la discusión se centra en la imprudencia y está orientada a determinar si es posible precisar su intensidad (grave y leve) [85].

b. Imputación del resultado

841. Imputación del resultado

Aunque esta problemática la hemos desarrollado con profundidad en el injusto doloso [86], consideramos que no hay diferencias esenciales entre ambos tipos de injusto (doloso e imprudente) para la imputación del resultado.

842. El resultado en el delito imprudente

No cualquier conducta que viole un deber de cuidado es un delito imprudente. Se requiere además un **resultado típico** previsto en nuestro Código Penal. Ejemplo: el automovilista que conduce el vehículo contra el sentido del tránsito (imputación de la conducta), será sancionado penalmente, sólo si origina un resultado típico (muerte o lesión de un peatón, artículo 111 ó 124, Código penal). Generalmente se afirma que el resultado es una condición objetiva de punibilidad [87].

---

[84] JAKOBS, 2000, p. 295.

[85] "En la doctrina se tiende a vincular la gravedad de la imprudencia con la importancia del bien jurídico que resulte lesionado. Tal criterio, en realidad, más que caracterizar la gravedad de la imprudencia, la reemplaza por la gravedad del hecho. Otro criterio se refiere a la creación de un peligro elevado no seguido del empleo de suficientes medidas de control. Se trata en realidad de un único elemento, la creación de un peligro elevado, dado que la insuficiencia del control es, precisamente, lo que define la imprudencia como tal (...). Probablemente se debería intentar una caracterización de la gravedad de la imprudencia desde perspectivas relacionadas con la prevención especial, es decir, a partir del grado de desinterés revelado por el autor respecto de los bienes ajenos. De esta forma no se alcanzará un concepto preciso, pero, al menos, podrá situarse la cuestión en el lugar que le corresponde sistemáticamente" (BACIGALUPO, 2004, p. 334). *Vid.* JAKOBS, 2000, pp. 296-299; CASTILLO ALVA, 2002, pp. 514-515.

[86] *Supra* núms. margs. 716 y ss.

[87] Una concepción, que radicaliza la visión de la teoría de las normas, "pretende dejar tan sólo el desvalor de la acción (es decir la conducta imprudente) en el tipo, con el argumento de que se podrían prohibir acciones, pero no resultados. La misma llega así precisamente a una inversión de la concepción clásica que sólo consideraba elemento del tipo el resultado y desterraba de él el desvalor de la acción" (ROXIN, 1999, p. 998, num. 7). SANCINETTI señala que el resultado es un ingrediente de azar, es razonable y preferible que su producción efectiva restrinja el ámbito de la punibilidad

843. Función delimitadora del resultado en el delito imprudente

La *imputación del resultado* concede relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado. La razón de exigir el resultado de *lege ferenda*, puede justificarse como una garantía de seguridad para los ciudadanos. Esta función limitadora está orientada en un sentido político-criminal positivo [88]. Ejemplo: por más imprudente que haya sido la conducta del médico que intervino en una operación quirúrgica utilizando una nueva técnica en proceso de desarrollo, no podrá ser acusado de delito imprudente si no se origina la muerte ni lesión en el paciente (resultado).

844. Relación de riesgo desaprobado y resultado

El resultado se ha generado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Este riesgo debe de provenir de la acción imprudente del autor, es decir, de la infracción del deber de cuidado que le era exigible. Aquí, al lado de la causalidad, adquiere un papel importante que la causación del resultado se ubique en la *finalidad de protección de la norma de cuidado* infringida por el sujeto [89] [90].

Jurisprudencia:

"Tanto la materialización del delito como la responsabilidad penal del procesado se encuentran debidamente acreditadas, pues además de la verificación del nexo causal existente, se tiene que el resultado le es imputable objetivamente, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado, circunstancia que objetiviza la infracción del deber del cuidado incurrida por el acusado, lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido materializado en el resultado" [91]. En otro caso: *"Se ha acreditado que el nexo causal que produjo el fallecimiento del agraviado fue el atropellamiento de que fue víctima por*

---

de todas las acciones imprudentes, como una condición objetiva de la punibilidad (1991, p. 293). BACIGALUPO establece que "el resultado de la acción imprudente constituye una condición objetiva de la punibilidad, dado que el autor no necesita haber tenido ninguna conciencia de su realización" (2004, p. 336). Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 308.

[88] MIR PUIG, 2004, p. 297, num. 53.

[89] *Ibidem*, p. 298, num. 56.

[90] La jurisprudencia nacional establece la necesidad de identificación individual del sujeto que ejecutó la acción imprudente: "*Para saber quien debe responder del resultado producido, no sólo se debe establecer la simple conexión causal, sino, que es preciso, además saber quien actuaba diligentemente y quien no*" (Ejecutoria del 18 de marzo de 1998, Exp. 6534-97, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 27 Año 6, diciembre-2000, p. 198). En otro caso: *"Lo esencial del tipo de lo injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción; o sea, para saber quién debe responder del resultado producido, no basta con establecer la simple conexión causal, sino que es preciso, además, saber quién actuaba diligentemente y quién no"* (Ejecutoria del 7 de enero de 1998, Exp. 6095-97 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 16 Año 6, enero-2000, pp. 225-227).

[91] Ejecutoria del 2 de noviembre de 1998, Exp. 5032-97 **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMÁN, 1999, pp. 112-113.

parte del vehículo que conducía el sentenciado, también se le puede imputar objetivamente tal resultado a este procesado, pues, el deber objetivo de cuidado que se le reprocha haber inobservado es el hecho precisamente de manejar en estado de ebriedad, así como el conducir a excesiva velocidad en una zona no adecuada, faltando al cumplimiento de las reglas de tránsito que por el hecho de estar al mando de un vehículo motorizado se le exige que observe"[92].

845. Infracción de la norma de cuidado y riesgo típico

La exigencia del riesgo típico es consecuencia de la infracción de la norma de cuidado, es decir con la infracción de la norma de cuidado se está creando el riesgo jurídicamente desaprobado [93]. Lo que importa aquí es que el resultado sea imputable al sujeto por el riesgo derivado de la infracción de la norma de cuidado. Así pues, se negará la imputación objetiva del resultado si se ha producido por causas ajenas a la conducta imprudente del autor.

Jurisprudencia:

"El tipo objetivo culposo exige, básicamente, la realización de una conducta que origine un riesgo típicamente relevante y que el riesgo creado, no permitido, sea el resultado de la inobservancia del deber de cuidado (momento del desvalor de la conducta, el cual resulta agravado si lo que se infringe son reglas técnicas de profesión). Generando la profesión del médico una obligación de medios, es necesario determinar, tratándose de delitos culposos, si se aplicó negligentemente su ciencia con vista a la obtención del resultado" [94].

846. Concurrencia de culpas

Los casos de confluencia de riesgos suponen supuestos en los que concurre en el hecho que desencadenó el resultado tanto un riesgo relevante atribuible a título de imprudencia al autor como también a la víctima (concurrencia de culpas). De manera figurada podría hablarse en estos casos de *autoría accesoria* de autor y víctima [95]. Creemos que lo más pertinente es afirmar una disminución del injusto en el lado del autor [96]. Es

---

[92] Ejecutoria del 14 de enero de 1998, Exp. 6109-97 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 27 Año 6, diciembre-2000, p. 191.

[93] Mir Puig, 2004, p. 292, num. 28.

[94] Exp. 167-97-P/COR Camaná **en** Armaza Galdos/Zavala Toya, 1999, p. 26.

[95] Corcoy Bidasolo, 1989, p. 359; Cancio Meliá, 2001, p. 345. "Para que a esta constelación de casos le corresponda relevante autonomía, es preciso –aparte, como es lógico, que no concurra ninguna causa de exclusión de la imputación objetiva del comportamiento– que el riesgo que se realiza sea un riesgo respecto del cual existe una responsabilidad múltiple, lo que es el caso, especialmente, cuando existen deberes o funciones de control recíprocos" (Cancio Meliá, 2001, p. 345).

[96] Corcoy Bidasolo, 1989, pp. 359-360: "Cuando digo que en estos casos el riesgo creado por la víctima afecta a la gravedad del injusto del autor, no quiero decir con

decir, como el resultado se produjo "a medias" entre el autor y la víctima, entonces será recomendable una reducción de la responsabilidad del agente [97].

Jurisprudencia:

"Para el caso sub examine, se debe tener en cuenta que el accidente de tránsito se produjo no solamente por la falta de cuidado que prestó el procesado mientras conducía su vehículo, sino que en el mismo concurrió la irresponsabilidad de la agraviada al intentar cruzar con su menor hija en sus brazos por una zona inadecuada. Factor determinante para que se produzca el accidente de tránsito fue la acción imprudente de la agraviada al ingresar a la calzada sin adoptar las medidas de seguridad, mientras que el factor contributivo fue la velocidad inadecuada con la que el procesado conducía su vehículo; en consecuencia, se afirma la imputación objetiva ya que el procesado con su acción imprudente, que es faltar a las reglas de tránsito, incrementó el riesgo normal, por lo que este incremento equivale a su creación" [98].

847. Previsibilidad objetiva del resultado

El resultado debe haber sido previsible objetivamente desde la posición del autor, en una valoración *ex ante* del proceso causal [99]. Se negará la imputación, aunque se haya creado el riesgo típico, si el resultado no ha sido previsible para el sujeto.

Jurisprudencia:

"Del caso sub examine se tiene que, si bien es cierto el atestado número veintidós DR – SIAT concluye que el factor predominante es que el peatón, esto es la agraviada, intentó cruzar una vía peligrosa, por las condiciones imperantes determinadas, sin adoptar las medidas de precaución y seguridad, existiendo carencia de iluminación en la zona, llegando en un momento dado el interponerse delante del eje de circulación del vehículo conducido por el inculpado, sin utilizar el puente peatonal existente en un lugar para tal fin, exponiendo de esta manera su vida, a lo que hay que agregar que por las circunstancias en las que se producen los hechos se colige la falta de

---

ello, que de modo automático, la existencia de riesgo relevante de la víctima implique la disminución de la gravedad del injusto del autor, en el sentido en que lo hace la jurisprudencia penal. Lo que efectivamente sucede es que, en estos casos, no todo el peligro creado, que concurre en el desenlace lesivo, lo ha sido por el autor. Se han de aplicar los criterios generales de imputación (...), examinando la conducta del autor independientemente de la de la víctima. Es usual que, en muchos de estos supuestos, el juicio individualizado de la conducta del autor permita apreciar que la gravedad del riesgo creado por éste es de menor magnitud del que, a primera vista, parece que exista".

[97] CANCIO MELIÁ, 2001, p. 347.

[98] Resolución Superior del 18 de marzo de 1998, Exp. 6534-97 Lima en AA.VV., 2004, p. 398.

[99] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 209. Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 299, num. 57.

previsibilidad de la producción del resultado" [100]. En otro caso: "*Al quedar demostrado que los agraviados cruzaron la avenida por delante del ómnibus del cual habían bajado, elevando de esta forma el riesgo permitido y bajo circunstancias de no previsibilidad e imposibilidad de evitar el resultado lesivo por parte del conductor procesado, no se desprende ninguna infracción del deber de cuidado imputable a dicho encausado*" [101].

848. Fin de protección de la norma de cuidado

El resultado típico debe encontrarse dentro del *ámbito de protección de la norma de cuidado* que ha sido infringido. Una conducta imprudente no es imputable objetivamente si de ella se produce un resultado que no tiene nada que ver con la norma de cuidado infringida. Con la norma de cuidado podemos comprobar los riesgos que pretende evitar (**fin de protección de la norma de cuidado**), ya que de ellos se puede derivar el resultado.

849. Consentimiento en el delito imprudente

Se acepta el **consentimiento** en los tipos imprudentes (artículo 20, numeral 10, Código penal). Ejemplo: el sujeto que concierta con otro una alocada carrera de autos y al hacerlo acepta la posibilidad de sufrir un accidente con lesiones. Se diferencia entre *autopuesta en peligro* y *puesta en peligro de un tercero*, en que en el primero también concurre la conducta imprudente de la víctima, mientras que en el segundo la conducta de la víctima no tiene eficacia en el resultado final [102]. Este supuesto de ausencia de imputación del resultado, supone reconocer validez al consentimiento si el resultado efectivamente verificado corresponde al resultado consentido [103].

850. Delito y falta imprudente

De manera sistemática, el estudio del resultado es también importante, pues permite diferenciar entre un delito y una falta imprudente [104]; igualmente, la pena aplicable no será mayor o igual a la establecida para el delito doloso. Asimismo, permite agravar la pena en los casos de resulta-

---

[100] Ejecutoria del 24 de abril de 1998, Exp. 550-98 **en** Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, 1999, pp. 131-132.

[101] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. 8653-97 **en** Rojas Vargas, 1999, p. 628.

[102] Corcoy Bidasolo, 1989, p. 551.

[103] Tavares, 2003, p. 373; Roxin, 1976, p. 190.

[104] Rodríguez Ramos, 1977, pp. 59-60. Ejemplo: serán faltas contra el cuerpo y la salud, aquellas que requieran asistencia facultativa o produzcan impedimento para el trabajo hasta por 10 días. Por el contrario, serán delitos las conductas negligentes que requieran más de 10 días de asistencia facultativa o impedimento para el trabajo (artículo 441, Código penal).

do en función a negligencia profesional u otra (artículo 124, cuarto párrafo, Código penal). Incluso permite diferenciar entre un delito imprudente de lesión y uno de peligro [105].

§52. Imputación subjetiva

En la imputación objetiva imprudente se ha evaluado la existencia de una infracción al deber de cuidado, sin embargo, en la imputación subjetiva imprudente es importante determinar si el peligro causado pudo ser conocido por el sujeto. Para este fin, es preciso indagar sobre la *cognoscibilidad* y la *previsibilidad*. "Conocimiento o cognoscibilidad y previsibilidad son, por tanto, dos perspectivas distintas del deber subjetivo de cuidado como contenido del tipo subjetivo imprudente. La previsibilidad de la posibilidad de realización típica es precisamente el contenido del conocimiento o la cognoscibilidad" [106]. Estas dos categorías están estrechamente relacionadas.

851. Imputación subjetiva en el delito imprudente

El núcleo duro de la imputación subjetiva imprudente se ubica en la **cognoscibilidad** (*Erkennbarkeit*) y se entiende como exigibilidad del conocimiento del peligro "que se determinará en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad. La cognoscibilidad, así entendida es, precisamente, lo que denominamos previsibilidad individual –deber prever–" [107]. Ejemplo: el autor *debe prever* que es peligroso suministrar un medicamento sin conocer las contraindicaciones; el agente *debe prever* que es peligroso conducir un automóvil sin revisar el estado de sus frenos.

852. Cognoscibilidad

La **previsibilidad** se tratará tanto desde una perspectiva objetiva como de una personal o individual [108]. La **previsibilidad objetiva** se refiere a la posibilidad de previsión de cualquier ciudadano prudente en la producción del resultado típico. El juez va a determinar si hubiera podido pre-

853. Previsibilidad

---

[105] *Delitos imprudentes de lesión*: Homicidio culposo (artículo 111, Código penal), lesiones culposas (artículo 124), etc. *Delitos imprudentes de peligro*: (de peligro abstracto) contaminación culposa del medio ambiente (artículo 304, segundo párrafo); (de peligro concreto) explosión culposa (artículo 278), etc.

[106] CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 236.

[107] *Ibidem*, p. 249.

[108] Cfr. JESCHECK, 1993, pp. 525-526; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 632.

ver un hombre prudente (sujeto ideal), ubicado en la posición del infractor; además, con los conocimientos de este "que, si son menores que los del sujeto ideal, no le restan a éste su conocimiento y capacidad de previsión normal, pero si son superiores o excepcionales, se suman a los del sujeto ideal, aumentando correlativamente la posibilidad objetiva de previsión" [109]. La **previsibilidad personal o individual** considera las posibilidades concretas del agente en las circunstancias en que actuó en relación a sus experiencias y conocimientos especiales [110].

854. Clases de imprudencia

Para el juez se trata de una apreciación objetiva, en el caso concreto y sobre el autor específico. En este sentido se puede diferenciar entre culpa consciente y culpa inconsciente [111], aunque recientemente se busca superar esta distinción [112]. El Código Penal peruano no establece diferencias para los efectos de la punibilidad.

Jurisprudencia:

"Los delitos culposos pueden ser definidos como aquellos ilícitos producidos por el agente, al no haber previsto el posible resultado antijurídico; siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión fuera posible, o habiéndolo previsto, confía sin fundamento que no se

---

[109] Luzón Peña, 1999, p. 503.

[110] Fragoso, 1985, p. 235.

[111] Podemos diferenciar ambas formas atendiendo al estado en el que se encuentra el conocimiento del agente respecto a la afectación del bien jurídico: actualizado para la culpa consciente, y actualizable para la culpa inconsciente. Para la tipicidad culposa, sólo bastará con que el agente actué con un **conocimiento actualizable** (Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 524. Cfr. Maurach/Gössel/Zipf, 1995, II, p. 183). "Tanto en la culpa consciente como en la inconsciente hay conocimientos efectivos; (...) no es verdad que en la inconsciente haya una mera exigencia de conocimiento, sino una exigencia de actualización de conocimientos que existen y sin los cuales no podría haber culpa y, por supuesto, menos a un reproche; (...) la circunstancia de que los conocimientos no actualizados en la culpa inconsciente deban tomarse en cuenta para decidir la imputación objetiva descarta la elaboración de un tipo subjetivo por innecesario, pero no porque no existan" (Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 527). Si el agente carecía de la posibilidad de poder actualizar su conocimiento respecto a lo imprudente de su conducta, la afectación del bien jurídico que se genere, no será imputable a su conducta.

[112] Jakobs busca superar la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente a partir de que en toda imprudencia falta el conocimiento de la realización del tipo, de manera que esta separación carece de sentido. Afirma que "dado que el dolo eventual cubre todo el ámbito en el que el autor juzga la realización del tipo como no improbable, no se puede formar *ninguna imprudencia consciente* (*luxuria*) con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo" (1995, p. 382, num. 3). *Vid.* Mazuelos Coello, 2003, p. 165.

producirá el resultado que se representa, actuando en consecuencia con negligencia, imprudencia e impericia" [113].

855. Culpa consciente

La **culpa consciente** (culpa con representación) se presenta cuando el sujeto se representó o previó el proceso que afectó al bien jurídico, el mismo que exigía un cuidado determinado. Tiene conciencia que el resultado típico puede sobrevenir de la creación del peligro por él generada [114]. Es decir, el objeto del conocimiento es la *posibilidad de realización típica* [115].

Jurisprudencia:

"La culpa consciente exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá" [116].

856. Culpa inconsciente

La **culpa inconsciente** (culpa sin representación) se presenta cuando el sujeto no se representó ni previó el proceso que afectó al bien jurídico que exigía un cuidado especial y que, sin embargo, debió preverlo. Aun teniendo los conocimientos que le permitirían representarse dicha posibilidad de producción del resultado, no los actualiza y, por ende, no tiene conciencia de la creación del peligro [117]. Aquí, el objeto del conocimiento es la *posibilidad del conocimiento de esa realización* [118].

Jurisprudencia:

"En el supuesto de culpa inconsciente, el sujeto activo no conoce el resultado ni se lo representa" [119].

857. Desconocimiento de la situación de peligro

De esta manera, para que se califique un hecho como imprudente es necesario el **desconocimiento** de la efectiva situación de peligro, pero además que ese desconocimiento le sea imputable al sujeto, por ello,

---

[113] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. 8653-97 **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 628.

[114] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 524.

[115] CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 287. *Vid. supra* núm. marg. 567.

[116] Exp. 167-97-P/COR Camaná **en** ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 26.

[117] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 524.

[118] CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 287.

[119] Ejecutoria Suprema del 3 de octubre de 1997, Exp. 3365-96 Piura **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 101.

junto a la cognoscibilidad ha de presentarse un deber de evitar ese desconocimiento (deber subjetivo de cuidado) [120].

Por otro lado, cabe establecer la diferencia entre **culpa consciente** y el **dolo eventual** [121], aunque existen tendencias a equipararlas [122]. La culpa consciente se presenta si la actitud del sujeto es de confianza en que no se producirá el resultado, basado en las circunstancias o en su capacidad personal. "Muchos hechos imprudentes, con culpa consciente, son tales y no dolosos, por la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control" [123]. Si la actitud del sujeto es la de contar con la posible realización del hecho, estaremos ante el dolo eventual [124].

858. Culpa consciente y dolo eventual

El **error de tipo** (artículo 14, Código penal) también se acepta en los delitos imprudentes [125]. "El desconocimiento del peligro es siempre desconocimiento de una circunstancia objetiva que concurre en la situación, por lo que se trata de una modalidad de error de tipo" [126]. El error puede recaer [127]: *Primero*, en la valoración del autor sobre su capacidad de poder mantener un control del riesgo que su conducta origina, en los casos en que tiene el control de ésta. *Segundo*, en el desconocimiento por parte del autor de la efectiva peligrosidad de su conducta, en los supuestos en que no mantiene el dominio sobre su conducta, siempre que este desconocimiento tenga un fundamento racional.

859. Error de tipo

Tanto en el *error sobre la capacidad de evitación* como en el *error sobre la efectiva peligrosidad de su conducta*, es posible determinar la *evitabilidad* o

---

[120] Corcoy Bidasolo, 1989, p. 287.

[121] Para Bacigalupo no cabe admitir a la llamada culpa consciente como una forma de la imprudencia. "Sólo habrá culpa inconsciente, dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual. Dicho de otra manera, si el autor conoció el peligro no permitido generado por su acción se dará dolo eventual; si, por el contrario, no conoció el peligro no permitido proveniente de su conducta habrá imprudencia cuando hubiera podido conocer el peligro" (1998, p. 247).

[122] *Vid.* Bacigalupo, 2004, p. 336; Mazuelos Coello, 2003, p. 165.

[123] Corcoy Bidasolo, 1989, p. 283.

[124] *Vid. supra* núm. marg. 789. Sancinetti los distingue partiendo del carácter más o menos remoto del resultado representado: la representación de una posibilidad concreta constituye dolo eventual, la representación de una posibilidad abstracta constituye la culpa o imprudencia consciente (1991, p. 285).

[125] Cfr. García Cavero, 2004a, pp. 593-594.

[126] Corcoy Bidasolo, 1989, p. 288.

[127] *Ibidem*, pp. 284-285.

860. Error sobre la capacidad de evitación y sobre la efectiva peligrosidad

inevitabilidad del error. El artículo 14 del Código Penal nos permite admitir el error de tipo invencible, ya que el vencible es típico. Ejemplo: el automovilista cauteloso que conduce su vehículo respetando las normas reglamentarias, las señales de tránsito, sin embargo, al tomar una curva causa lesiones a un peatón pues unos bromistas cambiaron el sentido de las señales que indicaban la dirección correcta, lo que motivó que condujera en sentido contrario.

Jurisprudencia:

"Por ello, la Sala considera que [el procesado] aunque reconoció la posibilidad de la producción de un resultado accesorio lesivo contra el bien jurídico vida o integridad física de los concurrentes a la discoteca, no hizo esfuerzos relevantes que pudiesen evitarlo, pese al incremento de un riesgo adicional (juegos con fuego al interior de la discoteca), no siendo por ello admisible el argumento del "error sobre la evitabilidad del resultado", en la medida en que no se le puede adjudicar una valoración errónea de su capacidad para impedir el resultado típico y por ende la "omisión de buena fe" en tomar las precauciones requeridas, en razón que dicho argumento habría sido válido siempre y cuando [el procesado] hubiese incrementado su capacidad para impedir el resultado típico (Por ejemplo: proveer por lo menos a la discoteca de uno o dos extintores por piso, capacitar al personal para prevenir incendios o para contrarrestarlos, lo que implica hacerles de conocimiento de los instrumentos que contaba la discoteca para apagar un amago de incendio, etcétera). Hecho que nunca se dio conforme se ha expuesto en líneas precedentes; por el contrario, conocía su falta de capacidad para evitar el resultado y, a pesar de ello, siguió actuando, produciéndose el hecho dolosamente, aunque no deseara su producción" (**Caso Utopía**) [128].

§53. Ampliación de la imputación

a. Tipo imperfectamente realizado

861. Imposibilidad de tentativa en el delito imprudente

Los delitos imprudentes sólo se reprimen cuando están consumados. Los supuestos de **tentativa** en estos delitos no son aceptados por la doctrina dominante [129]. Los delitos imprudentes carecen de una decisión delictiva que vaya más allá del resultado objetivo, elemento esencial de toda tentativa. En estos delitos, no existe un plan de acción, por lo tan-

[128] Ejecutoria Superior del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004.

[129] FARRÉ TREPAT, 1986, pp. 123-124; BACIGALUPO, 2004, p. 335.

to, no es posible distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos. Si bien el texto del artículo 16 del Código Penal se refiere, en términos generales, a la tentativa de un delito, no lo hace expresamente a delitos imprudentes. De *lege ferenda*, el artículo 16 del Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 limita taxativamente la tentativa al "delito doloso".

Jurisprudencia:

"No existe represión de la tentativa ni de la participación en los delitos culposos" (**Caso Utopía**) [130].

862. ¿Tentativa imprudente?

Sin embargo, existe un sector doctrinal que admite la tentativa en el delito imprudente. Inicialmente se advirtió que una tentativa culposa era conceptualmente imposible, pero no lo era la tentativa de un delito imprudente, ya que este también se puede empezar a ejecutar [131]. En la actualidad, algunos autores la admiten en los supuestos de culpa consciente [132].

863. Tentativa imprudente como delito de peligro

Otro camino que se podría usar para los supuestos en los que se plantee admitir el adelantamiento de la punibilidad a la puesta en peligro de bienes jurídicos podría ser el de los delitos de peligro [133].

864. Tentativa en el delito doloso-imprudente

Situación diferente se presenta en aquellos tipos que son combinación de un delito doloso y otro imprudente (llamada **preterintención**) [134]. En ellos la tentativa es posible en relación a la conducta dolosa básica siempre que esté presente el resultado imprudente [135].

---

[130] Ejecutoria Superior del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004.

[131] Farré Trepat, 1986, p. 125.

[132] Jakobs expresa que "la tan extendida idea de que no hay tentativa en los delitos imprudentes, o bien constituye un uso, exclusivamente terminológico, de la denominación tentativa del delito doloso, o es incorrecta: Lo que se puede llevar a cabo también se puede comenzar, y lo que se puede llevar a cabo con éxito también se puede llevar a cabo sin éxito" (1995, p. 869, num. 28). Para Jescheck/Weigend la tentativa puede ser imaginable en la culpa consciente (2002, p. 617).

[133] Farré Trepat, 1986, p. 128; Stratenwerth, 2005, p. 520, num. 61. Cfr. Bustos, 2004, I, p. 1060.

[134] Cfr. Jakobs, 1995, p. 868.

[135] Cfr. Stratenwerth, 2005, p. 520, num. 58.

b. Autoría y participación

865. Autoría en los delitos imprudentes

Los delitos imprudentes son delitos de dominio [136]. En estos delitos, el **autor** es aquel que se encuentra ante la posibilidad de realizar una acción peligrosa que está subordinada a un deber de cuidado que incide sobre la forma y modo de la ejecución [137]. No se acepta la **autoría mediata**. En estos delitos siempre encontramos "o autoría directa o formas heterólogas de autoría colateral" [138]. Tampoco la **coautoría** [139].

866. Participación en los delitos imprudentes

En los delitos imprudentes no hay **participación** [140]. Cualquier contribución causal imprudente para el resultado representa autoría [141]. Ejemplo: el que reúne leña para la fogata y otro enciende el fuego, originando un incendio. En este supuesto, los dos sujetos son autores del delito de incendio culposo (artículo 278, Código penal), pues cada uno violó de manera personal e incomunicable el deber objetivo de cuidado impuesto por las circunstancias y originaron el resultado. En cuanto a la **instigación** (artículo 24, código penal: "el que, *dolosamente*, determina a otro a cometer el hecho punible ...") y **complicidad** (artículo 25, Código penal: "el que, *dolosamente*, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado ..."), éstas siempre son dolosas [142]. Así, solo es posible el supuesto de la participación dolosa en un hecho imprudente [143].

---

[136] Si bien inicialmente ROXIN consideraba a estos delitos imprudentes como delitos de infracción de deber, ha abandonado esta posición "en tanto que la vulneración del deber general de cuidado, constitutiva del injusto, simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los tipos dolosos" (1998, p. 701). *Vid.* TAVARES, 2003, p. 411-412.

[137] Cfr. TAVARES, 2003, p. 411.

[138] BATISTA, 1979, p. 101. En contra DOTTI, 1988, p. 88; SANCINETTI, 1991, p. 290. *Vid.* PÉREZ MANZANO, 1999, p. 70 y ss.

[139] COSTA JUNIOR, 1988, p. 113.

[140] *Vid.* Sentencia del Caso Utopía: décimo cuarto considerando de la Ejecutoria Superior del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004.

[141] BATISTA, 1979, p. 60. Afirma que "falta espacio lógico para el concurso de agentes" (*Ibidem*, p. 1).

[142] Una propuesta de *lege ferenda* para aceptar la participación imprudente en hecho imprudente, *vid.* MAZUELOS COELLO, 2003, p. 184.

[143] MAZUELOS COELLO, 2003, pp. 180-181.

§54. Estructuras típicas compuestas

a. El llamado delito preterintencional

Antiguamente, la pena era determinada por el resultado que objetivamente se producía, sin importar si la conducta era dolosa o imprudente. Era el llamado principio ***versari in re illicita***, perteneciente al derecho canónico de la edad media, que establecía que el reo debía de cargar con todas las consecuencias no queridas causadas por su conducta ilícita [144]. Actualmente, para esta determinación y en el marco del **principio de proscripción de la responsabilidad objetiva** (artículo VII, Título Preliminar), el sistema de responsabilidad del *versari in re illicita* queda excluido totalmente [145]. Un Derecho Penal de culpabilidad sólo admite responsabilidad penal que se vincule a un hecho cometido con dolo o culpa.

867. *Versari in re illicita*

El llamado **delito preterintencional** es un supuesto de "tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelve por concurso ideal, o bien que, fuera de esta tipificación compleja, la conducta culposa sea atípica" [146]. La preterintención es sólo una de las figuras compuestas en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Ejemplo: tipificación simultánea dolosa y culposa (homicidio preterintencional, artículo 121, último párrafo; artículo 122, último párrafo, Código penal).

868. Delito preterintencional

Sin embargo, estas figuras presentan diversas modalidades de combinación de delitos dolosos e imprudentes: *Primera*, cuando junto a un comportamiento doloso concurre un resultado ulterior que hubiese podido preverse y evitarse, puede afirmarse que ese resultado ha sido culposamente provocado [147]. Así, estamos ante un mal pretendido proveniente de su actuación dolosa, y otro mal que es más grave, pero no ha sido pretendido, proveniente de su actuación imprudente. Tomando en cuenta su ubicación típica, podemos distinguir una *preterintencionalidad homogénea* y una *preterintencionalidad heterogénea*. La primera se presenta

869. Concursos entre delitos dolosos e imprudentes

---

[144] *Vid.* Jiménez de Asúa, 1962, p. 23: cuya fórmula originaria era "*versati in re illicita imputatur omnia ex delicto*". *Vid.* también Finzi, 1981, pp. 11 y ss.

[145] Bacigalupo, 1987, pp. 373-374.

[146] Zaffaroni, 1981, III, p. 428. Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 437, num. 2 y 3.

[147] Quintero Olivares/Muñoz Conde, 1984, p. 68. Aunque, generalmente, se construyen sobre la base de tipos dolosos (De la Cuesta Aguado, 1996, p. 114).

cuando el mal pretendido (delito doloso) y el más grave producido (delito imprudente) pertenecen al mismo tipo. La segunda se produce cuando el delito pretendido (delito doloso) y el producido (delito imprudente) pertenecen a tipos distintos, es decir, cuando el resultado perseguido y el causado, subsumibles en distintos tipos, afectan a bienes jurídicos distintos, pero estos están íntimamente relacionados en el caso concreto [148]. Estas situaciones constituyen **concursos** entre delitos dolosos, en el nivel de ejecución en que hayan quedado, y delitos imprudentes. Ejemplo: el que para perpetrar un robo infiere lesiones a una persona y el agraviado fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el sujeto hubiere podido prever este resultado. Por ello, la solución de concurso de delitos, resulta más adecuada que la formación de tipos penales que contengan delitos preterintencionales. *Segunda*, si la consecuencia ulterior fuera imprevisible tendrá que ser considerada fortuita; y, por ende, no originará responsabilidad penal. Ejemplo: el sujeto que lesionó levemente a un hemofílico sin conocer su condición, y le causó la muerte que no quiso causar ni pudo prever, será sancionado sólo con la que corresponda a la lesión leve que quiso inferir (artículo 122, Código penal).

b. Delitos cualificados por el resultado

Se pretende hablar de **delitos cualificados por el resultado** como forma de agravación de responsabilidad penal, basado en la pura causación e un resultado más grave sin importar que éste se haya originado en dolo o culpa [149]. Este parece ser el caso de los artículos 189, último párrafo del Código Penal (robo seguido de lesión grave). Así, la responsabilidad más grave era una consecuencia inmediata de la mera causalidad [150]. En un Derecho Penal basado en el **principio de culpabilidad** (artículo VII, Título Preliminar, Código penal) como el nuestro, no puede subsistir responsabilidad que no se vincule a una conducta cometida dolosa o imprudentemente. Los delitos cualificados por el resultado son inconstitucionales, pues además violan el principio de reserva (artículo 2, numeral 24, inciso a; Constitución Política). A nadie podemos prohibir causar un resultado que no podrá prever y por ende, nunca saber cuándo su conducta está prohibida [151]. Creemos que los pocos casos de los llamados delitos calificados por el resultado deben ser tratados como las llamadas fórmulas

870. Delitos cualificados por el resultado

[148] *Vid.* LUZÓN PEÑA, 1999, p. 538.

[149] MIR PUIG, 1983, p. 98.

[150] DE LA CUESTA AGUADO, 1996, p. 114.

[151] ZAFFARONI, 1981, III, p. 432.

preterintencionales y recurrir a sus principios [152]. Lo recomendable es suprimir toda referencia a delitos cualificados por el resultado o reducir la cantidad de las llamadas figuras preterintencionales, acudiendo a la solución del **concurso ideal** [153].

[152] Bustos, 1984, p. 275.

[153] *Infra.* núms. margs. 1540 y ss.

Capítulo XI
AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN: TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

Sumario: §55. Consideraciones generales. **§56.** Fases del delito (*iter criminis*). **§57.** Tentativa. (fundamento de su punición). **§58.** Tipo de la tentativa. **§59.** Formas de la tentativa. **§60.** Desistimiento. **§61.** Desistimiento en caso de varios intervinientes. **§62.** Interrupción exterior. **§63.** Tentativa inidónea (Delito imposible). **§64.** Delito putativo. **§65.** Tentativa irreal o supersticiosa.

Bibliografía

Rafael Alcácer Guirao: *Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 73, Edersa, enero, Madrid 2002. / Enrique Bacigalupo: *Tentativa*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Trivium, Madrid 1997. / Vicente Báez Avallone: *El arrepentimiento espontáneo*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 9, Madrid 1979. / Juan Bustos Ramírez: *Castigo o impunidad de la tentativa inidónea. Un falso dilema*, **en** Obras Completas, T. II, Ara, Lima 2004. / José Cerezo Mir: *La regulación del iter criminis y la conceptualización de lo injusto en el nuevo Código Penal español*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 9, Gráfica Horizonte, Lima 2000. / Joaquín Cuello Contreras: *Iter criminis*, **en** La ciencia del derecho penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Enrique Cury Urzúa: *Tentativa y delito frustrado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977. / Eduardo Demetrio Crespo: *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada 2003; idem, *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*, **en** Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / Amado Ezaine Chávez: *El proceso ejecutivo del delito: autoría y participación*, Lima 1997; idem, *El iter criminis*, 4ª ed., Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo 1983. / Elena Farré Trepat: *La tentativa de delito (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Barcelona 1986. / Mario Garrido Mont: *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Edito-

rial Jurídica de Chile, Santiago 1984. / HANS JOACHIM HIRSCH: *Acerca de la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13, Idemsa, junio, Lima 2003. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Desistimiento voluntario de consumar el delito*, Bosch, Barcelona, 1972. / CÉSAR AUGUSTO PAREDES VARGAS: *La tentativa en el Proyecto del Código Penal de 1986*, **en** Debate Penal, N° 1 (enero-abril), Lima 1987. / NELSON R. PESSOA: *Fundamentos de la punición de la tentativa. El acto de tentativa es expresión objetivada bajo la forma de riesgo prohibido de una voluntad final prohibida*, **en** Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001; IDEM, *La tentativa: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires 1998; IDEM, *La tentativa*, Hammurabi, Buenos Aires 1987. / JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA: *Sobre los fundamentos de la exención de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / PERCY REVILLA LLAZA: *¿Cuándo no es punible la tentativa del delito?*, **en** Actualidad Jurídica, T. 135, febrero, Lima 2005; IDEM, *Tentativa de delito*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Comportamientos impunes*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Desistimiento de actos ejecutivos-desistimiento activo*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / FIDEL ROJAS VARGAS: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Dogmática penal y fase externa del delito*, Grijley, Lima 1997. / CLAUS ROXIN: *Acerca de la tentativa en el derecho penal*, **en** Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara, Lima 2004; IDEM, *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*, **en** Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: *La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 15, Idemsa, julio, Lima 2004; IDEM, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid 1999. / MARCELO A. SANCINETTI: *Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 15, Idemsa, Lima 2004; IDEM, *Las regulaciones sobre causas de extensión de la punibilidad*, **en** Dogmática del hecho punible y ley penal, Ad Hoc, Buenos Aires 2003; IDEM, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez una investigación sobre el fundamento del ilícito en Jakobs*, Temis, Bogotá 1995 / JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ: *Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código Penal español*, **en** Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / EBERHARD STRUENSEE: *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires 1992. / HANS WELZEL: *La doctrina de la acción finalista, hoy*, **en** Revista Jurídica Veracruzana, N° 2, Jalapa 1970. / EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI: *Da tentativa*, Bauru, Jalovi 1980.

§55. Formas imperfectas de realización del tipo

Los delitos dolosos suponen la presencia de los elementos de la imputación objetiva y subjetiva, y en los supuestos que sólo concurre la primera

evidentemente estaremos ante un error de tipo [1]. En caso contrario, cuando sólo exista la imputación subjetiva (dolo no concretizado), pero no se haya completado el aspecto objetivo del tipo (o parcialmente), será necesario ampliar la imputación [2]. Precisamente a esto se denomina **formas imperfectas de realización del tipo** [3], que se presenta cuando el agente no logra ejecutar, pese a intentarlo, todos los elementos típicos necesarios para la configuración de un tipo penal determinado [4]. Las disposiciones de la parte especial están redactadas en forma de tipos consumados y la sanción a etapas previas a la consumación se debe a una ampliación de la imputación a través de las reglas de la parte general. Es de precisar que los tipos imperfectamente realizados no constituyen conductas delictivas independientes de un tipo penal determinado, pues en ellos existe un déficit respecto a la tipicidad, y no quiere decir que nos encontremos ante delitos distintos [5].

871. Formas imperfectas de realización del tipo

§56. Fases del delito (*iter criminis*)

Entendemos al «***iter criminis***» como las etapas constitutivas de un delito. Es un proceso que parte desde un momento mental (se concibe la idea de cometer el delito), hasta llegar a un momento externo (se llega a consumar el resultado). La construcción del proceso delictivo en base a etapas o momentos, es claro que resulta ser ideal, pues en muchos supuestos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución. Así, para efectos didácticos, es recomendable mantener esta división de etapas a fin de verificar sus momentos básicos.

872. *Iter criminis*

La realización de un delito pasa por dos fases: interna y externa. La **fase interna** se desarrolla en la mente del autor. En esta etapa se encuentra la ideación que es el desarrollo de la idea delictiva. No se conoce todavía cómo actuará el sujeto, ya que *sólo él mismo* conoce de sus planes ejecutivos. La **fase externa** viene a ser la exteriorización de la fase interna al mundo real. En esta etapa ubicamos a los actos preparatorios, tentativa,

873. Fases del delito

---

[1] Stratenwerth, 2005, p. 325, num. 1; Rojas Vargas, 1997, p.100.

[2] Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 633, num. 2.

[3] Cfr. Gómez Benítez, 1987, p. 243.

[4] Cfr. Berdugo *et al.*, 1999, p. 274.

[5] Rodríguez Devesa, 1991, p. 771.

consumación y agotamiento. Supone concretizar, en la realidad material, esas ideas delictivas [6]. Comienza con la plasmación del plan criminal y termina con la consumación del resultado querido. Como veremos más adelante, a diferencia de la fase interna, en esta etapa la intervención punitiva resulta indiscutible. «El Derecho Penal proclama que solamente lo que corresponda a lo externo puede ser objeto de valoración y, en su caso, de castigo» [7].

Jurisprudencia:

«En el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna, que comprende la ideación, y la fase externa, que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito» [8]. *En otro caso: «El* iter criminis *o camino recorrido por el acusado en su tercera comisión delictiva, ha sido el siguiente: a) empieza con la fase interna, desde que se le produce la idea de secuestro, lo delibera internamente y lo decide, b) continúa con la fase externa realizando actos preparatorios, vistiéndose adecuadamente, proveyéndose del arma de fuego, de las municiones, encaminándose al lugar de los hechos y colocando tres piedras en la carretera San Luis-Yauya, hasta el momento que llega la camioneta con el agraviado y los testigos que van dentro, c) empieza con los actos ejecutivos desde el momento que se acerca el vehículo en mención, haciendo un disparo al aire, para terminar dichos actos ejecutivos al momento que fallece el Padre D. B.»* [9].

874. Relevancia penal de la tentativa y consumación

El *iter criminis* es un proceso continuo, ininterrumpido, sin límites exactos entre las fases. Pero no todas estas etapas son relevantes desde el punto de vista jurídico-penal [10]. De ellas, las que más le interesan al Derecho Penal son la tentativa y la consumación.

a. Ideación

875. Ideación

El delito nace en la mente del sujeto, en ella se puede observar **deliberación** de la idea delictiva que, de acuerdo a las características del delito, se pretende realizar, la que puede ser más o menos breve o incluso faltar. Aquí se da la lucha entre la idea delictiva y las objeciones valorativas, contrarias a ella [11]. Esto es importante para los efectos de determinar la

---

[6] *Vid.* entre los autores nacionales: HURTADO POZO, 2005, p. 796; REVILLA LLAZA, 2004, p. 530; ROJAS VARGAS, 1997, p. 112; PEÑA CABRERA, 1983, p. 295; EZAINE CHÁVEZ, 1983, p. 9. PAREDES VARGAS, 1987, p. 37.

[7] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 575.

[8] Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, R. N. 4804-8, Huaura, **en** *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2, Lima, 2001, p. 668.

[9] Exp. 573-97 Huari **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, pp. 407-408.

[10] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 425.

[11] MANTILLA/RODRÍGUEZ, 1999, p. 211; PEÑA CABRERA, 1997, p. 381.

premeditación, que puede ser una circunstancia de agravación genérica o específica [12]. Esta etapa concluye con la **resolución** donde se decide realizar el acto delictivo. La resolución, más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso [13].

Es regla general que la ideación es impune, pues tiene total validez el principio «***cogitationis poena nemo patitur***» (ULPIANO). Al Derecho Penal moderno no le interesa reprimir las ideas, hacerlo significaría violentar la dignidad y la libertad de la persona [14]. La fase interna del *iter criminis* no puede ser objeto de sanciones penales, sino sólo cuando se concretice en una fase externa. Este principio tiene un fundamento constitucional en el artículo 2, numeral 3 de la Carta Política.

876. Impunidad de la ideación

Jurisprudencia:

«Por regla general, los procesos que ocurren en el mundo interior del agente (ideación) no son típicos y, por ende, son impunes, dado que al derecho penal no le interesa reprimir las ideas o un simple pensamiento delictivo, sino que es necesario que se transforme en una conducta real» [15].

En la fase interna ya se puede apreciar el *dolo*. Este elemento encuentra su origen en la ideación y acompaña al agente hasta la consumación delictiva [16]; pero, en esta etapa del proceso delictivo, el dolo aparece *inocuo* ante las exigencias punitivas, ya que requiere que esté concretizado en conductas externas.

877. Dolo inocuo

Por otro lado, la mera **comunicación** de la decisión de cometer el delito, en la medida que no suponga una amenaza (artículo 151, Código penal), es impune. Esto demuestra que no existen límites exactos, pues la comunicación de la decisión delictiva a un tercero, no es precisamente ideación (pues está exteriorizada), ni tampoco un acto preparatorio.

878. Comunicación de la decisión delictiva

b. Actos preparatorios

Es la etapa en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone [17]. Estos

---

[12] *Vid.* MIR PUIG, 1983, p. 127; IDEM, 1985, p. 278.

[13] MIR PUIG, 2004, p. 335, num. 4.

[14] Cfr. BUSTOS, 2004, I, p. 658.

[15] Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, R. N. 4804-8 Huaura **en** *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2, Lima, 2000, p. 668.

[16] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 275

[17] BACIGALUPO, 2004, p. 438.

comportamientos preceden a la ejecución típica del delito [18]. Los actos preparatorios son las primeras conductas externas ubicadas entre la fase interna y el comienzo de la ejecución de la comisión típica de un delito determinado, dentro del *iter criminis* [19]. No es calculable el número de actos que puede comprender la preparación delictiva, ya que esto dependerá del plan criminal que maneje el agente [20].

879. Actos preparatorios

Jurisprudencia:

«Los actos preparatorios, vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos y por ende impunes (...). El hallazgo de un costalillo de yute, dos linternas y otras especies en la maletera del vehículo en que se trasladaban los acusados, unida a la actitud sospechosa de aquellos, sólo puede calificarse como actos preparatorios de un delito de robo y no como actos de ejecución» [21]. *En otro caso: «Se imputa al acusado haber confeccionado los planos y croquis que determinaban la trayectoria a seguir por el agraviado, que luego sería objeto de la privación de su libertad personal; empero tal comisión delictiva no se perpetró, quedando entonces la actitud del procesado como un acto carente de suficiencia para violentar un bien jurídico tutelado por la ley en vista de no darse el presupuesto inequívoco de dar inicio en la comisión del hecho punible, por tanto debe encuadrarse tal situación como acto preparatorio que se encuentra en la fase externa del delito pero que no es parte de él, siendo que, por sí solo, es incapaz de indicar la voluntad del hecho de continuar acabar su intento delictuoso»* [22].

880. Impunidad de actos preparatorios

En relación a la penalidad, la regla general es que los **actos preparatorios** son atípicos, por ende, **impunes**. En otras palabras, los actos son equívocos, ya que pueden ser entendidos dentro del ámbito de las conductas socialmente permitidas; estos actos se hallan muy alejados a una posible consumación típica del delito, que no significan una seria amenaza para el bien jurídico protegido [23]. Los actos preparatorios son «una de las garantías en el normal desenvolvimiento de las acciones humanas, cuyo

---

[18] Los actos preparatorios implican ir más allá del plan criminal (límite mínimo), objetivando el hecho representado, no pudiendo haber iniciado la ejecución inmediata y típicamente relevante de la voluntad delictiva (límite máximo) (MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 8).

[19] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 336, num. 5.

[20] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 577.

[21] Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, Exp. 4804-98 Huaura **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, pp. 182-183.

[22] Ejecutoria del 18 de mayo de 1994, Exp. 111-94 **en** *Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima 2001, pp. 35-36.

[23] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 562.

respeto y objeto de mínima intromisión reflejan y grafican la real estructuración y funcionalidad de un Estado de derecho» [24].

881. Preparación excepcionalmente sancionada

En algunos casos, el legislador hace excepciones a esta regla de impunidad y decide sancionar tales acciones preparatorias que se dirigen inequívocamente al delito, especialmente en los casos de preparación de delitos graves y cuando la lucha eficaz contra ciertas formas de criminalidad requiera «una injerencia prematura» [25].

Jurisprudencia:

«En la tentativa sólo es punible el comienzo de la ejecución mas no así (...) los actos preparatorios, a no ser que en este último caso dichos actos preparatorios por sí mismos constituyen delito» [26].

882. Fundamentos para la punición de actos preparatorios

Se cree que son excepciones fundadas en razones de política criminal [27]. Algunos consideran que esta afirmación es equivocada e innecesaria, pues sostienen que preparación y ejecución son conceptos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. Si bien se estipula de manera genérica que los actos preparatorios no trascienden ningún tipo de efectos negativos, ya sea de peligro o de lesión, en perjuicio de los bienes jurídicos tutelados, el legislador en muchas ocasiones ha considerado anticiparse al resultado típico por la importancia que tiene la protección de algunos bienes jurídicos. En consecuencia, no hay «actos preparatorios» en sí, ni «actos de ejecución» en sí [28]. Ejemplo: La tenencia de máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos destinados a la falsificación de monedas (artículo 255, Código penal) no serían actos preparatorios «excepcionalmente sancionados» sino actos de ejecución porque así lo ha decidido el legislador al extender hasta esos extremos la protección del bien jurídico. Por otro lado, no es exacto que estas excepciones tengan especiales motivos político-criminales, pues «todos los delitos del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal» [29]. Así también, consideramos que no es aceptable la punición de actos preparato-

---

[24] Rojas Vargas, 1997, p. 103.

[25] Stratenwerth, 2005, p. 327, num. 9.

[26] Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto en Academia de la Magistratura, 2000a, pp. 232-234.

[27] Jescheck/Weigend, 2002, p. 562.

[28] Bacigalupo, 2004, p. 439.

[29] *Loc. cit.*

rios en relación a la peligrosidad personal de quien efectuó la preparación, porque ello significaría un supuesto de Derecho Penal de autor.

883. Formas de actos preparatorios punibles

La manera como el legislador decide adelantar la ejecución puede ser de dos formas. *Primero*, extiende un determinado tipo hasta comprender acciones preparatorias. *Segundo*, el legislador decide la *tipificación independiente* de algunas acciones preparatorias. Es decir, crea un delito autónomo. Ejemplo: fabricación, almacenamiento, suministro o posesión de explosivos (articulo 279, Código penal).

884. Apología y conspiración

En el supuesto de tipificación independiente de algunas otras acciones preparatorias, el Derecho Penal peruano prevé sanción para el **delito de apología** (artículo 316, Código penal) y el **delito de conspiración** para una rebelión, sedición o motín (artículo 349, Código penal) [30]. Aparentemente estas figuras no tendrían nada que ver con el tema.

885. Actos preparatorios como actos de complicidad

Esta decisión del legislador, de sancionar acciones preparatorias, tiene importantes consecuencias prácticas en el ámbito de la punibilidad. De lo que se trata es de mantener atípicas aquellas acciones preparatorias todavía más lejanas que las ya penalizadas por la Ley. Otras veces los tipos legales son complementados por disposiciones generales, de tal manera que acciones preparatorias son sancionadas como actos de complicidad [31]. Ejemplo: la mujer que entrega el vehículo para un secuestro, el sujeto que entrega a otro un fusil para que mate (son tanto actos de complicidad como actos preparatorios que devienen punibles porque son actos de asistencia).

886. Absorción del acto preparatorio

Por otro lado, el acto preparatorio como delito autónomo no puede ser punible independientemente si se ha producido la agresión final que el orden jurídico pretende evitar, que es también punible. No puede sancionarse dos veces por el mismo acto. Ejemplo: el sujeto que introduce en el territorio de la República máquinas destinadas a la falsificación de monedas (articulo 255, Código penal) y posteriormente produce la falsificación de éstas (artículo 252, Código penal), deberá ser sancionada por esta última figura.

c. Tentativa

887. Tentativa

Los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa. Así pues, el

---

[30] Se trata de las «resoluciones manifestadas» del Código Penal español de 1995 en sus artículos 17 y 18. *Vid.* BACIGALUPO, 1997, p. 559.

[31] LOGOZ, 1976, p. 113. HURTADO POZO, 2005, p. 801, num. 2042.

comienzo de la ejecución típica del delito y su no consumación representan sus límites.

Jurisprudencia:

«La tentativa consiste en el inicio de la ejecución de un delito, sin consumarlo, el comienzo de la ejecución comprende el inicio de la acción típica, así como la realización de actos demostrativos por el agente para poner en obra su finalidad» [32].

888. Tentativa y actos preparatorios

A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible. Esta es una etapa superior en el desarrollo del delito, pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por estos [33]. Dentro del *iter criminis*, la tentativa se encuentra ubicada entre los actos preparatorios y la consumación. La delimitación entre los actos de tentativa y los actos preparatorios, y la propia consumación puede ser problemática. A ella nos referiremos más adelante.

889. Definición de la tentativa

En realidad, la **tentativa** es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntarias (externas o accidentales). En nuestra ley, la tentativa puede ser admitida en todos los delitos dolosos de comisión u omisión, a diferencia de otras legislaciones en las que es la propia ley la que precisa en qué casos la tentativa se sanciona. Hay consenso en que en los delitos imprudentes no hay tentativa.

890. Tentativa en delitos de peligro

En relación con los *delitos de peligro concreto*, no existen problemas desde un punto de vista teórico para la admisión de la tentativa, ya que se exige la puesta en peligro del bien jurídico (resultado típico). En el caso de *delitos de peligro abstracto*, resulta muy difícil la admisión de la tentativa, ya que de su propia esencia se presume el peligro y no se exige su concreción [34].

Jurisprudencia:

«Por ser el delito uno de peligro (tenencia ilegal de armas), su naturaleza jurídica no posibilita que exista tentativa en su comisión» [35].

---

[32] Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 232-234. *Vid.* **tab.** Ejecutoria del 18 mayo de 1994, Exp. 111-94 **en** *Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima 2001, pp. 35-36.

[33] BUSTOS, 2004, I, p. 1046.

[34] CORCOY BIDASOLO estima la impunidad para los delitos de peligro (1999, p. 271 y ss.).

[35] Exp. 573-97 Huari **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, pp. 396-419.

d. Consumación

Este es un **concepto formal** y equivale a la realización precisa de un tipo. El delito está consumado con el total cumplimiento del tipo [36], es decir, con la realización de todos los elementos integrantes del mismo. Esencialmente, significa que el agente alcance el objetivo planeado mediante los medios que utiliza. Ejemplo: en el delito de hurto (artículo 185, Código penal), el momento de la consumación es el apoderamiento del bien mueble. Es importante el momento consumativo en su acepción formal, pues en algunos casos el legislador decide considerar consumado un delito incluso en etapas de tentativa o de preparación. Por otra parte, también resulta importante para solucionar muchos aspectos como la determinación del lugar y el tiempo de la comisión delictiva, el cómputo de la prescripción de la pena, etc. «En función a la configuración del tipo (delitos de lesión, de peligro o de resultado cortado), la consumación puede tener lugar en un momento anterior o posterior» [37].

891. Concepto formal de consumación

A *diferencia* de la tentativa, la consumación concuerda plenamente con el desvalor de acto y de resultado de lo injusto respectivo. Dicha diferenciación va a repercutir en la determinación de la pena aplicable, y tiene su razón de ser porque en la consumación no tan sólo existe desvalor de acción y desvalor del resultado, sino que a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa [38].

892. Consumación como desvalor de acto y de resultado

Jurisprudencia:

«La tentativa, a diferencia de la consumación, importa de parte del agente una puesta en marcha del plan personal de ejecución sin lograr realizar el fin representado; así, éste da cumplimiento de todos los requisitos del tipo, tanto objetivo como subjetivo, realizándolo imperfectamente, de modo que constituye 'una interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación'». [39].

---

[36] WELZEL, 1976, p. 260.

[37] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 556. «La consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos» (JAKOBS, 1995, p. 855, num. 1g).

[38] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 430.

[39] Ejecutoria Suprema del 29 de octubre de 1999, R. N. 3395-99 **en** *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3, Lima 2002, pp. 543-544.

e. Delito agotado

893. Consumación material

Es la llamada «**consumación material**» que se presenta cuando el sujeto no sólo realiza todos los aspectos exigidos por el tipo, sino que además consigue alcanzar la intención que perseguía [40]. Ejemplo: el hijo que obtiene la herencia luego de matar a su padre (parricidio, artículo 107 Código penal).

894. Eventual sanción por agotamiento

Para que se sancione basta la consumación y no se precisa del delito agotado, eventualmente, éste puede ser una circunstancia genérica de agravación de la pena (articulo 46, numeral 4, Código penal).

895. Diferencia práctica entre consumación y agotamiento

La *diferencia* entre consumación y agotamiento tiene efectos prácticos, por ejemplo, «en los tipos de peligro, de resultado cortado o mutilados de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar» [41].

§57. Tentativa (fundamento de su punición)

a. Teoría objetiva

896. Tentativa: teoría objetiva

Entiende que la razón de la sanción de la tentativa está en la puesta en peligro del bien jurídico protegido [42]. En estas teorías se da mayor importancia al desvalor del resultado pues se exige que haya una *afectación al bien jurídico.* Este criterio se apoya en un fundamento garantista de seguridad jurídica para el ciudadano, pues sólo se castigan procesos subjetivos que produzcan un resultado.

Jurisprudencia:

«Para la configuración de la tentativa se requiere la puesta en peligro del bien jurídico, debiendo analizarse cuál ha sido este» [43].

---

[40] MUÑOZ CONDE, 2004, p. 140.

[41] MIR PUIG, 2004, p. 353, num. 80.

[42] En su época FEUERBACH afirmaba que «es imposible que una acción sea antijurídica sin chocar con el derecho externo, pues solo lo es una acción (exterior) que lesiona o pone en peligro al derecho». De este principio dedujo que «quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico» (§42 cita 3; ed. castellana, 1989, p. 76).

[43] Ejecutoria del 8 de abril de 1996, Exp. 68-95 Callao en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 260-263.

897. Consecuencias de la teoría objetiva

Las *consecuencias* político-criminales son las siguientes: *Primera*, impunidad de actos preparatorios, pues se encuentra demasiado lejos de la lesión al bien jurídico [44]. *Segunda*, menor sanción de la tentativa respecto de la consumación, pues el bien jurídico es afectado en menor gravedad [45]. *Tercera*, impunidad de la tentativa inidónea, pues el bien jurídico no ha sido afectado. Sin embargo, esta teoría pudo extender la punición a la tentativa inidónea reconociendo que no sólo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor [46]. Esto fue posible pues la pena se fundamentó en la prevención especial (von LISZT).

898. Críticas a la teoría objetiva

La *crítica* que se ha formulado a la teoría objetiva se apoyan en las dificultades prácticas que existen para diferenciar entre acciones peligrosas y las que no lo son, de manera que no logran satisfacer las exigencias de seguridad jurídica de las que surgieron, además se ha resaltado especialmente en el caso de la tentativa inidónea las consecuencias injustas que esta posición plantea; sin embargo, la verdadera causa del abandono de estas teorías objetivas se encuentra en la imposibilidad de explicar el injusto de la tentativa y no sólo de la tentativa inidónea desde un punto de vista exclusivamente objetivo [47].

899. Teoría objetiva en el Derecho peruano

Nuestro Código Penal, parcialmente, ha adoptado esta teoría, v. gr. establece que sólo será penado los actos practicados cuando constituyen por sí otros delitos, en los casos de desistimiento en tentativa inacabada (artículo 18) en relación al delito consumado, y señala la impunidad para la tentativa inidónea (artículo 17).

b. Teoría subjetiva

900. Tentativa: teoría subjetiva

Se origina en la jurisprudencia del Tribunal del Imperio Alemán y también se difundió en Italia por la Escuela Positiva (GAROFALO). Esta teoría pretende fundamentar la punición de los actos no consumativos en la *intención del sujeto*, es decir, en su voluntad dañina. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión en cuanto se manifiesta externamente [48]. Para la Escuela Positiva italiana bastaba con la *peligrosidad social* del sujeto como fundamento de la punición de la tentativa. En la Escuela de *Kiel*, también se acentuó el aspecto subjetivo pues precisaba que lo importante era la voluntad contra el pueblo alemán, la traición como la base del delito [49].

901. Fundamento de la teoría subjetiva

La fundamentación de esta teoría se ubica en la *teoría de la equivalencia de condiciones*, donde destacando la no existencia de distinción alguna en el plano objetivo, debido a que todas las condiciones son equivalentes para un resultado, se hace imperante dirigirnos al plano subjetivo [50]. Así pues, resulta impropio hablar de la inidoneidad del medio porque la inidoneidad es lo contrario al medio.

---

[44] MIR PUIG, 2004, p. 336, num. 8. *Vid.* su descripción de la teoría objetiva moderna (1983, p. 129).

[45] JESÚS, 1985, p. 292; MIR PUIG, 2004, p. 337, num. 9.

[46] BACIGALUPO, 1998, p. 337.

[47] FARRÉ TREPAT, 1986, pp. 8-9

[48] MIR PUIG, 2004, p. 337, num. 11.

[49] BUSTOS, 1984, p. 309.

[50] BACIGALUPO, 1998, p. 337. *Vid.* JAKOBS, 1995, p. 862, num. 17.

Las *consecuencias* prácticas de esta teoría son las siguientes: *Primera*, una ampliación del ámbito de los actos ejecutivos sancionables, con el riesgo de reducir el espacio de los actos preparatorios impunes. Todo ello en razón que la voluntad delictiva se manifestaría desde el principio. *Segunda*, similar punición de consumación y tentativa, ya que en ellas existe la misma subjetividad delictiva sin importar la ausencia del resultado. *Tercera*, punibilidad de la tentativa inidónea, pues afirma que no tiene sentido una distinción entre tentativa inidónea e idónea, ya que toda tentativa es inidónea pues si era idónea, el delito se hubiera consumado [51]. *Cuarta*, ofrecen dificultades para excluir de punibilidad a las tentativas irreales (supersticiosas o imaginarias) [52].

902. Consecuencias de la teoría subjetiva

Es evidente que esta posición se apoya en un *Derecho Penal de autor*, vulnerando el principio del Derecho Penal de acto. Hay que destacar que castigar la pura voluntad delictiva sin que se produzca la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico, tiene un sentido bastante autoritario que conduce a la arbitrariedad [53]. Además, no toda tentativa constituye una señal de la peligrosidad del agente, de tal manera que fundamentar la tentativa inidónea en la peligrosidad del autor, significa aceptar el hecho que se aplique una pena por la simple existencia de una sospecha [54].

903. Críticas a la teoría subjetiva

Nuestro Código Penal no se inclina por esta teoría ya que establece la impunidad en el delito imposible (artículo 17).

904. Rechazo a la teoría subjetiva

c. Teoría de la impresión

Estas ideas parten de la teoría subjetiva pero la combinan con elementos objetivos. Pretenden establecer una conjunción de los criterios básicos de las teorías anteriores destacando tanto la voluntad dañina o criminal y el peligro resultante en perjuicio del bien jurídico. «La voluntad puesta en marcha frente a la norma de comportamiento es, ciertamente, fundamento de la tentativa; sin embargo, el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo es afirmado si con ésta se ve afectada la confianza de la colectividad en la validez del Ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica (teoría de la impresión)» [55]. Desde el punto de vista dogmático, esta teoría pone el acento especialmente en el desvalor de acto, por lo que no es necesario que produzca una afección al bien jurídico, bastando con la conmoción que el hecho puede provocar en la generalidad.

905. Tentativa: teoría de la impresión

Se le *critica* porque «la sede del problema de la tentativa no es la 'conmoción' 'psicológico-social' de 'generalidad' alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo» [56]. Además, se considera que esta teoría es demasiado ambigua y que las frases «*impresión de la generalidad*» y «*conmoción del ordenamiento jurídico*»

906. Crítica a la teoría de la impresión

---

[51] Bacigalupo, 1998, p. 337; Mir Puig, 2004, p. 337, num. 14.

[52] Welzel (1970, p. 267) y Stratenwerth (1982, p. 214) afirman que la teoría subjetiva excluye la punibilidad de esta tentativa irreal.

[53] Zaffaroni, 1982, p. 424. *Vid.* Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 779.

[54] Farré Trepat, 1986, p. 23.

[55] Jescheck/Weigend, 2002, p. 552.

[56] Jakobs, 1995, p. 863, num. 20.

precisan de concreción [57]. A su favor se alega que, desde el punto de vista de las garantías del ciudadano, ella aparece preferible a las tesis subjetivas pues exigen una manifestación exterior de los procesos subjetivos del individuo [58].

907. Consecuencias de la teoría de la impresión

Las *consecuencias* que surgen de esta concepción son las siguientes: *Primera*, en cuanto a los actos preparatorios, tiende sólo a castigar determinados casos, aunque en número mayor que las tesis objetivas, pues basta con el criterio de conmoción social. *Segunda*, en relación a la tentativa se propugna una atenuación facultativa de la pena, según se aminore o no la conmoción social. *Tercera*, en cuanto a la tentativa inidónea, ya que es una exteriorización de la voluntad criminal y que con ella se conmueve al ordenamiento jurídico, se estima igualmente punible como la tentativa. *Cuarta*, en relación a la tentativa irreal, propugna su impunidad pues ella no determina ninguna alarma social.

908. Teoría de la impresión en el Derecho peruano

Nuestro Código se orienta parcialmente en esta posición en cuanto a la disminución prudencial de la pena en los casos de tentativa (artículo 16, párrafo segundo) y en la impunidad de la tentativa irreal.

d. Teoría funcionalista

909. Tentativa: teoría funcionalista

Dentro de un sistema funcionalista, JAKOBS plantea que los fundamentos de la punibilidad de la tentativa deben de partir del agente por medio de la *desobediencia a una norma preexistente*. Se trata del carácter expresivo de la negación de una norma [59]. En toda persona responsable existe una «*libertad de organización interna*», dicha libertad implica, a su vez, un deber: «La persona tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos» [60].

910. Tentativa material y tentativa formal

Tomando en cuenta este planteamiento, se deduce una *tentativa material* y una *tentativa formal*: lo primero se refiere a un abandono del dominio en perjuicio potencial de otro; lo segundo implica el abandono del dominio con la consecuencia de una potencial realización del tipo [61]. Se establece que «el fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo» [62].

911. Consecuencias de la explicación funcionalista de la tentativa

Con esta fundamentación de la tentativa basada en una explicación normativa se superaría la dificultad de diferenciación entre actos preparatorios y la tentativa, pues esta última cuenta con el significado comunicativo de constituirse como una defraudación de la norma. Además, la sanción de la *tentativa inidónea* estaría racionalmente fundamentada. Sobre el entendimiento de la tentativa fundada en el significado social del hecho, los supuestos de *tentativa irreal* no pueden considerarse tentativa sancionable, ni tampoco la llamada tentativa burda (*delito imposible*) basada en interpreta-

---

[57] FARRÉ TREPAT, 1986, p. 27.

[58] BUSTOS, 1984, p. 310.

[59] BACIGALUPO, 2004, p. 441. Para ROJAS VARGAS (1997, p. 301) los planteamientos de JAKOBS se identifican como criterios objetivo-formales (normativismo penal).

[60] JAKOBS, 1995, pp. 863-864, num. 21.

[61] *Ibidem*, p. 864, num. 21.

[62] *Loc. cit.*

ciones personales de la realidad, pues carecen de una relevancia social. «Solamente aquello que produce una perturbación social, esto es, una afectación a la identidad normativa de la sociedad, puede dar lugar a una sanción penal, y ciertamente aun cuando nadie haya salido realmente perjudicado por ello» (63).

§58. Tipo de la tentativa

912. Tipo de la tentativa

Son *elementos* del tipo de la tentativa: el dolo y otros elementos subjetivos (**tipo subjetivo**), el comienzo de ejecución de la conducta típica (**tipo objetivo**), y la falta de la consumación del tipo (**factor negativo**).

Jurisprudencia:

«Que, penalmente, la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos pero faltan uno o más para la consumación del delito, exigiéndose la concurrencia de tres requisitos: resolución criminal, comienzo de la ejecución y falta de consumación (elemento negativo)» (64).

913. Tentativa como tipo dependiente

Estos tres elementos deben siempre ser analizados desde la perspectiva de un tipo penal concreto. Es por eso que la tentativa es un *tipo dependiente*, ya que sus elementos no se constituyen por sí mismos sino que se hallan referidos a un tipo penal determinado. «No hay un delito de tentativa sino tentativas de delitos, toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en la proyección retrospectiva del mismo tipo (consumado)» (65).

a. Tipo subjetivo

914. Tipo subjetivo de la tentativa

Como expresamos, el **dolo** es fundamental pues sólo existe tentativa de un delito doloso. Para la imputación subjetiva de la tentativa se exige que el agente actúe queriendo los actos realizados impulsado con la intención de consumar el hecho o al menos aceptando que se pueda dar lugar a la consumación; es decir, la doctrina ha visto la necesidad de identificar **«la resolución de consumar el delito»** (66).

---

(63) García Cavero, 2003, pp. 712-713.

(64) Exp. 889-98-P/APL Camaná **en** Armaza Galdos/Zavala Toya, 1999, p. 58.

(65) Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 775.

(66) Mir Puig, 2004, p. 352, num. 74. *Vid.* Jescheck, 1993, p. 466.

Jurisprudencia:

«La tentativa no sólo comprende el comienzo de los actos ejecutivos, es decir la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico sino también requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega, aun teniendo conocimiento de su peligrosidad, teniendo además la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito» [67].

915. Rechazo a la tentativa por imprudencia

Con ello se distingue la imposibilidad de hablar de una *tentativa por imprudencia*, ya que quien actúa en forma imprudente no materializa la resolución de consumar un delito. En el Derecho Penal peruano no se admite tentativa de un delito imprudente. El Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 en su artículo 16 fija la tentativa sólo en casos de imperfecta comisión de delitos dolosos, excluyéndose para los delitos culposos [68].

916. Dolo de tentativa

No existe un **dolo de tentativa**, se trata del dolo del delito consumado; de tal manera que si para la consumación es suficiente el **dolo eventual**, también lo será para la tentativa. Siendo el dolo del tipo de la tentativa el mismo que el dolo de un tipo penal consumado, sus componentes –elemento cognitivo y elemento volitivo– deben de comprender la totalidad de los elementos objetivos del tipo, ya que lo contrario nos llevaría a rechazar el tipo de la tentativa [69]. De la misma forma, en los tipos agravados o atenuados, el dolo deberá de comprender los elementos cualificadores. Siendo idéntico el tipo subjetivo de la tentativa y el delito consumado, deben también exigirse aquellos *elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.*

b. Comienzo de ejecución (tipo objetivo)

917. Comienzo de ejecución

El elemento objetivo y central del tipo de la tentativa viene a ser el **comienzo de ejecución**, que consiste en dar inicio a las actividades delictivas, que sin pasar a otras fases intermedias se dirige directamente a la realización del tipo penal [70]. En nuestro Código Penal se ha recepcionado,

---

[67] Resolución del 20 de setiembre de 1999, Consulta 147-99 Callao **en** ROJAS VARGAS, 2000, pp. 84-85.

[68] Introducción, p. 32, num. 15.

[69] Cfr. JESCHECK, 1993, p. 466; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 426. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN señalan que «en los supuestos en los que la conexión causal no sea controlable o no se den respecto al resultado todos los elementos característicos del dolo, habrá que rechazar la calificación de tentativa, debiéndose castigar todo lo más la acción peligrosa si, a su vez, constituye un delito autónomo de lesiones o de peligro» (2002, p. 431).

[70] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 555.

para la formulación de la tentativa, el criterio del comienzo de ejecución (artículo 16). Su origen se remonta al Código Penal francés de 1810 y quizá anteriormente a los prácticos italianos [71].

918. Acto preparatorio y comienzo de ejecución

Este término legislativo presenta el problema de distinguir los *actos preparatorios* del *comienzo de ejecución*. En la realidad, es muy difícil precisar el comienzo de la ejecución. Para resolver este problema han surgido diferentes teorías.

b.1. Teoría objetiva

919. Comienzo de ejecución: teoría objetiva

En su antigua versión italiana esta posición trata de distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos recurriendo a la fórmula de diferenciar entre actos equívocos e inequívocos. CARRARA afirmaba que «el que estén **unívocamente** dirigidos al delito es la **primera característica** indispensable que ha de buscarse en los actos externos que se pretende imputar como **tentativa**. Mientras el acto externo sea de tal índole, que pueda conducir así al delito como también a una acción inofensiva, no tendremos sino un **acto preparatorio**, que no pueda imputarse como tentativa» [72]. Las dificultades objetivas para alcanzar una distinción entre actos equívocos e inequívocos motivaron su abandono, lo que, sin embargo, no impidió ser tomada en el antiguo *Código Zanardelli* y en el artículo 56 del antiguo Código Penal italiano [73].

b.1.1. Teoría formal-objetiva

920. Comienzo de ejecución: teoría formal-objetiva

Para que se dé el comienzo de ejecución, se exige que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia *conducta típica*, penetrando así en el «núcleo del tipo» [74]. Se sabe que se está ante actos de tentativa y no ante actos preparatorios, acudiendo a la descripción estricta de la conducta típica.

921. Uso natural del lenguaje

BELING trató de precisar este límite recurriendo al «**uso natural del lenguaje**», afirmando que no era suficiente «que la actividad tenga **cualquier** relación con el tipo. Por el contrario, la actividad se debe poder caracterizar según el uso natural del lenguaje como una actividad de la especie de la descrita como núcleo del tipo por el verbo correspondiente» [75]. Una apreciación fundada en el uso natural del lenguaje para diferenciar entre preparación y ejecución presenta graves inconvenientes y es, en la práctica, de difícil aplicación. Si bien en muchos casos este criterio conduce a claras decisiones (ejemplo: no es posible aceptar que ponerse de acuerdo con un

---

[71] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1984, VII, Nº 2133, nota 122.

[72] CARRARA, 1971, I, pp. 247-248.

[73] Para ZAFFARONI, esta posición es una limitación a la teoría subjetiva (1982, p. 446). Para CURY se trata de una teoría objetiva impropia (1985, p. 197).

[74] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 791. Cita a v. HIPPEL y v. LISZT-SCHMIDT. *Vid.* STRATENWERTH, 2005, p. 337, num. 30.

[75] BACIGALUPO, 1987, p. 292.

niño sobre el lugar y la hora de un encuentro, ya constituye el comienzo de actos sexuales o, la consulta de una gestante al médico sobre su disposición a practicarle un aborto tampoco puede ser el comienzo de una interrupción del embarazo), en muchos otros el límite que proporciona el uso del lenguaje resulta muy inseguro [76].

b.1.2. Teoría material-objetiva

922. Comienzo de ejecución: teoría material-objetiva

No es una alternativa a la teoría formal-objetiva, sino un complemento que ha pretendido alcanzar mayor precisión para determinar el comienzo de ejecución. Esta teoría parte de la necesidad de contar con un criterio material que facilite delimitar objetivamente el inicio de aquel espacio previo a la consumación y que permita entender que ya estamos ante el comienzo de la acción típica en sentido amplio [77]. Se puede identificar dos puntos de vista:

923. Tesis de Frank

Tesis de *Frank*. «Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural» [78]. Se suele diferenciar entre la teoría formal-objetiva y la material-objetiva, en el sentido que la primera se refiere al **uso natural del lenguaje** y la segunda, en la formula de FRANK, a la **concepción natural**, diferencia que se ubica en que se pretende resolver desde la cosa misma sin recurrir al uso del lenguaje. Se ha criticado esta apreciación por su vaguedad e indeterminación.

924. Tesis de la puesta en peligro del bien jurídico

Tesis de la puesta en peligro del bien jurídico (SCHÖNKE-SCHRÖDER). Toman en consideración la directa puesta en peligro del bien jurídico protegido para distinguir entre preparación y ejecución. Se le critica por la imprecisión del concepto del peligro [79], así como que el peligro es un componente eventual de la tentativa que incluso está presente en los actos preparatorios [80]. Se pretende recurrir a que la inmediatez del peligro caracteriza la tentativa, pero ello nos conduce a un círculo vicioso pues dicha inmediatez tendrá que resolverse de acuerdo a la «concepción natural», es decir la misma instancia que en la fórmula de FRANK [81].

b.2. Teoría subjetiva

925. Comienzo de ejecución: teoría subjetiva

Determina el comienzo de ejecución según la calidad de la **voluntad** expresada en la acción que tiende a un delito [82]. Se han elaborado diferentes posiciones.

---

[76] STRATENWERTH, 2005, p. 337, num. 30.

[77] MIR PUIG, 2004, pp. 346-347, num. 346-347.

[78] FRANK, **en** FARRÉ TREPAT, 1986, p. 163.

[79] WELZEL, 1976, p. 263.

[80] JESÚS, 1985, p. 248.

[81] STRATENWERTH, 2005, p. 338, num. 32.

[82] *Ibidem*, num. 34.

Teoría Subjetiva Pura. Propuesta por von BURI en el siglo XIX, que en la actualidad ya no se sostiene, considera que lo decisivo para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios es la opinión del sujeto acerca de su plan criminal, así serán los actos ejecutivos aquellos que para el agente ya constituyen la fase decisiva de su plan [83]. Ésta tiene el inconveniente de elevar el criterio individual del autor a criterio determinante del límite de lo prohibido cuando lo que se requiere es el criterio de un tercero.

926. Teoría subjetiva pura

Teoría del *dolus-ex-re.* Para esta posición «existe tentativa cuando de los hechos probados se puede extraer la conclusión que se quería cometer un determinado delito, y si de los hechos probados no se puede extraer esta conclusión, entonces la acción permanece impune» [84]. Es decir, consideran comenzada la tentativa con la realización de actos que revelan de manera suficiente el propósito delictivo del agente. Esta fórmula subjetivista, menos radical, de todas maneras conduce hacia una ampliación excesiva de la tentativa en desmedro de la preparación [85].

927. Teoría del *dolus-ex-re*

Teoría de la firmeza de la resolución. De acuerdo a esta posición, para que exista una acción ejecutiva, no es suficiente la manifestación de una resolución delictiva o de una voluntad encaminada a un determinado delito, sino que es necesaria la presencia de una resolución firme, invariable o irrevocable [86]. Se la critica que también amplia excesivamente el ámbito de los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios y, en realidad, desaparece la diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, que no puede depender del grado de fortaleza que manifiesta la voluntad del sujeto [87].

928. Teoría de la firmeza de la resolución

La **posición de Bockelmann** de la teoría subjetiva entiende que un hecho alcanzará el nivel de la tentativa, cuando «el dolo del autor ha superado la prueba de fuego de la situación crítica» [88]. Esta teoría, primordialmente subjetiva, recurre a criterios objetivos para resolver la cuestión de cuál es la situación que debe considerarse «crítica», no pudiendo establecerse sin una referencia concreta al plan del autor, lo que acercaría a esta variante de la teoría subjetiva a la tesis del llamado criterio «objetivo-individual» [89].

929. Teoría subjetiva de Bockelmann

b.3. Teoría objetivo-individual

De acuerdo a esta teoría, «la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo» [90]. Para determinar el comienzo de ejecución hay que partir de la acción descrita en el tipo y luego agregar la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a su **plan delictivo**, se puso en actividad inmediata a la realiza-

930. Comienzo de ejecución: Teoría objetivo-individual

---

[83] MIR PUIG, 2004, p. 345, num. 51.

[84] R.E. JOHN, **en** FARRÉ TRAPET, 1986, p. 146.

[85] MIR PUIG, 2004, p. 346, num. 52.

[86] FARRÉ TREPAT, 1986, p. 148.

[87] *Ibidem*, p. 153.

[88] BOCKELMANN, **en** FARRÉ TREPAT, 1986, p. 154.

[89] ZAFFARONI, 1982, p. 447.

[90] WELZEL, 1976, p. 263.

ción típica [91]. Esta posición propone como aspecto igualmente importante, además del plan concreto del autor «el grado de aproximación o de inmediación que se alcanza justamente dentro de este con relación a la realización típica» [92]. Es el denominado criterio de **inmediatez temporal** para la realización del plan del autor.

931. Críticas a la teoría objetivo-individual

El mérito esencial de esta teoría es apoyarse en el plan concreto del autor y en la aproximación a la realización típica que se ha alcanzado conforme al plan. Sin embargo, se considera que ella contiene todavía un considerable margen de imprecisión: «su deficiencia reside en no haber elaborado pauta o criterio conceptual para determinar cuándo, dentro del plan trazado por el autor, se ha entrado en relación de inmediación con el tipo delictivo (WELZEL)» [93].

932. Teoría objetivo-individual en Jescheck

JESCHECK considera que esta teoría «debe contrarrestar, a través de la restricción de la tentativa a la fase precedente de la realización inmediata del tipo, el continuo adelantamiento del comienzo de la tentativa a una etapa previa al hecho» [94]. Para este autor «la representación del hecho por parte del autor» significa el punto de inicio para la delimitación entre los actos de preparación y los actos de tentativa, «pues del suceso externo realizado, meramente fragmentario y, en cualquier caso, en la tentativa inacabada, sólo puede comprenderse desde el plan del autor» [95]. Para determinar si se ha puesto en marcha la realización del tipo, hay que atender a cómo el autor se haya imaginado el curso del hecho y a cuándo, y de qué manera quisiera empezar la acción típica ejecutiva [96]. Con el elemento «inmediata puesta en marcha a la realización del tipo», JESCHECK plantea que se pretende aproximar la tentativa «hasta el límite mismo de la acción típica» [97]. Siendo, por consiguiente, los actos de tentativa sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo [98].

Para ZAFFARONI, «el criterio objetivo-individual constituye una aproximación más al núcleo del problema, pero estamos seguros que no lo soluciona. Se trata de un principio general orientador, pero no proporciona ninguna regla cierta» [99]. Este autor

---

[91] Fórmula incorporada en el §22 del StGB alemán («Incurre en tentativa de hecho punible el que, actuando de conformidad con su representación del hecho, se aplica inmediatamente a la realización del tipo», **en** ESPINOLA, 1976, p. 18). Y en el 15.2 del Código Penal austriaco («El acto está intentado tan pronto como el autor ha dado comienzo a su resolución de ejecutarlo o de determinar a otro a hacerlo mediante la ejecución de una acción inmediatamente precedente», **en** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1980).

[92] PESSOA, 1987, p. 45.

[93] *Ibidem*, pp. 46-47.

[94] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 557.

[95] *Ibidem*, p. 558.

[96] *Loc. cit.*

[97] *Loc. cit.*

[98] *Loc. cit.*

[99] ZAFFARONI, 1982, p. 454.

en su propósito de buscar puntos más o menos claros que puedan servir para un trabajo indagatorio más profundo, y sobre la base de la teoría objetivo-individual de WELZEL, propone los siguientes: «(a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (b) sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que (c) un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre ésta y aquél no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor» [100]. Para PESSOA, la tesis de ZAFFARONI origina «una ampliación del campo de la tentativa a momentos o actos anteriores al plano de lo típico» [101]. No cree que este sea el camino correcto para precisar los límites de la tentativa y considera que ellos deben surgir de una correcta interpretación del tipo penal, funcionando éste sobre el plan concreto del autor considera que la vía más correcta sería la de indagar sobre el «núcleo del plan concreto» del autor, como dato real u óntico sobre el que reside la tentativa [102].

933. Teoría objetivo-individual en Zaffaroni

Otro criterio objetivo de valoración del plan del autor es el de la **puesta en peligro inmediata** en el sentido que el comienzo de la tentativa se afirma cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico [103]. Para explicar el concepto peligro inmediato es posible utilizar criterios más subjetivos o criterios más objetivos [104]. Si se usan criterios más subjetivos, en el caso del que espera en una esquina a la víctima con un arma de fuego, dicha conducta será ya comienzo de ejecución pues constituye un peligro inmediato para el bien jurídico. Por el contrario, si se usan criterios menos subjetivos y mientras la situación propuesta en el plan no se haya concretado íntegramente (que la víctima esté presente) el autor podría todavía desistir de ejecutar el delito y no debería de privársele de esta posibilidad, anterior al comienzo de ejecución [105]. Este criterio de la puesta en peligro inmediata es utilizada como complemento para casos dudosos (tentativa en delito de omisión, en la autoría mediata, en la tentativa acabada) [106]. Sin embargo, el **criterio de la inmediatez temporal** «ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata» [107].

934. Puesta en peligro inmediata o criterio de inmediatez temporal

---

[100] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, pp. 645-646, num. 11. *Vid.* ZAFFARONI/PIERANGELLI, 1981, p. 61.

[101] PESSOA, 1987, p. 50.

[102] *Ibidem*, pp. 50-51. Sobre su intento de ubicar el «núcleo del plan concreto», *vid. ibidem*, pp. 57 y ss.

[103] MIR PUIG, 2004, p. 347, num. 58.

[104] BACIGALUPO, 1984, p. 169.

[105] *Ibidem*, p. 170.

[106] MIR PUIG, 2004, pp. 347-348, num. 58.

[107] *Ibidem*, p. 347, num. 58.

935. Teoría objetivo-individual en el Derecho peruano

A pesar de las críticas aludidas, la teoría individual-objetiva es la que sigue ofreciendo más claros criterios delimitadores entre actos preparatorios e inicio de ejecución. Creemos que hasta el momento, esta es la fórmula más adecuada para explicar el problema del comienzo de la ejecución en el Derecho Penal peruano (artículo 16, Código penal).

Jurisprudencia:

«La doctrina nos proporciona varias teorías como la formal-objetiva, la material-objetiva y la individual-objetiva, esta última es considerada la más correcta por la mayoría de tratadistas de derecho penal porque no sólo contempla la iniciativa de la «acción típica» en sentido estricto, esto es, el comienzo de realización de la acción descrita por el verbo típico, en este caso comenzar a hacer sufrir el acto sexual, sino además comprende a la realización de actos demostrativos del agente para poner en obra su finalidad delictiva, poniéndose como ejemplo en el delito de violación de la libertad sexual que el autor derriba a la víctima y se ponga en posición adecuada» [108].

b.4. Posición de Jakobs

JAKOBS establece directrices al problema de la delimitación entre tentativa y actos preparatorios. Estas **directrices** vienen a ser **criterios obligatorios** (negativos) y **criterios variables o mutables** (positivos). Los *criterios negativos* se ubican: *Primero*, no es

936. Comienzo de ejecución: posición funcionalista de Jakobs

apreciable una conducta determinada como tentativa cuando la situación, según la representación del autor, no se aproxima a la consumación. «El comportamiento que supone retardado (...) no es tampoco tentativa cuando el autor ejecuta estas conductas con el dolo de llevar a cabo inmediatamente después la acción ejecutiva. Pero sí puede haber empezado la tentativa antes de tal comportamiento, y persistir por el comportamiento ya llevado a cabo» [109]. *Segundo*, las conductas socialmente habituales no constituyen tentativa. «El comportamiento mediante el que alguien salvaguarda sus derechos *de modo socialmente usual*, o ejercita el uso común, sólo constituye tentativa cuando tal comportamiento, según la representación del autor, ya ha de ser la propia acción ejecutiva» [110].

937. Criterios positivos o variables

Los *criterios positivos* son los siguientes: *Primero*, para hablar del inicio de la tentativa, se requiere, en principio, de la proximidad temporal del comportamiento (en el sentido de la fórmula de FRANK) a la acción ejecutiva pretendida, sin ningún tipo de interrupciones. «El argumento de la proximidad temporal sólo sirve cuando el autor, sin haber comenzado ya por otro motivo la tentativa, realiza un comportamiento que supone un retardo o es socialmente normal» [111]. *Segundo*, «el argumento de la proximidad temporal no es invertible. Una gran diferencia temporal no impide la tentativa

---

[108] Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 232-234.

[109] JAKOBS, 1995, p. 883, num. 64.

[110] *Ibidem*, num. 65.

[111] *Ibidem*, p. 885, num. 67.

si el autor no puede llevar a cabo más rápidamente, desde el punto de vista técnico, un hecho del género del planeado, pero comienza a actuar sobre el objeto del hecho» [112]. *Tercero*, «el argumento es invertible en el sentido en que decae la tentativa cuando la penetración en la esfera de la víctima o la influencia sobre el objeto de la acción son necesarios para la consumación, pero no la preceden aún muy cerca temporalmente» [113].

c. Falta de consumación del tipo

Este elemento se presenta de manera negativa: para que estemos ante un tipo de la tentativa, se requiere que los actos ejecutivos no lleguen a alcanzar la concreción de todos los elementos típicos. El problema aquí se presenta para delimitar entre tentativa y consumación. Es clara esta distinción si nos encontramos frente a delitos de resultado, pero resulta discutible en los delitos de actividad. Se estima que en este tipo de delitos no es concebible la tentativa, ya que la realización de la conducta típica comporta ya la consumación. Aunque, sí se puede hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos [114]. Ejemplo: la injuria por medio escrito (artículo 130, Código penal).

938. Falta de consumación del tipo

Consecuencia penal: el artículo 16 del Código Penal establece que el juez reprimirá disminuyendo prudencialmente la pena, es decir, se disminuirá la pena en relación a la que corresponda a un delito consumado [115].

939. Consecuencia penal de la tentativa

§59. Formas de tentativa

Se distingue entre tentativa inacabada y tentativa acabada. La diferencia entre tentativa acabada e inacabada debe resolverse tomando en consideración la representación del autor en base al estado de realización de su hecho [116]. Normalmente basta recurrir a esta subjetividad del autor, pero en algunos casos el criterio objetivo puede dar buenos resultados, lo que es una consecuencia de la extensión del criterio objetivo-individual [117].

940. Formas de tentativa

---

[112] *Loc. cit.*

[113] *Ibidem*, p. 887, num. 69.

[114] Rojas Vargas, 1997, p. 277.

[115] Sentencia del 20 de enero de 1999, Exp. N° 98-0191-1215-JX01P Huánuco en Academia de la Magistratura, 2000a, pp. 251-257.

[116] Stratenwerth, 2005, p. 356, num. 74.

[117] *Vid.* Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 808.

a. Tentativa inacabada

941. Tentativa inacabada

Se presenta cuando el autor, según la representación de los hechos que tiene en el instante que toma la decisión, no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado propuesto, pues se presenta una interrupción originada en la intervención voluntaria del mismo agente (desistimiento, artículo 18, Código penal) o por circunstancias externas (artículo 16, Código penal).

b. Tentativa acabada

942. Tentativa acabada

Se da cuando el agente, según su representación de los hechos, entiende haber realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito, faltando sólo la producción del resultado, sin embargo, éste no se produce por la propia intervención voluntaria del autor (desistimiento, artículo 18, Código Penal) o por circunstancias externas (artículo 16, Código penal).

Jurisprudencia:

«La conducta imputada a los acusados es la de robo en grado de tentativa acabada y no la de robo consumado como lo ha consignado el colegiado, dado que los citados encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos los actos que objetivamente y subjetivamente deberían producir el resultado típico, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad de éstos» [118].

943. Criterios objetivos para distinguir tentativa acabada e inacabada

Existe la necesidad de recurrir, algunas veces, a *criterios objetivos* para alcanzar la distinción entre tentativa acabada e inacabada. Esto ocurre en los supuestos que el sujeto en el momento que interrumpe la ejecución conocía la posibilidad de seguir realizando la acción, pero no lo hizo. Ejemplo: el que piensa matar a su enemigo apuñalándolo una sola vez. Luego de hacerlo, apreciando que sólo lo ha herido y pudiendo realizar otras acciones para matarlo, se abstiene. De acuerdo a la *teoría de la consideración global* en estos casos debería admitirse una tentativa inacabada, siempre que los actos realizados y los que se han dejado de ejecutar constituyan una *unidad natural de acción* [119]. En sentido contrario, la *teoría de la consideración individual* (consideración objetiva-individual) toma en cuenta si el agente ha estimado como adecuados a los actos realizados para la producción o la no producción del resultado. Si el agente ha evaluado que el acto realizado resulta adecuado por sí mismo para consu-

---

[118] Ejecutoria Suprema del 3 de marzo de 1999, Exp. 4385-98, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N° 1, Trujillo, 1999, p. 351.

[119] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 582; BACIGALUPO, 1998, p. 348.

mar el delito, la tentativa será acabada [120], es decir, si por ejemplo, el sujeto asesta a la víctima la puñalada en una zona altamente vulnerable para su vida, la tentativa será acabada y, si por el contrario, era una zona no vital y el objetivo del sujeto era matarlo después de inhabilitarlo, se tratará de una tentativa inacabada.

Si bien es un tema fuertemente discutido, se acepta que todos estos principios de delimitación son igualmente aplicables cuando el agente actúa con **dolo eventual** [121]. «La punición de la tentativa no dependerá, ni se verá condicionada en un principio, por el hecho de que la misma sea realizada con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual, sino de la peligrosidad ex ante que la misma crea para el bien jurídico. Ciertamente, en el marco del dolo eventual se ha planteado si este posee el mismo contenido de injusto que las restantes formas de dolo, o si, por el contrario, su contenido de injusto es menor, lo cual sería cierto si se demostrase que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido. En este caso, y atendiendo a la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado, se plantearía en los supuestos de tentativa con dolo eventual una doble atenuación que derivaría para algunos casos en la escasa o nula punibilidad de los mismos» [122].

944. Dolo eventual en la tentativa

§60. Desistimiento

a. Desistimiento en tentativa inacabada

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 consumar el delito y decide voluntariamente interrumpir la ejecución. Ejemplo: el ladrón que ingresa a una casa para sustraer un valioso jarrón, en el momento en que pretendía tomarlo se desiste y se retira del lugar. Nuestro Código Penal declara que esta tentativa no es punible.

945. Desistimiento en tentativa inacabada

---

[120] Bacigalupo, 2004, p. 451; Jakobs, 1995, p. 889, num. 71. *Vid.* García Cavero, 2003, p. 729.

[121] Welzel, 1976, p. 272. *Vid.* Paredes Vargas, 1987, p. 37; Rojas Vargas, 1997, pp. 269-270; Revilla Llaza, 2004, p. 535, cita 31.

[122] Farré Trepat, 1986, p. 95.

a.1. Fundamento de la impunidad

946. Teoría del «puente de plata»

Se han presentado distintos criterios. En principio, se utiliza la teoría político-criminal «**puente de plata**» –FEUERBACH–, «**puente de oro para la retirada**» –LISZT–. Según esta posición la impunidad es un incentivo para el autor a fin que impida la producción del resultado. Se le critica en la medida que la mayoría de personas no tienen conocimiento de este «puente de oro» y, en consecuencia, mal puede constituirse como un motivo del desistimiento [123].

947. Teoría del premio

También se ha elaborado la **teoría del premio** (teoría de la gracia) en el sentido que el desistimiento voluntario debe valorarse como un «mérito personal» y, por tanto, debe «premiarse» con el perdón [124]. Se le objeta el hecho que ella se limita a afirmar que el autor se beneficia con el desistimiento pero no da respuesta a por qué la ley otorga un beneficio tan amplio [125].

948. Culpabilidad insignificante

Según la **teoría de la culpabilidad insignificante** (WELZEL), «el verdadero sentido del privilegio al que se desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad» [126]. Los autores que defienden la atipicidad del desistimiento niegan validez a esta posición.

949. Teoría del indicio

La teoría del **fin de la pena** (teoría del indicio) busca la respuesta en el catálogo tradicional de los fines de la pena y entiende que la impunidad se fundamenta en la atenuación de la culpabilidad, o en el desinterés mostrado por el que se desiste o en una conexión de ambos que determinan prescindir de la pena desde un punto de vista retribucionista o de prevención (ROXIN, OTTO) [127].

950. Impunidad del desistimiento en el Derecho peruano

En definitiva, se puede afirmar que son diversos los criterios que se ubican detrás el artículo 18 del Código Penal. La culpabilidad desaparece o es insignificante por el retroceso del autor, es también menor la necesidad de fortificar la vigencia de la norma. Y si se renuncia por completo a la sanción es porque al autor se le estimula en interés de la no producción del resultado [128] [129].

---

[123] BACIGALUPO, 2004, p. 449; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 804

[124] MIR PUIG, 2004, p. 357, num. 97.

[125] STRATENWERTH, 2005, p. 354, num. 69. A favor de esta concepción: ZAFFARONI, 1982, pp. 483-484.

[126] WELZEL, 1976, p. 271.

[127] STRATENWERTH, 2005, p. 354, num. 69. *Vid.* JAKOBS, 1995, p. 901, num. 6.

[128] STRATENWERTH, 2005, p. 354, num. 70.

[129] REAÑO PESCHIERA (2005, p. 381) propone *de lege ferenda* la derogación del desistimiento voluntario y se fundamenta en que éste es un acto debido y no un acto que

a.2. Naturaleza

Precisar la naturaleza jurídica del desistimiento ha sido también arduamente discutido. Las más importantes opiniones consideran al desistimiento como *causal de atipicidad* [130], *causal de inculpabilidad* [131] o *excusa absolutoria personal* [132]. Para nosotros se trata de una **causa personal que cancela la punibilidad**. Consideramos que la naturaleza del desistimiento, más que un problema de la teoría de la imputación, es un problema de la determinación judicial de la pena. La principal consecuencia del desistimiento es que sólo favorece al que lo practica y no a los demás que participan en el delito.

951. Naturaleza del desistimiento

a.3. Requisitos

Abstenerse. El abstenerse de continuar (omitir continuar) con la ejecución del delito tendente a la consumación.

952. Abstenerse

Voluntariedad. El artículo 18 del Código Penal exige la **voluntariedad del desistimiento**. La legislación peruana ha diferenciado entre espontaneidad y voluntariedad [133]. Creemos que el término «voluntariamente» es el más adecuado, pues en el caso del sujeto que interrumpe la ejecución por sugerencia de la víctima o de un tercero, la exigencia de la «espontaneidad» [134] excluiría el desistimiento. Ejemplo: el violador que desiste porque la joven víctima, fingiendo, le promete satisfacer voluntariamente su deseo en otra oportunidad.

953. Voluntariedad

---

merezca ser premiado. Así expresa que «lo que ya ha sido valorado como penalmente insoportable no puede reducirse o disminuirse a niveles de tolerabilidad, pues al desistir de la continuidad de la tentativa (...) el sujeto cumple respectivamente un deber de aseguramiento o de salvamento» (*Ibidem*, p. 379).

[130] Esta tesis no deja de ser sugestiva, pues estima al desistimiento como un elemento negativo que elimina la intencionalidad y tiene como consecuencia que no se castiga al partícipe.

[131] Por ejemplo ROXIN, quien elabora la culpabilidad a partir del fin de la pena (prevención general y especial), concluye que el desistimiento prueba que no queda nada que prevenir, por lo que no tiene caso la culpabilidad del injusto. Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 804.

[132] WELZEL, 1976, p. 271. BUSTOS, 1984, p. 316.

[133] El Código Penal peruano de 1924 hacía referencia a la «espontaneidad».

[134] Espontaneidad supone que la voluntad se determina sin la intervención de factores externos (CURY, 1977, p. 125).

954. Teoría psicológica de la voluntariedad

En la doctrina y jurisprudencia dominantes se utiliza el término «voluntariedad». Para explicarla se han elaborado diversas teorías. Las **teorías psicológicas** se originan en la fórmula de FRANK, en el sentido que el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede, y es involuntario, cuando no puede aunque quisiera [135]. No está claro cuándo el sujeto «puede» o «no puede», es decir, si, por ejemplo, el miedo o la cercanía de la autoridad policial, etc., suponen ya involuntariedad. No cualquier «no puedo» excluye la voluntariedad, pues la falta de valor en el agente implica un «no puedo», pero en ese caso no debe considerarse que el desistimiento es involuntario [136]. En otros casos, existe la duda de la suficiencia de la voluntariedad para la impunidad, motivo por el que la jurisprudencia alemana, corrigiendo la fórmula de FRANK, exigiera que el sujeto pudiera *racionalmente*, según la experiencia, llegar a la consumación [137].

955. Teoría normativa de la voluntariedad

Las insuficiencias de las teorías psicológicas hacen surgir las **teorías valorativas** (normativas). Según ellas, la voluntariedad se aceptaría sólo si obedece a un motivo susceptible de una valoración positiva. Algunos propugnan una **valoración ética** de los motivos (BOCKELMANN) y otros una **valoración jurídica** (ROXIN) en el sentido de la «racionalidad del delincuente»: el desistimiento es voluntario cuando no es «razonable» para la «lógica del delincuente», siendo «involuntario» cuando es aceptado por la forma propia de razonar del delincuente. Ejemplo: no hay desistimiento si el agente deja a su víctima porque en ese momento ve a otra con mayores recursos económicos. Se le critica por no dar una respuesta al límite de la renuncia entre una persona decente en el momento decisivo, de aquel delincuente fríamente calculador [138].

956. Reglas para la voluntariedad

En definitiva, consideramos que no puede elaborarse una fórmula general para todos los casos. Sin embargo, es posible recurrir a ciertos principios. En general, el desistimiento viene a ser voluntario en la medida en que proviene de la propia decisión del autor (motivo autónomo) y no de

---

[135] WELZEL, 1976, p. 272; MIR PUIG, 2004, p. 358, num. 100.

[136] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 806.

[137] MIR PUIG, 2004, p. 358, num. 102.

[138] STRATENWERTH, 1982, p. 224. Dentro de esta corriente existen dos variantes en la doctrina española. Algunos autores (MUÑOZ CONDE, RODRÍGUEZ MOURULLO) prefieren decidir la valoración jurídica del desistimiento «ya sean fundados sobre la prevención general (solo cuando el desistimiento implica borrar totalmente el mal ejemplo del comportamiento respecto de la sociedad) o de prevención especial, es decir, que el sujeto se ha vuelto a someter a las reglas sociales» (BUSTOS, 1984, p. 316), estos criterios valorativos están basados en función de si elimina o no la necesidad de la pena (MIR PUIG, 1983, p. 144). Otros toman como fundamento el punto de vista valorativo del merecimiento de la pena; ella sostiene que «lo que es necesario determinar es si realmente el desistimiento ha llevado a la eliminación del desvalor de acto del hecho (...), solo entonces será voluntario, pues ha eliminado la intención delictiva» (BUSTOS, 1984, p. 316).

circunstancias ajenas. Dicha decisión debe ser entendida como libre sin la intervención de elementos extraños a la voluntad que puedan entorpecer la ejecución del delito. El desistimiento no va a ser voluntario «si está provocado por impedimentos independientes de la voluntad del autor que paralizan su libertad de decisión» [139].

Jurisprudencia:

«La tentativa no es punible sólo cuando el agente se hubiera desistido espontáneamente de la infracción, no así cuando el desistimiento se produce al darse cuenta que los padres de la menor volvían en el preciso momento en que le despojaba de su calzón con el propósito de practicarle el acto sexual» [140].

957. No hay desistimiento por impedimento físico o coacción de tercero

Así, el desistimiento no será voluntario si existe un **impedimento** que puede ser físico [141], ejemplo: disparar sobre una persona que posee un chaleco protector y luego abstenerse de seguir disparando, o quien es rechazado físicamente por la víctima de la violación; si se presenta una amenaza del sistema penal que puede conducir a la punición del hecho [142]. Ejemplo: quien al robar es descubierto por un policía, agente de seguridad particular, aparatos de defensa mecánica (alarma), etc. Tampoco el desistimiento es voluntario cuando el sujeto no actúa, producto de *coacción* de un tercero.

958. Desistimiento y por temor a la pena, o por cálculo especulativo

No es suficiente para descartar la voluntariedad del desistimiento el simple temor de una amenaza de pena, ejemplo: el sujeto que está robando y observa a un policía que pasa sin descubrirlo y se desiste; o el cálculo especulativo sobre las consecuencias de su acto, ejemplo: el ladrón piensa que de abstenerse obtendrá mayor beneficio que de consumar el delito, o cree que la persecución penal es segura porque la víctima lo ha reconocido, etc.

959. Desistimiento y valoraciones ético-morales

No interesan para determinar la voluntariedad del desistimiento las valoraciones éticas o morales [143].

---

[139] WESSELS, 1980, p. 186.

[140] Ejecutoria Suprema del 29 de octubre de 1970 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima 1971, p. 264.

[141] HURTADO POZO, 2005, p. 825, num. 2104.

[142] ZAFFARONI, 1982, pp. 489-490.

[143] ROXIN, 2004, p. 197.

960. Desistimiento en tentativa inidónea

Se considera que el desistimiento es admisible en la tentativa inidónea siempre que el agente no haya reconocido la inidoneidad [144].

961. Abandono definitivo de la ejecución

Abandono definitivo de la ejecución del delito. Existen dos posiciones: la primera sostiene que es definitivo el desistimiento cuando el sujeto abandona su propósito original (ejecución concreta iniciada) aunque piense en el futuro intentarla de nuevo [145]. La segunda exige que el autor abandone definitivamente, renuncie completamente a la ejecución, sin reservas [146]. Nos inclinamos por la primera solución.

962. Desistimiento eficaz

El **desistimiento** debe ser **eficaz.** Es imprescindible que la consumación del delito no se produzca. Puede ser que el sujeto haya realizado, sin saberlo, todas las condiciones previas para la producción del resultado que en efecto se origina. Ejemplo: el sujeto que piensa matar a otro de cinco disparos, pues es un mal tirador. Al disparar el primer tiro se desiste por temor a la pena y pretende auxiliar a la víctima, sin embargo, por azar ese disparo fue suficiente. Se presentan dos opiniones: los que consideran que este caso admite el desistimiento y el beneficio de la impunidad y quizás un resto de responsabilidad imprudente; y los que consideran que ese desistimiento no puede liberar de pena pues el resultado ya se ha producido [147]. En definitiva, creemos que el desistimiento debe ser eficaz, es decir, que haya impedido la consumación del delito. En caso de haberse consumado, sólo admitiremos el desistimiento si la desviación del desarrollo causal que el agente se representó ha sido total [148].

a.4. Efectos

963. Efectos del desistimiento en tentativa inacabada

El desistimiento origina la impunidad, pero no los actos practicados que constituyan por sí mismos delitos (artículo 18, Código penal). Ejemplo: el sujeto que ingresa a una casa a sustraer un valioso objeto y se desiste, comete tentativa de hurto en forma de desistimiento impune, pero es punible por el delito de violación de domicilio (artículo 159, Código penal).

---

[144] BACIGALUPO, 1998, p. 349.

[145] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 439; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 149.

[146] BACIGALUPO, 1998, p. 349. STRATENWERTH, 2005, p. 360, num. 81; WESSELS, 1980, p. 186; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 584.

[147] Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 360, num. 82.

[148] ZAFFARONI, 1982, p. 495.

b. Desistimiento en tentativa acabada

El **desistimiento en tentativa acabada** [149] [150] se presenta cuando el sujeto, de acuerdo a su representación de los hechos, realizó todos los actos necesarios para la producción del resultado y desarrolla una nueva actividad para impedirlo [151]. Un sector de la doctrina descarta la posibilidad de desistir en una tentativa acabada, restringiendo el desistimiento a la tentativa inacabada [152]. En este sentido, las alternativas planteadas en el artículo 18 del Código Penal («*proseguir* los actos de ejecución», «*impide* que se produzca el resultado») deberán ser vistas no como las modalidades del desistimiento en la tentativa inacabada y acabada respectivamente, sino como formas de desistimiento de la tentativa inacabada *comisiva* y la tentativa inacabada *omisiva* [153].

964. Desistimiento en tentativa acabada

b.1. Requisitos

Actividad positiva del agente. El desistimiento en la tentativa acabada tiene una naturaleza positiva, pues exige de parte del agente el desarrollo de una nueva actividad. Ejemplo: el que pretende envenenar a una persona y luego de haber agregado el veneno a sus alimentos, la víctima lo ingiere, pero antes que haga efecto el agente se desiste y la conduce a un hospital, donde un oportuno lavado gástrico le salva la vida. El desistimiento voluntario en tentativa inacabada [154] se caracteriza porque el sujeto se abstiene de proseguir la ejecución, por ende, basta que el sujeto quede inactivo, a diferencia del desistimiento que ahora tratamos, pues

965. Requisitos: actividad positiva del agente

---

[149] Paredes Vargas utiliza el término desistimiento en tentativa acabada (1987, p. 37). Cfr. García Cavero, 2003, p. 724. Revilla Llaza identifica este desistimiento como interrupciones del curso causal en caso de ejecuciones delictivas concluidas (2004b, p. 594). Una posición de rechazo a esta denominación es la de Rojas Vargas (1997, p. 340).

[150] No se identifica esta figura con el **arrepentimiento activo** que induce a error (Jescheck, 2002, p. 586), pues este vocablo indica una idea de «constricción» que debe obedecer, obviamente, a motivos valiosos. Para nosotros, esto no resulta necesario, pues el arrepentimiento puede ser uno de los motivos que impulsan al autor.

[151] Cfr. Jesús 1985, p. 295; Mir Puig, 2004, p. 360.

[152] Sancinetti, 1995, p. 72.

[153] *Ibidem*, p. 74.

[154] «También prefiere hablarse en Alemania de desistimiento (*Rücktritt*) para referirse a las dos formas, distinguiéndose entre desistimiento simple –que se da en la tentativa inacabada– y el desistimiento activo –en la tentativa acabada–» (Muñoz Conde, 1972, p. 9, cita 8).

en éste es necesario que el sujeto *actúe* mediante acciones para impedir el resultado.

Voluntariedad del desistimiento. El texto legal expresa que el agente debe actuar voluntariamente. En ese sentido, nos remitimos a todo lo expuesto sobre este aspecto en el desistimiento en tentativa inacabada [155]. Sin embargo, basta que el agente impida activamente la producción del resultado y no interesa indagar las cualidades morales de los motivos. Creemos además que no es necesario que el agente desarrolle su actividad tendente a impedir la producción del resultado en la forma directa o personal, pues bien puede valerse de un tercero, v. gr. un cómplice.

966. Voluntariedad del desistimiento

Se considera «descubierta» una acción cuando es identificada como hecho delictivo por las personas que podrían evitar el resultado o que originen la persecución penal [156], ejemplo: la conducta es descubierta por un pariente o por un agente de la policía. No se requiere el descubrimiento del autor. Puede sin embargo, aceptarse el desistimiento cuando a pesar de haber sido «objetivamente descubierto» el sujeto no lo sabia. En sentido inverso, puede también aceptarse el desistimiento cuando el agente, sin un verdadero motivo, se considera descubierto y evita el resultado, a pesar que objetivamente no estaba descubierto [157]. Ejemplo: el policía se acerca, no lo descubre y se retira, y el agente «considerándose descubierto» se arroja al río para salvar a la víctima a quien pretendía matar.

967. Acción descubierta

El **desistimiento** debe ser **definitivo**. Se requiere que la acción emprendida por el sujeto para impedir el resultado deba ser original de un desistimiento definitivo. Sobre este aspecto, nos remitimos a lo expuesto en el desistimiento voluntario en tentativa inacabada.

968. Desistimiento definitivo

Eficacia del desistimiento. Por exigencia del artículo 18 del Código Penal no debe producirse el resultado, es decir, si se produce el resultado, el desistimiento se elimina [158]. Se acepta el desistimiento en la tentativa acabada cuando la consumación se ha producido por una desviación total del desarrollo causal que el sujeto se representó, y que no era imputable dolosamente, siempre que el desistimiento haya sido seriamente encaminado a evitar el resultado [159]. Después de producida la consumación no se admite el desistimiento. Ejemplo: quien roba y al día siguiente

969. Eficacia del desistimiento

---

[155] *Supra*. núms. margs. 953-956.

[156] WELZEL, 1976, p. 274.

[157] *Loc. cit.*

[158] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 586. STRATENWERTH, 2005, p. 364, num. 90.

[159] ZAFFARONI, 1982, p. 497.

devuelve el bien a la víctima. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta esta circunstancia en el momento de la aplicación judicial de la pena («reparación espontánea que hubiera hecho del daño», o «la confesión sincera antes de haber sido descubierto», artículo 46, numeral 9 y 10, Código penal).

970. Arrepentimiento posterior

Nuestra legislación penal, de manera excepcional, adopta un tratamiento especial para supuestos de **arrepentimiento posterior** en el marco de colaboración eficaz en delitos de terrorismo (Decreto Legislativo 925), criminalidad organizada (Ley 27378), delitos tributarios (Decreto Legislativo 815), delitos de tráfico ilícito de drogas (Decreto Legislativo 824).

b.2. Consecuencia penal

971. Consecuencia penal del desistimiento en tentativa acabada

El Código Penal considera impune tanto el desistimiento en tentativa inacabada como acabada. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la aplicación del artículo 18 del Código Penal no significa que el agente deje de ser perseguido por la infracción independiente que puede constituir su acción.

§61. Desistimiento en caso de varios intervinientes

972. Desistimiento en caso de varios intervinientes

En los casos de concurso de personas, el Código Penal en el artículo 19 señala que si varios agentes participan en el hecho, «no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación». El desistimiento se presenta como una causal personal de impunidad, donde se le exime de la pena al agente partícipe por su desistimiento al delito, no alcanzando dicho efecto eximente a los demás partícipes. «El deseo de uno de los partícipes en el hecho de desistir o de evitar la producción del resultado puede ser intrascendente si los demás continúan con la ejecución, o bien, topar con la oposición de otros partícipes que lo impidan, pero la ley penal tiene el poder de valorar esa conducta, pues evidentemente se ha producido un cambio sustancial en su significación (en su desvalor)» [160].

[160] Quintero Olivares, 2000, p. 597.

Para lograr que se exima la pena, el artículo en mención nos señala dos supuestos: el *primer supuesto* se da con la consumación del delito, es decir cuando el autor ha impedido la realización del resultado típico, y el *segundo supuesto*, el autor debe de haber hecho un esfuerzo serio por impedir el resultado típico, aunque los demás partícipes prosigan con la ejecución o consumación del delito. En relación al segundo supuesto, hay que precisar que cuando se hace mención a un «esfuerzo serio» en el desistimiento del autor, la valoración debe ser dada de acuerdo a las circunstancias y a las posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el delito [161]. «En el caso que el partícipe haya retirado su aportación y los demás intervinientes prosiguen con el hecho o no lo impiden, se tratará de un hecho distinto. Su desistimiento será eficaz frente al primer hecho, mientras que en el segundo no habrá una participación que lo incrimine. El desistimiento de un partícipe no alcanza al resto de los intervinientes» [162]. El desistimiento en el primer supuesto no libera de responsabilidad penal a los otros agentes participantes. Como es lógico, impide un posible desistimiento de los demás agentes participantes. Caso contrario resulta en el desistimiento del segundo supuesto, donde el agente partícipe que se haya desistido de su actuación delictiva e impida de manera seria la consumación –y aún así siga persistente la ejecución delictiva–, permita la posibilidad que los demás agentes participantes puedan desistir de su conducta delictiva.

973. Efectos eximentes

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 de 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*'».

974. Reforma del artículo 19 del Código Penal

---

[161] BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2002, p. 360.

[162] GARCÍA CAVERO, 2003, pp. 731-732. «Hay que advertir, por otra parte, que el dominio sobre el hecho no debe ser comprendido en un sentido naturalista, pues ello nos llevaría a afirmar que en el caso de los partícipes de la fase preparatoria, un concepto de dominio o capacidad de influencia sobre el hecho debe entenderse en un sentido normativo, esto es, que la acción ejecutiva no sólo es una acción del autor, sino también del partícipe, de manera tal que el partícipe sigue siendo posible. Por el contrario, tras la terminación de la tentativa y la pérdida de una posibilidad de reversión, un desistimiento no resulta posible, sino solamente una rectificación posterior» (*Ibidem*, p. 732).

§62. Interrupción externa

a. Interrupción externa en tentativa inacabada

La interrupción externa, exterior o ajena a la voluntad del agente es una forma de tentativa inacabada prevista en el artículo 16 del Código Penal. Es también conocida como *tentativa imperfecta* o *tentativa propiamente dicha* [163]. La **interrupción externa** se produce en el momento en que el agente ha comenzado la ejecución del delito. Se caracteriza porque el agente no llega a practicar todos los actos de ejecución, que según su representación del hecho, son necesarios para la producción del resultado, debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Se encuentra aquí la diferencia con el desistimiento, pues en él la interrupción es voluntaria. Ejemplo: en el delito de hurto (artículo 185, Código penal) la ejecución es interrumpida accidentalmente en el momento de la sustracción debido al funcionamiento automático de la alarma, la intervención de la policía, u otras circunstancias. Las posibilidades de interrupción externas son innumerables, ejemplo: el hijo que ofrece un postre envenenado a su padre a quien pretende matar (parricidio, artículo 107, Código penal), pueden ser diversas las circunstancias de interrupción: el padre conoce las intenciones de su hijo y evita tomar el postre, interrumpe la ejecución una tercera persona que conocía el hecho, etc.

975. Interrupción externa en tentativa inacabada

Las condiciones para aceptarla son las siguientes [164]: *Primera*, se dé inicio a la ejecución de los actos que constituyen el delito. *Segunda*, la interrupción del proceso de ejecución se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del agente. *Tercera*, se encuentren presentes el dolo y demás elementos subjetivos del tipo.

976. Requisitos de la interrupción externa

Jurisprudencia:

«Los hechos constituyen un supuesto de tentativa inacabada, al haber el inculpado interrumpido la comisión del delito por circunstancias externas y ajenas a él, al haber sido descubierto mientras intentaba violar a la menor» [165].

---

[163] JESÚS, 1985, p. 189.

[164] FRAGOSO, 1985, p. 250.

[165] Sentencia del 20 de enero de 1999, Exp. 98-0191-1215-JX01P Huánuco en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 251-257. Otro caso: *«La acción del procesado de amenazar a la agraviada con un arma para despojarla de sus pertenencias, resulta un ilícito que no se llegó a concretar por la resistencia que opuso la víctima y la oportuna aparición de su hermano, configurándose la tentativa del delito contra el patrimonio»*. Sala Penal Exp. 2760-97 Lima en ROJAS VARGAS, 1999, p. 184.

b. Interrupción externa en tentativa acabada

Está prevista también en el artículo 16 del Código Penal y es una forma de tentativa acabada, que se le conoce también como **tentativa perfecta** o **delito frustrado** [166]. Esta forma de interrupción externa o accidental del proceso de ejecución se caracteriza porque el agente ha realizado (o cree realizar) todos los actos que, según su representación del hecho, eran necesarios para la producción del resultado, pero dicho resultado no se produce por circunstancias ajenas o accidentales. Ejemplo: el sujeto que sustrae un bien mueble de un domicilio particular (artículo 185, Código penal) y es perseguido por el agraviado hasta su inmediata captura. En esta forma de tentativa lo único que falta es la consumación, pues el agente ha realizado todo lo que considera necesario para que ésta se produzca, pero se interpone una interrupción accidental. Ejemplo: quien pretende ahogar a quien no sabe nadar y lo arroja al mar y una tercera persona lo salva. El que con el fin de matar a otro le dispara dos veces, pero no logra su propósito pues la víctima es auxiliada oportunamente por los facultativos, etc. Existen muchas posibilidades de interrupciones accidentales.

977. Interrupción externa en tentativa acabada

Jurisprudencia:

«Que, concretamente la tentativa del delito materia de juzgamiento es acabada por interrupción accidental toda vez que los agentes realizaron todos los actos que fueron necesarios para la consumación del ilícito (cortaron la soga de seguridad de la tolva y con la tenencia de las cajas emprendieron la fuga); sin embargo, dicho acto criminal no se consumó por la decidida persecución que emprendió el agraviado aunado a ello la oportuna intervención policial» [167]. *En otro caso: «Si el acusado ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación del delito, el cual no se produjo por circunstancias accidentales, estamos frente al caso de una tentativa acabada»* [168].

978. Diferencia de interrupción externa de tentativa inacabada y acabada

La diferencia con la interrupción externa en tentativa inacabada, está en que en ésta el agente no realiza todos los actos que, según su representación del hecho, eran necesarios para producir la consumación, interrumpida accidentalmente. Ejemplo: interrupción externa en tentativa inacabada, el sujeto que pretende envenenar y es sorprendido cuando servia el veneno a la víctima antes que la ingiera; interrupción externa en tentativa acabada, el sujeto logra que la víctima ingiera el veneno pero no se produce la muerte por un oportuno lavado gástrico.

---

[166] JESÚS, 1985, p. 289.

[167] Ejecutoria del 30 de marzo de 1998, Exp. 152-97 **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2000, p. 94.

[168] Ejecutoria Suprema del 6 de julio de 1976 **en** *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima 1976, p. 1303.

En consecuencia, podemos identificar ciertas *características* en la interrupción externa en tentativa acabada: *Primera*, que el agente haya realizado todos los actos necesarios para la consumación. *Segunda*, que la no producción del resultado se deba a circunstancias extrañas a la voluntad del agente. *Tercera*, que esté presente el dolo y demás elementos subjetivos del tipo.

979. Características de la interrupción externa de tentativa acabada

c. Consecuencia penal

El artículo 16 del Código Penal no ha previsto en cuanto a la pena, una distinción entre las interrupciones externas en tentativa acabada e inacabada, como lo hacía el Código Penal de 1924 [169]. En ambos casos el juez disminuirá la pena *prudencialmente*.

980. Consecuencia penal de las interrupciones externas

En el derecho peruano la interpretación del término «*prudencialmente*» plantea la duda de si la disminución de la pena puede producirse por debajo del *mínimo legal*. Creemos que «lo que se somete a interpretación y a criterio del juez se halla en el término 'prudencial', que debe orientar la disminución. Esto se ejemplifica en un caso específico del siguiente modo: si, por ejemplo, el tipo básico de homicidio fija pena privativa de libertad que oscila entre 6 y 20 años para el delito consumado, la tentativa de homicidio será punida con pena que se halle por debajo de los 6 años. Tal es el sentido encerrado en el texto de la ley, por cuanto 'pena' es la medida coercitiva comprendida entre un mínimo y un máximo, consecuentemente su disminución prudencial implicará la de su extremo mínimo» [170].

981. Reducción «prudencial» de la pena

§63. Tentativa inidónea

Estamos frente a una **tentativa inidónea** o **delito imposible** cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas. Los *límites* de la tentativa inidónea son precisados por

982. Tentativa inidónea

---

[169] *Vid.* Villavicencio, 1990, pp. 183 y 187, respectivamente.

[170] Rojas Vargas, 1997, p. 365. Bramont Arias/Bramont-Arias Torres establecen que «el art. 16 CP se limita a establecer que la penalidad atenuada de la tentativa rige como principio acogido por la ley. Si el fundamento de la tentativa se halla en la afectación al bien jurídico (en sus formas de daño, peligro o perturbación del titular del bien jurídico), cuando el delito no se consuma, el grado de afectación al bien jurídico es menor y, en consecuencia, la pena ha de ser menor a la que corresponde al delito consumado» (2001, p. 175).

el artículo 17 del Código Penal y ésta se presenta cuando la consumación del delito resulta imposible debido a «la ineficacia del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto».

Jurisprudencia:

«En la tentativa no punible, esta falta de punibilidad sólo opera cuando el medio para cometer el ilícito es ineficaz absolutamente para lograr el cometido o, el objeto sobre el cual recaerá la acción es absolutamente impropio» [171].

983. Teorías de la impunidad de la tentativa inidónea

Sobre la punibilidad del delito imposible existen diversas opiniones: la teoría objetiva considera la impunidad del delito imposible, la teoría subjetiva fundamenta la punibilidad al igual que las teorías mixtas, aunque con diferentes criterios. Nuestro actual Código Penal precisa la impunidad para esta forma de tentativa.

984. Elementos del delito imposible

Aspectos importantes del delito imposible están referidos al **inicio de la fase ejecutiva** y a la **imposibilidad absoluta de realizar el delito**, debido a la inidoneidad del medio o del objeto (**error de tipo al revés**). El texto del artículo 17 del Anteproyecto de la parte general del Código penal del 2004 utiliza el término *«inidoneidad del medio empleado o del objeto»*.

985. Absoluta impropiedad del objeto

La **absoluta impropiedad del objeto**, puede presentarse por razones fácticas o jurídicas. Así, impropiedad *fáctica* absoluta del objeto: tentativa de aborto en una mujer no embarazada, impropiedad *jurídica* absoluta del objeto: tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario. La impropiedad del objeto debe ser **absoluta**, y ello se presenta cuando no existe el objeto, ejemplo: sustracción de una caja de televisor llena de desperdicios en la creencia que contiene el aparato; o cuando por la situación o condición particular del objeto es imposible alcanzar el resultado previsto, ejemplo: disparar sobre un cadáver.

Jurisprudencia:

«No son punibles las maniobras ginecológicas practicadas con fines abortivos a una mujer que al momento de los hechos no se encontraba en estado de gestación» [172]. *En otro caso: «Si bien los agentes actuaron con* animus lucrandi, *no fue posible que perpetraran el delito de robo por cuanto las tarjetas electrónicas de la víctima no se encontraban activadas, lo cual impidió el retiro de dinero de sus cuentas y en consecuencia el perjuicio patrimonial; es así que al no haber bien posible de sustraer, la tentativa de perpetrarla deviene en inidónea, por lo que el robo deviene en un delito*

---

[171] Exp. 141-98-P/APL Camaná **en** ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 68.

[172] Ejecutoria Suprema del 18 de abril de 1991. Recaída en la causa 818-90 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1996, II, p. 119.

imposible» [173]. *En un tercer caso: «Si bien el evento criminal fue planificado y acordado con la finalidad del robo de dinero o barras de oro, bienes que no fueron encontrados por los agentes, tal ilícito constituye una tentativa inidónea por absoluta impropiedad del objeto del delito»* [174].

986. Ineficacia absoluta del medio

La **ineficacia absoluta del medio**. Entendemos que el texto legal cuando utiliza la expresión «**medio**» se refiere tanto a los instrumentos como a las conductas del agente. Ejemplo: quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas. El medio será inidóneo de manera absoluta cuando, por su esencia o naturaleza, no es capaz de producir el resultado [175].

987. Inidoneidad relativa del medio o del objeto

La exigencia legal de la ineficacia absoluta o absoluta impropiedad, hace descartar los casos en los que el medio o el objeto eran *relativamente inidóneos.* En estos casos, será recomendable tipificar la conducta en el artículo 16 del Código Penal. El medio es relativamente inidóneo cuando siendo normalmente eficaz, deja de operar por la situación o circunstancia en que fue utilizado. Ejemplo: veneno en dosis reducida no letal. El objeto es relativamente inidóneo cuando una condición accidental del propio objeto neutraliza la eficacia del medio usado por el agente, o cuando estando presente el objeto en la etapa inicial de la conducta, se ausenta en el instante del ataque [176]. Ejemplo: un chaleco protector de la víctima desvía el proyectil o el sujeto dispara su arma de fuego sobre la cama de la víctima en la que se encontraba segundos antes.

988. Momento de valoración de la inidoneidad

La valoración de la inidoneidad del objeto de la acción o del medio delictivo debe de efectuarse en el momento mismo de la comisión delictiva (*ex ante*) y situando a un espectador objetivo en la posición del autor [177]. Esta valoración *ex ante* implica ubicarnos en los momentos en los cuales se ejecutaba el delito donde la pregunta estaría dirigida en relación al grado de probabilidad de que se produzca el resultado típico; si no hay ninguna probabilidad la tentativa resultará inidónea [178].

---

[173] Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 1999, R. N. 2924-99 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, número 47, Lima 2002, p. 287.

[174] Ejecutoria Suprema del 29 de enero de 1998, Exp. 5990-97 La Libertad **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 106.

[175] FRAGOSO, 1985, p. 260. En contra ROJAS VARGAS, 1997, pp. 324 y ss.

[176] JESÚS, 1985, p. 302.

[177] Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 281.

[178] RODRÍGUEZ DEVESA, 1991, p. 789.

989. Error de tipo al revés

Es posible identificar esta versión, con el **error de tipo al revés**. Para calificar el delito imposible bastará el **error de tipo al revés evitable**, ejemplo: quien pretende envenenar agregando azúcar al alimento de su víctima en la creencia que es veneno. Si se trata de un **error de tipo al revés inevitable**, es mejor recurrir al artículo 16 del Código Penal. Ejemplo: sujeto que compra veneno para ratas en una farmacia, pero el producto tiene una falla en su elaboración que lo convierte en inofensiva sustancia, y sin saberlo, se lo hace ingerir a la víctima.

990. Consecuencia penal de la tentativa inidónea

Consecuencia Penal: No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

§64. Delito putativo

991. Delito putativo

El **delito putativo** se presenta cuando el sujeto supone, por error, estar practicando un hecho punible, siendo su conducta penalmente irrelevante.

992. Error de prohibición al revés

Esta es una forma de **error de prohibición al revés**, ya que el sujeto supone de manera equivocada que su conducta está prohibida por una norma, que sólo existe en su imaginación, mas no en la realidad. Dicha suposición errónea puede estar referida a la exigencia de la norma prohibitiva como tal, a la mala interpretación de los límites de una norma penal existente o puede, por último, desconocer el efecto justificante de una proposición permisiva (causal de justificación) [179].

993. Diferencia entre delito putativo y delito imposible

La distinción entre el delito putativo y el delito imposible se efectúa en consideración a si el error afecta el supuesto de hecho de una norma o a la norma en sí [180]. En el primer caso estaríamos ante un delito imposible, en el segundo, ante un delito putativo. La delimitación entre ambas formas delictivas reside en los límites entre el tipo y la prohibición. «La representación errónea de una prohibición que no se da constituye siempre delito putativo, mientras que la representación errónea de que se da un tipo puede ser tentativa pero –en los casos de sobreestimación de deberes– no tiene que serlo necesariamente» [181].

---

[179] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 573.

[180] Cfr. *Ibidem*, p. 572.

[181] JAKOBS, 1995, p. 874, num. 38.

El delito putativo no constituye una forma de tentativa, pues no es suficiente que el sujeto suponga erróneamente que su conducta impune sería jurídico-penalmente prohibida. La doctrina nacional es unánime en entender que el delito putativo es impune. Es evidente que la determinación de lo que constituye o no delito, no corresponde a la opinión del sujeto sino a la ley y por ello, el error del autor nunca pueda significar su equivalencia a una prescripción penal [182].

994. Impunidad del delito putativo

En el supuesto del error sobre la idoneidad del sujeto, que se presenta cuando alguien comete un supuesto **delito de infracción de deber** en la creencia errónea que posee la calidad exigida en el tipo para ser autor, nos inclinamos por considerar que en esos casos no hay tentativa sino solo un delito putativo, por lo tanto impune, pues consideramos que la calidad de autor en los delitos especiales o de infracción del deber determina la existencia de un deber especial que incumbe al sujeto; en consecuencia, la suposición de un deber es, en realidad, la suposición de la antijuridicidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un delito que no existe [183]. Ejemplo: el administrador de un edificio de apartamentos que cree haber cometido un delito funcional al aceptar una dádiva para dar prioridad en los servicios. Algunos autores han estimado que nos encontramos en estos casos ante delitos imposibles, ya que establecen que el deber especial que se funda en la calidad del agente en los delitos especiales es un auténtico elemento del tipo. La no concurrencia de dicha calidad debe ser entendida como la inexistencia de un elemento típico [184].

995. Delito putativo y delito de infracción de deber

§65. Tentativa irreal o supersticiosa

Se presenta cuando el agente utiliza medios mágicos o supersticiosos para alcanzar un resultado delictivo. En estos casos, la inidoneidad de la tentativa logra alcanzar un grado tal que para cualquier observador objetivo, ubicado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación [185]. La **tentativa irreal** no es un simple error sobre la causalidad sino que se trata de una causalidad que no se admite porque no es verificable. Ejemplo: quien pretende matar a otro clavando alfileres en un muñeco que representa a la víctima.

996. Tentativa irreal o supersticiosa

---

[182] Stratenwerth, 2005, p. 335, num. 25.

[183] Cfr. Mir Puig, 2004, p. 356, num. 91.

[184] Bacigalupo, 1998, p. 351.

[185] Mir Puig, 2004, p. 355, num. 87.

En el Perú, la riqueza de pautas culturales haría que se presenten diversidad de supuestos. La imposibilidad de verificar la causalidad ha motivado en la doctrina un acuerdo sobre su impunidad. Para fundamentar la impunidad se han elaborado criterios objetivos y subjetivos. La *posición objetiva* considera que el Derecho Penal debe limitarse a prevenir hechos socialmente nocivos, que en el momento de realizarse aparezcan como peligrosas para los bienes jurídicos [186]. La *posición subjetiva* considera que en la tentativa imaginaria a la voluntad le falta todo merecimiento de pena por cuanto la acción tentada pierde toda base de realidad [187]. La *teoría de la impresión* (objetiva-subjetiva) considera que el empleo de métodos mágicos y otros análogos no puede despertar ningún tipo de impresión en la comunidad [188]. Las tres posiciones coinciden en la impunidad y solo varían en los fundamentos.

997. Impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa

[186] BACIGALUPO, 1984, p. 171; WELZEL, 1976, p. 269; STRATENWERTH, 1982, p. 211.

[187] MIR PUIG, 1983, p. 142.

[188] WELZEL, 1976, p. 267.

Capítulo XII
AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN: AUTORÍA Y PARTICIPACION

Sumario: §66. Introducción. §67. Sistemas delimitadores entre autoría y participación. §68. Autoría en los delitos de dominio. §69. Autoría mediata. §70. Coautoría. §71. Autoría accesoria. §72. Autoría en los delitos de infracción de deber. §73. Participación. §74. Instigación. §75. Complicidad.

Bibliografía

Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Ezequiel Malarino, Duncker & Humblot-Konrad, Temis, Montevideo 2005; idem, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones*, en Thémis, Revista de Derecho, Segunda época Nº 37, Lima 1998. / Manuel A. Abanto Vásquez: *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima 2003. / Nilo Batista: *Concurso da agentes*, Liber Juris, Rio de Janeiro 1979. / Wilfried Bottke: *Estudio de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la constitución de un sistema de derecho penal de la criminalidad europea*, en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona 1995. / Matilde Bruera: *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdova 2001. / María del Mar Carrasco Andrino: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada 20002. / José Antonio Caro John: *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Comentarios a la jurisprudencia penal, Grijley, Lima 2003; idem, *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*, en Anuario de derecho penal. Monográfico sobre los "Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano", Fondo Editorial PUCP, Universidad de Friburgo, Lima 2003. / José Luis Castillo Alva: *Autoría mediata por dominio de aparatos*

organizados de poder. El dominio de la organización, **en** Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ: *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, Juritexto, San José 1993. / JOSÉ CEREZO MIR: *Autoría y participación en el nuevo Código Penal español*, **en** XVI Congreso Latinoamericano VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004; ÍDEM, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Tecnos, Madrid 1982. / JORGE DE FIGUEIREDO DÍAZ: *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El "dominio de la organización"*, **en** Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva y Fundación El Monte, Huelva 1999. / MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *¿Es necesario la cooperación necesaria?*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos Madrid 2003; ÍDEM, *La autoría en materia penal*, PPU, Barcelona 1991. / EDGARDO ALBERTO DONNA: *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdova 2001. / BERNARDO JOSÉ FEIJÓO SÁNCHEZ: *Límites de la participación criminal: ¿existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada 1999. / ALBERTO A. FERNÁNDEZ/LUIS G. PASTORIZA: *Autoría y participación criminal*, Lerner, Buenos Aires 1987. / MARIO GARRIDO MONT: *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1984. / ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid 1966. / JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ: *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, fascículo I (enero-abril), Ministerio de Justicia, Madrid 1984. / MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO: *La inducción a cometer delito*, Tirant lo blanch, Valencia 1995. ROBINSON GONZALES CAMPOS: *Complicidad primaria y secundaria*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Grijley, Lima 2004. / ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL: *La coautoría*, **en** Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Volumen XXV, Nº 75, enero-julio 2004. / JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA: *La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*, **en** XVI Congreso Latinoamericano VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Ara, Lima 2004; ÍDEM, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada 1996. / ROLAND HEFENDEHL: *El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica*, **en** Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXV, Nº 75, enero-julio 2004; ÍDEM, *¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal del enemigo o de autor?*, **en** Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXV, Nº 75, enero-julio 2004. / HANS JOACHIM HIRSCH: *Acerca de los límites de la autoría mediata*, **en** HANS JOACHIM HIRSCH: Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / GÜNTHER JAKOBS: *La intervención delictiva*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2004; ÍDEM, *La autoría mediata con instrumento que actúan por error como problema de imputación objetiva*, trad. de Manuel Cancio Meliá, **en** Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima 2000. / URS KINDHÄUSER: *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2003. / CARLOS LUIS LASCANO: *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdova 2001. / JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Autoría y participación*, Akal/Iure, Madrid 1996. / MARÍA CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia 1997. / JOSÉ MANUEL

LORENZO SALGADO: *Notas sobre la participación criminal en el derecho penal*, en Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003. / JULIO F. MAZUELOS COELLO: *Inducción*, en Código Penal Comentado, T. I, Grijley, Lima 2004; ÍDEM, *¿Sigue siendo el acuerdo de voluntades presupuesto de la coautoría? Comentario a la sentencia Nº 3005-2000-Lima de 18 de octubre del 2000*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2003. / IVÁN MEINI MÉNDEZ: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 14, Idemsa, Lima julio-2004; ÍDEM, *La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2003. / JUAN MUÑOZ SÁNCHEZ: *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Tirant lo blanch, Valencia 1995. / RAÚL PEÑA CABRERA: *El concurso de personas en el delito*, en Debate Penal, Nº 5. Lima 1988. / ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada 1998. / GONZALO QUINTERO OLIVARES: *Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos Madrid 2003. / ANDREAS RANSIEK: *Colaboración neutral en organizaciones formales*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2003. / LUIS MIGUEL REYNA ALFARO: *Límites de la participación delictiva en los delitos cometidos por funcionarios públicos: el caso de las conductas neutrales*, en Actualidad Jurídica, Nº 133, Lima 2004. / RICARDO ROBLES PLANAS: *Participación en el delito e imprudencia*, en Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penales Nº 1. Grjley, Lima 2000. / PERCY REVILLA LLAZA: *Autoría directa, autoría mediata, coautoría*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; ÍDEM, *Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de autores y partícipes* en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / RAFAEL REVOLLO VARGAS: *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 13, junio, Lima 2003. / JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ: *¿Puede la responsabilidad penal del empresario fundamentarse en la dogmática de los delitos de "infracción de un deber"?*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / CLAUS ROXIN: *Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión*, en Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario de la Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, Madrid 2000; ÍDEM, *Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 9, Lima 2000; ÍDEM, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona 1998; ÍDEM, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, en Doctrina Penal, Año 8, Depalma, Buenos Aries 1985. / LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN: *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid 1982. / MARIO SALAZAR MARÍN: *Autoría y participación*, en Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, Temis, Bogotá 1987. / ERICH SAMSON: *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, trad. Marcelo Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires 2003. / MARCELO A. SANCINETTI: *Las regulaciones sobre causas de extensión de la punibilidad*, en Dogmática del hecho punible y la ley penal, Ad Hoc, Buenos 2003. / PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Grijley, Lima 2005; ÍDEM, *A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdova 2001. / JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona 2002; ÍDEM, *Sobre la*

figura de la autoría mediata y su tan sola fenomenológica "trascendencia", **en** Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penales Nº 1, Grijley, Lima 2000. / CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO/DINO CARLOS CARO CORIA/JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir (aspectos sustantivos y procesales)*, Juristas editores, Lima 2002. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Problemas de imputación en casos de concurrencia de aportaciones de diversos sujetos*, **en** Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003. / BERND SCHÜNEMANN: *El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*, **en** Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Volumen XXV, Nº 75, enero-julio 2004; ÍDEM, *El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata*, **en** Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Volumen XXV, Nº 75, enero-julio 2004. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *¿"Pertenencia" o "intervención"? Del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "Participación a través de organización" en el delito*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / MARCO ANTONIO TERRAGNI: *Autoría e intervención de terceros en el delito culposo*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdova 2001. / MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA: *Figura central, aliciamento e autoria mediata*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdova 2001. / ALEX VAN WEEZEL: *Normativización de la autoría mediata. Una explicación desde la problemática del comienzo de la tentativa*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / WOLFGANG WOHLERS: *Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2003.

§66. Introducción

998. Objeto de la teoría de la participación

Las actividades humanas realizadas en el marco de las relaciones sociales, suponen que el sujeto que delinque no suele actuar solo sino con la participación de otros. Frente a una acción que se dirige a objetos de referencia, también se orienta hacia una comprensión comunicativa, de manera que los partícipes no buscan sus objetivos sin considerar intereses ajenos, sino que intentan ponerse de acuerdo [1]. La comprensión comunicativa existe por el intercambio de perspectivas entre los sujetos. Así, esta comunicación orientada a la comprensión, exige que los partícipes puedan atribuirse de manera recíproca capacidad de imputación, de suerte que no será aceptable la imputación si un partícipe cambia su pa-

[1] CFr. KINDHÄUSER, 2005, p. 92.

pel por el de un simple observador [2]. Entonces, se nos presenta una doble problemática: la naturaleza de la aportación al delito de cada sujeto concurrente, y el grado de responsabilidad penal de éstos [3]. Esto constituye el objeto de la teoría de la autoría y la participación.

999. Participación como ampliación de la imputación penal

Si bien los tipos legales generalmente están redactados en función a la realización de la conducta por un autor, existen problemas cuando son varios los sujetos que intervienen y no se les puede calificar de autores, por ello, surgen las reglas de la participación, que constituyen una ampliación o extensión del tipo legal para comprender a dichas conductas [4] y son, además, causas de extensión de la pena [5], por cuanto al ampliarse el tipo llegan a ser punibles, "pues de otra manera no lo serían por quedar fuera del tipo" [6]. La teoría de la autoría y la participación forma parte de la teoría de la imputación [7].

1000. Límites al concepto de autor

La participación es accesoria de la autoría y se requiere previamente deslindar el **concepto de autor** para alcanzar un concepto de participación. Creemos que la conceptualización de esas categorías se halla delimitada por los datos de la realidad, por lo que, en derecho, su contenido debe mantener la equivalencia a su sentido natural [8], pero es evidente que tal concepto de autor tiene que ser restringido (concepto legal) cuando la ley misma determina otras categorías de intervinientes activos, colocándolos en situación especial respecto de la punibilidad [9]. Debemos señalar que existe una tendencia a considerar un concepto doctrinal o normativo de autor [10]. El Código Penal peruano se refiere a la autoría y participación, y busca regular la concurrencia de varias personas en el hecho punible. Así, el artículo 23 hace referencia a las distintas formas de autoría. Pensamos que este reconocimiento ahorra el esfuerzo de una

---

[2] *Ibidem*, pp. 92-93.

[3] Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 2002, p. 65.

[4] Zaffaroni, 1982, p. 366; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 762; Conde-Pumpido Ferreiro, **en** AA.VV., 1997, I, p. 914; Creus, 1999, p. 378.

[5] Maurach, 1962, II, p. 357; Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 400.Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 607.

[6] Fernández Carrasquilla, 1982, p. 520.

[7] Cfr. Conde-Pumpido Ferreiro, **en** AA.VV., 1997, I, p. 914.

[8] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 736; Jescheck, 1993, p. 586.

[9] Creus, 1999, p. 378.

[10] Mir Puig, 2004, p. 366, num. 4.

construcción más compleja y proporciona una mayor garantía de certeza jurídica. Además, cada uno de los tipos penales de la parte especial requerirían de una definición propia de autor [11].

1001. Participantes y partícipes

La participación puede ser entendida en sentido amplio y específico. En sentido amplio comprende a todos los que intervienen en el hecho delictivo, incluso al autor y, de manera específica, son partícipes sólo aquellos que se encuentran en una relación de dependencia con la conducta del autor [12]. En el primer caso se habla de **participantes**, en el segundo de **partícipes** [13].

1002. Participación necesaria

Ciertos tipos legales precisan la pluralidad de sujetos en la comisión del delito, se trata de supuestos de **participación necesaria** [14]. Ejemplo: cohecho (artículo 393, Código penal). Estos casos de participación necesaria se denominan también **concurso necesario** (requieren necesariamente la intervención de dos o más sujetos en el hecho típico) [15] y son diferentes al **concurso eventual** (ejecución plural de conductas que usualmente pueden ser realizadas por una sola persona, ejemplo, homicidio). Estos casos constituyen los tipos plurisubjetivos, donde todos los partícipes responden como autores del delito [16], a diferencia de los tipos

---

[11] BUSTOS, 2004, I, p. 1074: para quien, en definitiva, el concepto de autor no es un problema de la parte general sino de la parte especial, de cada tipo penal concreto.

[12] BUSTOS 1984, p. 325; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, p. 161; CREUS, 1999, p. 380.

[13] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 735.

[14] La participación necesaria presenta una interrogante de trascendencia práctica, entendida en la búsqueda de la determinación de la participación punible del sujeto cuya conducta ya está constituida como un presupuesto del tipo penal necesario de los cuales se deriva la conducta principal: "¿debería considerarse esto como una participación punible, según las reglas de la parte general, de aquél sujeto en la conducta del autor, o sería siempre impune según las reglas generales y solamente podría tener una sanción si ésta hubiera sido prevista expresamente en los tipos adicionales de la parte especial, o podría haber una solución intermedia?" (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 61-62). En algunos tipos penales se sanciona expresamente la participación necesaria. Así, resulta en el tipo penal de cohecho (artículo 393, Código penal) donde la conducta principal del funcionario o servidor público consiste en solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja, siendo para ello necesaria la presencia de otro individuo capaz de otorgar dicha ventaja en sentido de soborno (participación necesaria); remitiéndose la sanción de éste último al tipo penal de corrupción activa (artículo 399, Código penal).

[15] MAYRINK, 1988, p. 861.

[16] MANTILLA/RODRÍGUEZ, 1999, p. 231. Para VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, excepcionalmente es posible la participación (2002, p. 443).

monosubjetivos, donde se diferencia tanto a los autores como a los partícipes. Entre los tipos de concurrencia necesaria se distinguen los **delitos de convergencia** (los intervinientes necesarios actúan coordinadamente) y **delitos de encuentro** (la conducta de los concurrentes necesarios entran en colisión) [17].

1003. Encubrimiento

En nuestra legislación penal, el **encubrimiento** no es una forma especial de participación y se niega su validez, pues evidentemente resulta imposible participar en algo que ya está previamente consumado [18]. En este sentido, en el Derecho Penal peruano el encubrimiento es un especial tipo legal: puede ser un delito patrimonial de receptación (artículo 194, Código penal), un caso de encubrimiento real (artículo 405, Código penal) o uno de encubrimiento personal (artículo 404, Código penal).

§67. Sistemas delimitadores entre autoría y participación

1004. Delimitación entre autoría y participación

La distinción entre autor y partícipe representa el núcleo problemático más importante de la concurrencia de personas [19]. Se busca apreciar debidamente la importancia del aporte que hace cada sujeto a lo injusto y precisar el personal juicio de reproche que le corresponde. Frente a esta problemática se han propuesto dos sistemas: *unitario* y *diferenciador*. De lo que se trata es: admitir la diferencia entre la realización del rol principal (autor) y la ejecución de conductas accesorias (partícipes en general), o bien renunciar a esta diferencia y admitir un concepto unificado de autor.

a. Sistema unitario

1005. Sistema unitario

Para esta corriente, los autores son todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas. "Su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes"[20]. No existen diferencias entre los aportes causales, todos son equivalentes a efectos del resultado, por ende, todos los partícipes son iguales frente a la responsabilidad penal. La autoría se fundamenta en la causalidad –*teoría de la equiva-*

---

[17] Cury, 1985, p. 230.

[18] Rodríguez Mourullo, 2000, p. 167. Sobre una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas: *vid.* Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 2005.

[19] Gimbernat, 1966, p. 11. Cfr. Velásquez Velásquez, 2002, p. 441.

[20] López Peregrín, 1997, p. 33.

lencia de las condiciones–, resultando superflua toda idea de accesoriedad [21]. Sin embargo, no logra superar las distinciones pues recurre a diferenciar varias formas de autoría según la especie de la comisión del hecho: autor inmediato, autor mediato, categoría esta última que diferencia entre autoría de inducción (instigación y autoría mediata en sentido estricto) y autoría de apoyo (que incluye las formas de complicidad) [22].

1006. Sistema unitario y autoría culposa

Los planteamientos de la teoría unitaria de autor se adecuan a la estructura de los tipos culposos, siendo que la participación imprudente sea considerada en todos los casos como autoría culposa [23].

1007. Orientación político criminal

Esta teoría responde a una opción político-criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho delictivo. Ha sido defendida por los que consideran como base del Derecho Penal a la peligrosidad del delincuente y también por la corriente nacional-socialista de la Escuela de *Kiel* que partía de un Derecho Penal de la voluntad [24].

1008. Concepción unitaria funcional

Nuevas formulaciones del sistema unitario de autor, son propuestas por KIENAPFEL quien abandona la idea de la causalidad de la clásica teoría unitaria (que él las denomina *concepción unitaria formal*), planteando esta vez, una serie de categorías de intervención en el delito (*concepción unitaria funcional*) [25]. Se rechaza la accesoriedad bajo la premisa "todo interviniente responde exclusivamente por su propio injusto y propia culpabilidad"[26]. Se establecen diversas formas de autoría en base a la responsabilidad autónoma de cada interviniente[27]. La concepción unitaria funcional tiene como idea central la "doble naturaleza de la intervención"[28], donde se presentan, por una parte, la distinción dogmática entre las formas de intervención (plano formal) y, por

---

[21] Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, en CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 384; LORENZO SALGADO, 2003a, p. 137. Esta teoría tiene antecedentes en el derecho romano basados en la máxima "*unum factum unum delictum*" y la responsabilidad, que era predominantemente pecuniaria. Consistía en una obligación cumulativa, de modo que todos los codelincuentes respondían íntegramente del débito que del *delictum* nacía (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en AA.VV., 1997, I, p. 914).

[22] BACIGALUPO, 1987, p. 309. Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 288. El concepto unitario, frente a las dificultades que implica ubicar "criterios de diferenciación adecuados para clasificar la cointervención como autoría o participación, opta por realizar una simplificación, consistente en considerar a todos los intervinientes que hayan realizado una aportación al hecho punible como autores del mismo" (LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 36-37).

[23] CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 384-385. *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 441.

[24] MIR PUIG, 1983, p. 149; 1998, p. 360. *Vid.* artículo 116 del Código Penal de Italia de 1931 (*Codice Rocco*), artículo 25 del Código Penal de Brasil de 1940. Cfr. DOTTI, 1988, p. 77.

[25] Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 7-8.

[26] *Ibidem*, p. 8.

[27] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 288.

[28] LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 40-41.

otra, la cuestión de la determinación de su trascendencia a efectos de la medición de la pena[29]. La causalidad para la concepción unitaria funcional sólo constituye un mero presupuesto conformante en los tipos penales de cualquiera de las categorías de autoría. El verdadero fundamento se encuentra en los principios de merecimiento y necesidad de la pena, pues permite justificar y considerar autores a todos los intervinientes en el delito [30].

b. Sistema diferenciador

Se justifica este sistema en el sentido que es una respuesta a las reclamaciones de una diferenciación de los distintos papeles cumplidos por quienes toman parte en el delito y a las exigencias de una mayor seguridad jurídica [31]. Creemos que el Derecho Penal del Estado social y democrático debe partir de un concepto diferenciador entre autoría y participación. En el sentido de este sistema, se han formulado diversas teorías.

1009. Sistema diferenciador

b.1. Concepto extensivo de autor

El fundamento de esta posición es la teoría de la equivalencia de las condiciones [32] y tiene como complemento necesario a la teoría subjetiva de la participación [33]. Esta teoría considera que autor es todo aquel que ha puesto una condición para la causación del resultado típico, pero esto puede afirmarse también de quien sólo presta una colaboración poco significativa, de tal manera que el concepto de autor resulta extraordinariamente extendido [34] [35]. Este concepto admite que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad [36]. Como consecuencia, los tipos legales de

1010. Concepto extensivo de autor

---

[29] Hernández Plasencia, 1996, p. 8.

[30] *Ibidem*, p. 10.

[31] El sistema diferenciador se adapta mejor a la regulación vigente y a los principios de legalidad e intervención mínima, conduciendo a consecuencias más justas (Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 447-448).

[32] Jescheck/Weigend, 2002, p. 699. Cfr. Mir Puig, 2004, p. 368, num. 12; Lorenzo Salgado, 2003a, p. 137.

[33] Mir Puig, 2004, p. 369, num. 12; Lorenzo Salgado, 2003a, p. 137.

[34] Cury, 1985, p. 231.

[35] Mezger afirmaba que "en todo delito puede haber participado una pluralidad de personas. Una de estas conductas de participación puede representar un papel de índole directiva y ejecutoria, la otra puede más bien tener carácter de auxilio y servir a la conducta de ejecución. Sería perfectamente concebible castigar a todos estos partícipes, sin distinción como autores del acto, teniendo en cuenta que también ellos han cooperado y co-causado el resultado delictivo" (1949, II, pp. 269-270).

[36] En este sentido, Mezger expresaba que una sensación valorativa más fina distinguirá diversas formas de participación del hecho punible. "En principio hará ciertamente responsable a todo el que haya contribuido al resultado, ya por el mero hecho de esta colaboración, pero graduará dicha responsabilidad; con otras palabras,

participación surgen como causas de limitación de la pena. Si esto no fuera así, tendría que castigarse a todos los intervinientes como autores.

1011. Crítica al concepto extensivo de autor

Se le critica porque transforma al autor en un concepto residual que se obtiene por exclusión, ya que lo será sólo aquel que no presente las características señaladas por la ley para considerarlo cómplice o instigador. Resulta tan extensa que puede comprender a cualquier persona y constituirse en un peligro de renuncia a la delimitación típica de la acción del delito. Esta concepción también carece de base objetiva para trazar la diferencia entre autor y partícipe, es por ello que para superar estas dificultades recurrieron a un complemento subjetivo (*teoría subjetiva de la participación*).

1012. Teoría subjetiva de la participación

No está claro si esta teoría subjetiva fue el resultado de un esfuerzo doctrinal para distinguir entre autor y partícipe ante el fracaso de las teorías objetivas o todo lo contrario. Por lo menos, la posición subjetiva comenzó su competencia con la objetiva ya a comienzos del siglo XIX [37]. Con el apoyo de esta posición subjetiva la distinción entre autor y partícipe se encuentra en la intención del sujeto, en su ánimo [38]. Es considerado autor el sujeto que actúa con voluntad de tal (*animus autoris*), quiere el hecho como propio o tiene interés en el resultado, y partícipe, quien actúa con voluntad de tal (*animus socii*), quiere el hecho como ajeno y no tiene interés propio.

1013. Crítica a la teoría subjetiva de la participación

Esta posición no estuvo exenta de críticas y se afirmó que los *animus autoris* y *socii* no tienen ni realidad jurídica ni realidad normativa y si nos guiamos por una fórmula de puro ánimo existe el peligro de llegar al extremo de no tomar en cuenta la realidad fáctica: que el autor haya ejecutado una acción típica, lo que es una contraposición al principio de legalidad [39]. Tampoco resulta recomendable realizar la distinción entre autor y partícipe sólo en base a lo que declare el sujeto o a lo que piense el juez respecto a la subjetividad con el riesgo de una apreciación arbitraria. Como lo ha verificado la jurisprudencia alemana, esta distinción puramente subjetiva encierra graves inconvenientes político-criminales pues la "teoría del *animus* consiste en que ella permite tales manipulaciones –en virtud de lo cual no son los roles de la intervención, sino que la sanción deseada decide sobre los roles de la intervención–" [40].

1014. Rechazo en el Derecho peruano

Creemos que ni el concepto extensivo de autor, ni la teoría subjetiva de la participación han sido acogidos por el actual derecho penal peruano.

b.2. Concepto restrictivo de autor

1015. Concepto restrictivo de autor

Parte de un principio opuesto al concepto extensivo: no todo el que causa el delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el

---

distinguirá en orden al enjuiciamiento jurídico-penal, distintas formas de participación en el delito" (1949, II, p. 271).

[37] STRATENWERTH, 2005, p. 371, num. 9.

[38] BUSTOS, 1984, p. 326; CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 385; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, **en** AA.VV., 1997, I, pp. 916; GARRIDO MONT, 1984, p. 223.

[39] BACIGALUPO, 1984, pp. 183-184. *Vid.* otras críticas: GARRIDO MONT, 1984, p. 223 y ss.

[40] STRATENWERTH, 2005, p. 374, num. 14.

tipo. Causación no es igual a la realización del delito; para ésta es preciso algo más que la causación [41]. Como consecuencia de esta restricción en el concepto, los tipos de participación son sólo "causas de extensión de la pena", pues si no estuvieran previstas por la ley no serían punibles [42]. Los seguidores de esta teoría ubican la línea fronteriza entre autor y partícipe en el plano objetivo, pero no siempre, pues en el caso de la teoría del dominio del hecho incorporan criterios subjetivos. En este sentido, es posible distinguir tres direcciones: teoría objetivo-formal, teoría objetivo-material y teoría del dominio del hecho.

b.2.1. Teoría objetivo-formal

Busca limitar las consecuencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones y plantea el criterio del acto ejecutivo típico como elemento diferenciador entre autoría y participación. Lo decisivo es la realización de todos o algunos de los **actos ejecutivos** previstos expresamente en el tipo legal [43]. Es decir, parte de la literalidad de las acciones descritas en los tipos legales [44]. Es así que autor es quien realiza, en forma total o parcial, la acción ejecutiva adecuada al tipo, y partícipe es quien colabora en la realización del tipo sólo con una acción preparatoria o de auxilio [45]. Con el propósito de limitar el concepto de "acción ejecutiva" surgió la idea que autor era quien realizaba el tipo "personalmente". No obstante, este modelo no eliminó las dificultades [46].

1016. Teoría objetivo-formal

Sus inconvenientes se detectan como una consecuencia de la enorme restricción que el concepto de autor tiene en esta teoría. En ella no se puede comprender al autor mediato, ni al coautor en la mayoría de los casos; esto se debe a que ella prescinde por completo de los elementos subjetivos [47]. Debido a que se limita a la descripción legal, se le crítica que "muchos tipos se limitan a declarar el resultado, pero no los medios a través de los cuales puede lograrse, con lo cual cualquier contribución podría entenderse como acto ejecutivo previsto" [48]. En el ejemplo del jefe de la banda que no realiza ninguna acción descrita en el tipo, no se le considerará coautor y estará relegado a un segundo plano, en una posición de participación que resulta inadmisible. En este sentido, también falla al tratar de explicar los supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder [49].

1017. Críticas a la teoría objetivo-formal

---

[41] Mir Puig, 2004, p. 370, num. 18.

[42] *Loc. cit.*

[43] *Ibidem*, num. 19.

[44] Esta teoría surge en relación directa con la exigencia de respeto al principio de legalidad a través de la realización del tipo penal (Berdugo *et al.*, 1999, p. 288).

[45] Wessels, 1980, p. 153. Cfr. Creus, 1999, p. 384; Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 386.

[46] Stratenwerth, 1982, pp. 228-229.

[47] Cury, 1985, p. 233. *Vid.* Garrido Mont, 1984, p. 230; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 448.

[48] Lorenzo Salgado, 2003a, p. 139.

[49] Muñoz Conde, 1984, p. 200; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 448.

b.2.2. Teoría objetivo-material

1018. Teoría objetivo-material

Plantea el criterio de la *importancia objetiva de la contribución* para distinguir entre autor y partícipe, con lo que trata de indagar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución [50]. Así, autor será el individuo que aporte la condición objetiva más importante. En la relación causal, será autor quien produce la causa, y partícipe quien pone la condición [51].

1019. Críticas a la teoría objetivo-material

Se le critica por desconocer la importancia de lo subjetivo para determinar la autoría y el propósito de diferenciar entre condición y causa considerando que ciertas condiciones importantes son causas, pues dicha diferencia no puede obtenerse en el simple campo de la causalidad [52]. Por último, tampoco resuelve el problema del autor mediato y del coautor que objetivamente no interviene con una contribución importante [53].

b.2.3. Teoría del dominio del hecho

1020. Teoría del dominio del hecho

Formulada por WELZEL en 1939 "surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que es establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico" [54]. Actualmente y a pesar de sus deficiencias, la teoría del dominio del hecho sigue siendo dominante [55], y es el criterio diferenciador pues combina aspectos objetivos y subjetivos en el marco de un concepto restrictivo de autor.

1021. Autoría y participación en los delitos dolosos

En esta teoría sólo es atinado hablar de autoría y participación en los tipos dolosos. En ellos, autor es "solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin de acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" [56]. Quien domina finalmente la ejecución, decide cómo se realizará el delito, será el autor [57].

---

[50] MIR PUIG, 2004, p. 371, num. 22.

[51] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 442; CREUS, 1999, p. 385.

[52] MIR PUIG, 2004, p. 371, num. 24. GIMBERNAT (1966, pp. 120-121) afirma que la teoría objetivo-material no tiene apoyo en la teoría causal de la condición.

[53] BUSTOS, 1984, p. 325.

[54] WELZEL, 1976, p. 145.

[55] HURTADO POZO, 2005, p. 861, num. 2197; BUSTOS, 2004, I, p. 1072.

[56] WELZEL, 1976, p. 143.

[57] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 448; CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 389. Este concepto, con ser ambiguo es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe, porque por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no debe ser considerado autor (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 448-449).

Para WELZEL, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho. Pero no puede identificarse dolo y dominio del hecho, pues ello motivaría serias confusiones, ya que los partícipes también actúan con dolo pero no tienen dominio del hecho. El dominio del hecho y el dolo se superponen cuando se tratan de coautores y autor único que actúa sin partícipes, pero cuando en el hecho concurren cómplices o instigadores, el dolo resulta más amplio que el dominio del hecho [58].

1022. Dolo y dominio del hecho

Actualmente, se identifican tres formas de manifestación del dominio del hecho [59] [60].

Dominio de la acción. El autor realiza él mismo la acción típica. Se trata de la autoría inmediata, donde se indaga qué influencia ejerce la realización del tipo de propia mano sobre la autoría. "Quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor"[61].

1023. Dominio de la acción

Dominio de la voluntad. Se trata de la autoría mediata, donde el sujeto realiza el tipo mediante otra persona que le sirve de intermediario; aquel domina la voluntad del otro. Se busca señalar hasta qué punto un individuo, en virtud de su poder de voluntad, puede ser autor sin necesidad de intervenir en la comisión del delito. "Se trata de casos en los que falta precisamente la 'acción' ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de voluntad rectora"[62].

1024. Dominio de la voluntad

Dominio del hecho funcional. Se basa en la división del trabajo y sirve de fundamento a la coautoría. Se establece en qué medida un individuo, sin realizar la acción típica ni tener el poder de voluntad sobre el actuar de otros, sólo con su colaboración, puede llegar a ser considerado como elemento central en la comisión del delito. "Entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atiende unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro"[63].

1025. Dominio del hecho funcional

Señala ROXIN que la autoría puede presentarse por el dominio del hecho (delito de dominio) y por la lesión de un deber específico en los delitos de infracción de deber [64]. Con matices diferentes, JAKOBS formula la concepción del dominio del hecho en base a la responsabilidad de cada individuo. También delimita entre autoría

---

[58] ZAFFARONI, 1982, p. 309.

[59] ROXIN, 1998a, p. 147. Cfr. MIR PUIG, 1983, p. 153. WESSELS, 1980, p. 154; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 45-46; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 289.

[60] En la doctrina nacional asume esta posición: Luis M. BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 322; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 45; VILLA STEIN, 1998, p. 294.

[61] ROXIN, 1998a, p. 149.

[62] *Ibidem*, p. 164.

[63] *Ibidem*, p. 304.

[64] *Ibidem*, pp. 366 y ss., pp. 383 y ss. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/ CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 389.

y participación determinando las diferentes competencias de los que intervienen conjuntamente en el hecho delictivo [65]. Estas competencias son precisadas en base a dos modelos de regulación [66]: el modelo para los delitos de infracción del deber y el modelo para los delitos de dominio [67]. "En algunos delitos sólo cabe fundamentar la responsabilidad plena, es decir, en concepto de autor, mediante la lesión de un deber asegurado institucionalmente, responsabilidad que también está fundamentada siempre mediante la lesión de ese deber. Tales deberes afectan sólo al titular de un determinado estatus; las personas no obligadas por sí mismas pueden ser a lo sumo partícipes (delitos de infracción). No obstante, en la mayoría de los delitos la responsabilidad no se vincula a un deber especial, sino a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización (la organización en cuestión se suele denominar dominio del hecho, y por eso se llaman delitos de dominio)" [68] [69].

1026. Autoría en los delitos de dominio y de infracción de deber

---

[65] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 718, num. 1. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 33.

[66] JAKOBS, 1995, p. 718, num. 1.

[67] En nuestro medio GARCÍA CAVERO (2003, pp. 326 y ss.) desarrolla estas dos categorías en relación al sistema de imputación jurídico-penal del hecho en el marco del Derecho Penal económico.

[68] JAKOBS, 1995, p. 718, num. 2. Existen las siguientes regulaciones de la responsabilidad en virtud de organización en los delitos de dominio: "a) Puede haber sólo una persona que organice el delito; ésta es siempre responsable, es decir, autor, y realiza la ejecución del hecho siempre por sí mismo, es decir, actúa *de propia mano* (...). b) Puede haber varios que toman parte, coordinando mutuamente sus ámbitos de organización de tal modo que organizan conjuntamente un delito. Si ocurre esto –de un modo aún por concretar– mediante actos organizativos de la misma importancia, los partícipes son *coautores* (...); si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia se llaman partícipes, es decir, *inductores* (...) o *cómplices* (...) c) Finalmente, uno de los que toman parte puede someterse al ámbito de organización de otro: éste es entonces, independientemente de la responsabilidad del sometido, ya debido a tal sumisión, responsable prevalentemente, como autor mediato" (*Ibidem*, pp. 718-719, num. 3).

[69] Las dificultades que implica el contenido conceptual del dominio del hecho sólo son superables si se remite, en paralelo con las manifestaciones de división de trabajo, a distintos principios, en su caso acumulables: "Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (*dominio del hecho formal*, es decir, vinculado al tipo), están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (*dominio del hecho material como dominio de la decisión*) y el dominio del hecho a través de la configuración del hecho (*dominio del hecho material como dominio de la configuración*)" (JAKOBS, 1995, p. 741, num. 35). Cuando interviene un solo autor, éste decide y ejecuta el hecho de propia mano con una determinada configuración. "Cuando intervienen varias personas, por una parte, pueden distribuirse todos los elementos por partes iguales: Cada uno toma parte en los tres ámbitos de dominio. Por otra parte, el dominio también cabe dividirlo según su clase (...). En la medida en que el titular del dominio del hecho formal no se ve dominado por una autor mediato, en él reside al mismo tiempo el dominio de la decisión" (*Ibidem*). Establece JAKOBS que a la autoría hay que definirla como dominio, al menos en "uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del

§68. Autoría en delitos de dominio

a. Características generales

1027. Autor

El dominio sobre el hecho constituye la característica general de la autoría. ***Autor** es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado.*

1028. Autor en el Código Penal peruano

El artículo 23 del Código Penal se refiere al autor, al usar la frase "el que realiza por sí el hecho punible". El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 también utiliza la misma expresión. Dado que la intervención en el delito es única, esta forma de autoría no resulta problemática, ya que la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal corren por cuenta de éste[70].

1029. Autor inmediato

El **autor inmediato** es quien domina la acción realizando de manera personal el hecho delictivo. Esta forma de autoría es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal [71]. El sujeto realiza el hecho delictivo por sí mismo sin necesidad de la intervención o contribución de otros.

Jurisprudencia:

"En el proceso ejecutivo del delito es autor aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado" [72].

---

hecho, no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho" (*Ibidem*, p. 742, num. 35). Estos diferentes ámbitos de dominio se identifican en un punto: "Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad" (*Ibidem*).

[70] Cfr. Lorenzo Salgado, 2003a, p. 135.

[71] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 449.

[72] Sala Penal, R. N. 4354-97 Callao en Rojas Vargas, 1999, p. 159. Esta jurisprudencia utiliza, libremente, el término "propia mano" para la definición, pero no se refiere a los llamados delitos de propia mano. *Vid. infra* num. 1032. Situación similar se presenta en la Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2005, R. N. 3405-2004 Lima, segundo considerando (delito de robo agravado). Creemos que lo correcto sería utilizar esta expresión sólo cuando se trate específicamente de un delito de propia mano.

b. Características especiales

1030. Características especiales de la autoría

Además del dominio del hecho, en ciertos casos es preciso recurrir a otros elementos. A veces, los tipos legales establecen ciertos requisitos que operan como limitaciones al criterio del dominio del hecho, pero no lo niegan ni lo desplazan sino que lo complementan a nivel típico [73]. Sin embargo, es cierto que la teoría del dominio del hecho no permite una solución uniforme de los problemas que presenta la diferenciación entre autor y partícipe en la totalidad de los delitos.

1031. Autoría en tipos de tendencia

Tipos que incluyen elementos subjetivos diferentes del dolo, que se presentan en forma de intenciones, tendencias o actitudes, o que son características subjetivo-personales del autor [74]. Para determinar la autoría no sólo dependerá del dominio del hecho sino además que el sujeto actúe orientado por esta tendencia, propósito.

1032. Autoría en delitos de propia mano

En el caso de los **delitos de propia mano** (variedad de los delitos especiales o de infracción del deber), para ser autor se requiere la "realización corporal de la acción prohibida" [75]. Ejemplo: en el delito de violación en el supuesto de acceso carnal por vía vaginal (artículo 170, Código penal).

§69. Autoría mediata

1033. Autor mediato

Autor mediato es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario pero sólo él tiene el dominio del hecho [76]. El artículo 23 del Código Penal busca describir a la autoría mediata cuando usa la expresión "por medio de otro" [77]. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 también utiliza la misma frase. El concepto de autor mediato surge como consecuencia de la accesoriedad extrema, que exigía en el

---

[73] ZAFFARONI, 1982, p. 307.

[74] *Supra* núms. margs. 798 y ss.

[75] BACIGALUPO, 1984, p. 187.

[76] WELZEL, 1976, p. 147.

[77] Creemos que el concepto de autoría mediata no depende necesariamente para su reconocimiento de un dispositivo legal expreso pues está implícita en la noción de autor (teoría del dominio del hecho) (BACIGALUPO, 2004, p. 472). Sin embargo, no resulta negativa que la misma sea reconocida por el legislador, pues proporciona una mayor garantía de certeza jurídica.

autor inmediato también el requisito de la culpabilidad, pues de acuerdo a ese criterio los que instigaban a autores culpables resultaban impunes. Para evitar este inconveniente nació la teoría del autor mediato. Posteriormente se introdujo la accesoriedad limitada (bastaba que el hecho principal sea típico y antijurídico) la que, a pesar de sus postulados, no pudo eliminar el concepto de autoría mediata pues se considera que está demostrado que se trata de casos de autoría [78].

1034. Intermediario

Debe precisarse que al sujeto del que se vale el autor mediato no puede denominársele como un mero "instrumento". Este término "instrumento" viene siendo abandonado paulatinamente para ser sustituido por el de *persona interpuesta* o el de *hombre que actúa desde adelante*, y ello gracias al poderoso influjo de la teoría del dominio del hecho [79], y es más conveniente el utilizar estos términos en reemplazo del "instrumento", pues así no se prejuzga el grado de conocimiento o voluntad del mismo con respecto al hecho que lleva a cabo. A partir de la teoría del dominio del hecho se habla en estos casos de un dominio de la voluntad que ostenta el hombre que actúa desde atrás sobre la persona interpuesta. Nosotros usamos el término **intermediario**.

1035. Fundamento para la sanción del autor mediato

Lo característico de la autoría mediata radica en la situación que se encuentra el intermediario [80]. Este carece del dominio del hecho, por ende, se le imputa el hecho cometido al hombre de atrás por dos razones: "por una parte, porque el realizador material actúe sin libertad o sin conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando, engañando al instrumento, o utilizándole contando con su falta de libertad o su ignorancia de la situación (...). Por otra parte, es posible que la actuación del realizador material no pueda realizar el tipo pero sí permitir que con ella la persona de atrás lesione el bien jurídico protegido" [81].

1036. Teoría del dominio del hecho y autoría mediata

Consideramos que la teoría del dominio del hecho es la más adecuada para explicar el concepto de autor mediato. La *formal-objetiva* no alcanza tal fundamentación pues su punto de partida es demasiado estrecho. Por su parte, la *teoría subjetiva* tampoco sirve como un adecuado fundamento pues, al contrario de la formal-objetiva, extiende demasiado el concepto de autor. Esta teoría descuida la función objetiva del dominio final del

---

[78] Bacigalupo, 2004, p. 475.

[79] Ruiz Antón, 1982, p. 163.

[80] Cfr. Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 394

[81] Mir Puig, 2004, p. 379, num. 51.

hecho, pues prescinde que la persona interpuesta debe encontrarse en una posición subordinada en relación al autor mediato [82].

1037. Límite entre autoría mediata e instigación

Debemos señalar los límites existentes entre autoría mediata e *instigación*. Ambas figuras tienen en común la producción del resultado típico mediante la utilización de otra persona, pero se distinguen en que en la autoría mediata el ejecutor actúa sin voluntad propia del dolo, en cambio, en la instigación el ejecutor actúa con voluntad propia aunque viciada, es decir, no libre debido a que es manipulada por otro individuo [83].

a. Características de la autoría mediata

1038. Características de la autoría mediata

Podemos precisar dos características: posición subordinada del intermediario (razones de hecho y jurídicas) y rol dominante del mandante [84].

1039. Posición subordinada del intermediario

En la autoría mediata, lo importante es la relación existente entre el ejecutor material y el hombre de atrás, relación en la que el papel fundamental por el que se puede imputar la autoría a una persona deja de tenerla el ejecutor material, para derivarlo al hombre de atrás [85] y dicho rol fundamental se confirma, pues es el autor mediato quien tiene el dominio del hecho, de manera que el intermediario debe encontrarse en una situación de **subordinación** con respecto al autor mediato, por lo que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en la persona del hombre de atrás y referirse sólo a éste [86].

1040. Imputación sólo del autor mediato

La responsabilidad debe ser identificada en el autor mediato y no en el intermediario. Esta responsabilidad se da en virtud del superior dominio de la decisión: "al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato" [87]. Si el intermediario domina su acción, será autor inmediato, mientras que el hombre de atrás será un partícipe [88].

---

[82] WELZEL, 1976, p. 152.

[83] Cfr. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 622.

[84] WESSELS, 1980, p. 159.

[85] MIR PUIG, 2004, p. 379, num. 51.

[86] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 716. Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 446; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, **en** AA.VV., 1997, I, p. 940; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 47.

[87] JAKOBS, 1995, p. 763, num. 63.

[88] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 48.

Jurisprudencia:

"El autor mediato sólo debe responder en la medida que el hecho principal concuerda con su intención, no resultando responsable del exceso en que incurran los agentes a quienes utiliza, al no tener ya dominio ni control del hecho" [89].

c. Casos de autoría mediata

Antes de desarrollar los diversos casos de autoría mediata es conveniente indicar que no se acepta la autoría mediata en los supuestos que *falte la acción* del intermediario, particularmente si se utiliza sobre él fuerza física irresistible. Esto en razón que la autoría mediata no implica una utilización de las personas como meros objetos inertes, sino el empleo de sus acciones [90]. En este caso, consideramos que se trata de un supuesto de autoría directa pues la utilización meramente material de un hombre no se distingue del empleo de otro instrumento no humano. Ejemplo: el sujeto que empuja a otro con el propósito que caiga pesadamente y lesione a un tercero, es responsable por autoría directa. Adoptamos igual solución en los casos que el sujeto utilice como instrumentos a los animales o máquinas para cometer la infracción.

1041. Falta de acción del intermediario

c.1. Intermediario que actúa sin realizar lo injusto

c.1.1. Intermediario que actúa sin realizar el tipo objetivo

Es el caso del intermediario que no obra típicamente. Ejemplo: el sujeto que engaña a otro para que se autolesione.

1042. Intermediario de conducta atípica

En los casos de **delitos de propia mano**, es decir aquellos que exigen la realización personal de la acción típica, se niega toda posibilidad de ubicar casos de autoría mediata [91]. Ejemplo: no hay autoría mediata de violación sexual en el supuesto de acceso carnal por vía vaginal utilizando a otro como intermediario. De ser el caso, el hombre de atrás será imputado a título de participación. En estos casos, la perpetración mediata del hecho queda excluida. "Sin embargo, últimamente con muy buenos argumentos se ha puesto en discusión esta afirmación de carácter general" [92]. So-

1043. Negación de autoría mediata en delitos de propia mano

---

[89] Ejecutoria Suprema del 9 de octubre de 1997, Exp. 3840-97 Ayacucho **en** Rojas Vargas, 1999, p. 168.

[90] Jakobs, 1995, p. 763, num. 62.

[91] Cfr. Velásquez Velásquez, 2002, 446; Conde-Pumpido Ferreiro en AA.VV., 1997, I, p. 943.

[92] Bustos, 2004, I, p. 1078.

bre este aspecto existen dos posiciones: los que consideran que además del dominio del hecho se requiere la ejecución corporal de la conducta prohibida [93], y los que creen que no existe razón para excluir estos casos del dominio del hecho, pues no son supuestos en los que el dominio del hecho requiera además otro elemento complementario: la realización del tipo [94].

c.1.2. Intermediario que actúa sin realizar el tipo subjetivo

En principio, se presenta el caso del **intermediario que actúa sin dolo.** En este supuesto, el intermediario carece del dominio del hecho pues actúa sin dolo (no es posible la imputación subjetiva). Autoría mediata se presenta cuando el hombre de atrás coloca intencionalmente en un **error de tipo** al intermediario o, se aprovecha de un error ya existente. Es el autor mediato (hombre de atrás) quien posee el dominio del hecho y resulta indiferente que el intermediario actúe con culpa inconsciente siendo suficiente para comprobar el dominio del hecho que el autor mediato actúe dolosamente y que conozca la inobservancia del deber de cuidado del ejecutor [95]. Ejemplo: el médico que prepara una inyección mortal para su enemigo y se la entrega a la enfermera para que la aplique sin que ésta conozca el contenido letal. El médico es autor mediato pues tiene el dominio del hecho. Pero cuando ambos individuos conocen las circunstancias, en igual medida, no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro [96].

1044. Intermediario que actúa sin dolo

Constituye caso problemático cuando el ejecutor actúa en **imprudencia consciente** (o con representación). Si ambos perciben la situación del mismo modo habrá que admitir la existencia del dominio del hecho en el ejecutor y descartar la autoría mediata [97]. Sin embargo, la voluntad final de realización sólo se da en el que actúa por detrás, que conociendo la ligereza del otro, dirige de esta forma el suceso y, por tanto, puede ser considerado autor mediato [98]. Ejemplo: quien dispara confía en que no lesionará a la víctima mientras que otro que apuesta con él quiere precisamente que se produzca la lesión.

1045. Intermediario que actúa con culpa consciente

---

[93] STRATENWERTH, 2005, p. 377, num. 24.

[94] BACIGALUPO, 1984, p. 187.

[95] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 718.

[96] BACIGALUPO, 2004, p. 477.

[97] Cfr. ROXIN, 1998a, p. 203.

[98] Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 381, num. 35.

1046. Intermediario en error sobre la gravedad del injusto

Se rechaza la autoría mediata cuando se engaña a quien actúa dolosamente sobre la gravedad de lo injusto típico. Ejemplo: a quien le hacen creer que comete sólo una falta pero, en realidad, realiza un delito o, acerca de la existencia de una circunstancia agravante.

1047. Autoría mediata y complicidad

Un problema discutido se presenta cuando, a diferencia del intermediario, el autor mediato tiene conocimiento de la situación pero, no obstante ello, su papel se asemeja al de un cómplice. Ejemplo: Juan que remite unos muebles aparentemente heredados para su destrucción y presta los medios necesarios a Pedro quien conoce que los objetos son de propiedad de un tercero y al mismo tiempo tiene conciencia del error de fondo. ¿Será Pedro autor mediato de la apropiación ilícita y el daño? Está claro que los presupuestos intelectuales del dominio del hecho sólo se dan en Pedro, pero la duda está en que éste no impulsa el suceso que configura el tipo legal sino que sólo presta una colaboración subordinada. Para STRATENWERTH, tal aporte es suficiente pues considera que será autor mediato "quien 'favorece' un mero suceso natural" [99].

1048. Intermediario que actúa sin tendencia

Es posible también que el ejecutor que actúa dolosamente intervenga sin el propósito específico requerido por el tipo (**elemento subjetivo del tipo** diferente del dolo). A nuestro criterio, es factible la autoría mediata del hombre de atrás que actúa con el elemento subjetivo especial, si se vale de la acción del ejecutor [100].

c.1.3. Intermediario que actúa en cumplimiento del deber

1049. Intermediario que actúa en cumplimiento del deber

Pueden presentarse otros supuestos especiales en los que el intermediario actúa en **cumplimiento de su deber de función y profesión**, el policía que practica de buena fe una detención en virtud de una acusación falsa o, el juez que afecta injustamente a los derechos de un inocente debido a un engaño. El autor mediato que engaña tiene el dominio del hecho fundado en su mayor conocimiento de la verdad de los hechos [101]. Por el contrario, una denuncia verdadera jamás determina autoría mediata, pues se ajusta a derecho sin importar la intención.

Jurisprudencia:

"La conducta de la secretaria del implicado principal, consistente en transcribir los contratos de crédito fiscal, desarrollada en función de su condición laboral, no configura prueba fehaciente de comisión delictiva, ya que dicha procesada se sujetaba al cumpli-

[99] *Ibidem*, num. 36.

[100] BACIGALUPO, 1984, p. 186.

[101] BACIGALUPO, 2004, p. 479.

miento de órdenes, sin que hubiera tenido en momento alguno dominio sobre el desarrollo del suceso delictual, cumpliendo pasivamente su rol de secretaria dependiente; por lo que es del caso absolverla" [102].

c.1.4. Intermediario que actúa justificado

El hombre de atrás es el que posee el dominio del hecho respecto de la comisión delictiva, en tanto que el ejecutor se encuentra amparado por una causa de justificación. Para afirmar el dominio del hecho, el hombre de atrás debe utilizar al ejecutor como un intermediario de su realización típica y antijurídica colocándolo en una posición subordinada [103]. En un primer supuesto el ejecutor puede actuar en **legítima defensa**. Ejemplo: el sujeto que intencionalmente origina una situación de legítima defensa para que el defensor vulnere al agresor. El autor mediato tiene el dominio del hecho tanto frente al agresor como al defensor [104]. Será diferente si el hombre de atrás se encuentra ante una situación de legítima defensa del mediador originada sin su participación y le anima a ejercer la defensa necesaria, en cuyo caso, como auxiliar en la legítima defensa no se admitirá la autoría mediata [105].

1050. Intermediario que actúa justificado

c.2. Intermediario que actúa sin posibilidad de imputación personal

Si bien es cierto que de acuerdo al criterio de la accesoriedad limitada, para la punibilidad del partícipe basta que el hecho principal sea típico y antijurídico y, consecuentemente, es factible la posibilidad que se castigue sólo como partícipe a quien interviene en un hecho ejecutado por un sujeto que actúa sin culpabilidad, también es cierto que el hombre de atrás puede ser sancionado como autor mediato, dado que el dominio del hecho puede concernir a los participantes en forma graduada. Para precisar la distinción es fundamental determinar si el "dominio de la acción" del agente inmediato está sobrepuesta por el "dominio de la voluntad" del mandante [106].

1051. Intermediario que actúa sin imputación personal

---

[102] Ejecutoría Suprema del 25 de mayo de 1998, Sala B, Exp. 843-98 Lima, en AA.VV., 2004, p. 902.

[103] WELZEL, 1976, p. 151.

[104] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 719.

[105] Cfr. MAURACH, 1962, p. 324.

[106] WESSELS, 1980, p. 160. Para ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, cuando el ejecutor comete un injusto inculpablemente no hay autoría mediata sino instigación (2000, p. 749).

c.2.1. Intermediario menor de edad o inimputable

1052. Intermediario menor de edad o inimputable

Cuando el autor mediato utiliza a un menor de edad o a un inimputable (anómalo psíquico, etc.), dicha autoría se acepta cuando éste tiene el dominio del hecho, sea porque conocía la inimputabilidad del sujeto y se aprovecha de dicha situación, o el autor mediato ha producido intencionalmente la incapacidad de culpabilidad del ejecutor. Ejemplo: lo embriaga. Pero si el inimputable adoptara una resolución propia, actuara con voluntad propia, deberá afirmarse que conserva el dominio del hecho por lo que sólo se admitirá la instigación de parte del hombre de atrás [107].

c.2.2. Intermediario en error de prohibición

1053. Intermediario en error de prohibición

Cuando el autor mediato se vale de un intermediario que obra en **error de prohibición invencible** se acepta la autoría mediata no sólo cuando provoca dolosamente el error, sino también cuando conoce y se aprovecha de esa circunstancia [108]. Si el intermediario actuase en **error de prohibición vencible** se sostiene que la actuación del hombre de atrás quedará convertida en participación pues el ejecutor habrá actuado con culpabilidad atenuada, pero plenamente responsable [109].

c.2.3. Intermediario inexigible

1054. Intermediario que actúa coaccionado

Es el supuesto del **intermediario que actúa coaccionado**. El coaccionado actúa con dolo, tiene el dominio del hecho para cuya realización es coaccionado y también tiene la posibilidad de actuar de otra manera. No se sostiene en forma unánime la autoría mediata, en todo caso, para fundamentarla deberá comprobarse el grado de coacción y la influencia de ésta sobre la responsabilidad jurídico-penal del intermediario [110]. Pueden presentarse dificultades cuando el que coacciona no posee la

---

[107] Welzel, 1976, p. 149. "Así, acierta Welzel al decir que también los enfermos mentales pueden desplegar una voluntad propia; pero si el defecto reside en el plano intelectual, la libertad de decidir no obsta para el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Aquí se ignora (como ocurre con tanta frecuencia) que la estructura del dominio de la voluntad en casos de defectos de comprensión del ejecutor directo es completamente distinta que allí donde reside en la dirección de la formación de voluntad del ejecutor " (Roxin, 1998a, pp. 259-260).

[108] Diferente: Welzel, 1976, p. 148.

[109] Jescheck/Weigend, 2002, p. 720.

[110] Stratenwerth, 2005, p. 390, num. 57.

calificación de autor requerida para una autoría [111]. Ejemplo: el sujeto que coacciona a un policía para que éste cometa un delito funcional. Consideramos que en este supuesto debe mantenerse el criterio de la instigación.

1055. Intermediario que actúa en estado de necesidad

También se presenta el caso del **intermediario que actúa en estado de necesidad exculpante**. Se considera que es autor mediato el sujeto que coloca al ejecutor en una situación de estado de necesidad, de la que sólo puede librarse mediante la comisión del delito perseguido por el autor mediato. No se admite la autoría mediata si éste se encuentra en una situación preexistente y se limita a estimular al que actúa en estado de necesidad [112]. Consideramos que esta regla vale tanto para el caso de estado de necesidad como causal de inculpabilidad como para el supuesto del estado de necesidad justificante.

1056. Intermediario que actúa en obediencia jerárquica

El **intermediario que actúa en obediencia jerárquica**. No dudamos que es autor mediato el superior que emite una orden al subordinado, y éste quien la ejecuta, si bien obra antijurídicamente, queda exculpado por la inexigibilidad (artículo 20, numeral 9, Código penal).

1057. Intermediario que obra en miedo insuperable

Finalmente, el supuesto del **intermediario que obra por miedo insuperable** siendo el autor mediato quien le causa el miedo para que delinca.

c.3. Intermediario que actúa dentro de un aparato de poder

1058. Intermediario que actúa dentro de un aparato de poder

Entendemos por aparato de poder aquel generalmente organizado por el Estado, con cuya ayuda el inspirador puede consumar sus delitos sin necesidad de trasladar a los ejecutores la decisión autónoma sobre la realización. Dentro de estas organizaciones estructuradas jerárquicamente siempre el que da las órdenes mantiene el dominio del hecho, mientras que el intermediario ejecuta siguiendo los planes o directrices diseñados por el hombre de atrás. El intermediario puede ser reemplazado, incluso puede el que da las órdenes desconocerlo [113].

1059. Responsabilidad de altos dirigentes de aparatos políticos

Con esta construcción dogmática se busca dar respuesta a la responsabilidad penal de los altos dirigentes de aparatos políticos [114]. Pero dicho aparato de poder no necesariamente debe tener carácter estatal, también puede tratarse de una organización armada no estatal y con fines

---

[111] WELZEL, 1976, p. 148.

[112] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 720.

[113] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 54. *Vid.* la autoría mediata en la parte general del Derecho Penal Internacional en Kai AMBOS, 2005, pp. 195 y ss.

[114] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 292.

delictivos [115]. Además, se discute la extensión del dominio de organización a los directivos de empresas en relación a sus subordinados [116].

Un sector de la doctrina [117] entiende que en los casos de los delitos organizados a través de un aparato de poder es admisible la existencia de la *autoría mediata*, sin negar que el ejecutor es plenamente responsable y, por ende, punible como autor [118]. Parten del criterio que un alto funcionario de la dirección de una organización que se ocupe de consumar, por ejemplo, atentados políticos, domina la consumación del hecho de un modo distinto a la del simple instigador, pues el mandante tiene en el marco del acontecimiento total una posición clave que no es admisible identificar con la de un instigador [119]. Queda claro que una organización de ese tipo tiene una vida totalmente independiente a la variación de sus miembros. Las *objeciones* a esta posición son diversas. *Primera*, se niega que el hombre de atrás pueda estar más seguro de la realización del tipo que un instigador que deja la decisión sobre la ejecución al autor. *Segunda*, se afirma que no se presentaría el mismo hecho cuando la ejecución de la orden sea asegurada cambiando al autor inmediato. *Tercera*, se objeta que el dominio de la organización fracasaría para llevar a efecto el plan delictivo si en él se consideraran a personas irremplazables, indispensables, es decir especialistas para obtener el resultado (en este caso se presentaría la inducción) [120].

1060. Autoría mediata de quien actúa en un aparato de poder

---

[115] Gómez Benítez, 1984, p. 112 (artículo: el dominio del hecho en la autoría).

[116] *Vid.* García Cavero, 2003, p. 344.

[117] Roxin 1985, pp. 401 y ss., 1998, pp. 267 y ss.; Stratenwerth, 2005, p. 393, num. 65. Wessels, 1980, p. 161. Bacigalupo, 1998, p. 372. Gómez Benítez, 1987, p. 403.

[118] Roxin, 1985, p. 403. A favor de la autoría mediata, Meini Méndez, quien sostiene que "el dominio de la organización en virtud del cual se fundamenta la autoría mediata del hombre de detrás en los aparatos de poder, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también un autor responsable, consistente en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar a cabo las órdenes que desde instancias superiores reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno. La ajenidad al Derecho del aparato pierde sentido como elemento del dominio sobre la organización, pues el concepto de Ordenamiento jurídico al cual se opone el funcionamiento del aparato (principios de los Estados democráticos) no tiene un valor especial como modelo normativo orientador de conductas en los aparatos de poder. El dominio sobre la organización es también aplicable a la criminalidad empresarial y gubernativa, aunque las propias características intrínsecas de las empresas determinan que ello sea poco frecuente" (2003a, p. 300). *Vid.* Revilla Llaza, en AA.VV., 2004, pp. 890 y ss.

[119] Roxin, 1985, p. 402; idem, 1998a, p. 270.

[120] Roxin, 2004e, p. 229. *Vid.* tab. las repuestas a estas observaciones.

Jurisprudencia:

"Es necesario mencionar que contra la tradicional concepción de la autoría mediata, que definía al ejecutante directo del delito como mero instrumento desprovisto de voluntad y en consecuencia no pasible de responsabilidad penal frente al resultado producido, está la posición doctrinal que concibe esta forma de autoría sin excluir la posibilidad de sancionar penalmente al ejecutor directo del delito; ello se explica a través de la teoría del dominio, según la cual el 'hombre de atrás' –en términos de ROXIN– es quien controla el resultado típico, aun cuando ni siquiera se asome a la escena del crimen; este tipo de autoría tiene lugar en el marco de estructuras organizadas, en las que el fin único de las conductas confluye en la realización del resultado típico" [121].

1061. Fungibilidad de los ejecutores

La solución de la autoría mediata sustenta el dominio de la voluntad en la *fungibilidad de los ejecutores* [122]. Es por ello que se exige que la organización tenga una cantidad considerable de personas a su servicio, que permita el cambio de ejecutor si este se niega a cumplir la orden, además, se requiere que el hombre de atrás tenga un *poder considerable* al interior de la organización "y no podrá ser un mero 'cartero' cuando deba tomar parte en el dominio sobre el acontecer" [123].

1062. Límites a la autoría mediata de quien actúa en un aparato de poder

Si bien son sugestivos los conceptos de esta posición, a nuestro criterio la figura de la autoría mediata no puede utilizarse sin límites, pues cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata [124].

1063. Coautoría de quien actúa dentro de un aparato de poder

Frente a esta posición excepcional de autoría mediata han surgido otras corrientes: quienes pretenden introducir estos casos en la figura de la *autoría intelectual* (entendida como una forma de autoría) [125], *inducción* [126] y quienes han tratado de resolver este supuesto como *coautoría* [127]. La solución de la coautoría se basa en que el hombre de atrás (quien domina la organización) tiene el co-dominio del hecho, dándose el carácter co-

---

[121] Ejecutoria Suprema del 16 de marzo de 2000, Exp. 5049-99 San Román-Juliaca **en** AA.VV., 2004, p. 904.

[122] ROXIN, 1998a, p. 270.

[123] STRATENWERTH, 2005, p. 395, num. 67. Cfr. IDEM, 1982, p. 243, num. 792. Sobre esta posición vid. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 747-748.

[124] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 722.

[125] JOSHI JUBERT, **en** LASCANO, 2001, pp. 359-360. CURY, 1985, pp. 245 y ss. SALAZAR MARÍN, 1987, p. 38.

[126] *Vid.* ROXIN, 2004e, p. 236.

[127] En la experiencia nacional se ha preferido la figura de la coautoría, *vid. Informe de la Comisión de la Verdad*, Lima, 2004, t. I, p. 235.

mún de la decisión delictiva por el hecho de la pertenencia a la organización [128]. Sin descartar esta posibilidad, debe señalarse que también cuenta con diversas *observaciones. Primera*, falta una resolución común hacia el hecho que es un presupuesto de la coautoría. *Segunda*, falta una ejecución conjunta del hecho y es que "el autor de escritorio" no ejecuta nada personalmente, tampoco se podría hablar de "división de trabajo". *Tercera*, si se admitiera la coautoría se difuminaría la línea divisoria entre autoría mediata y coautoría, en tanto que la primera tiene una estructura vertical y la coautoría una estructura horizontal [129].

§70. Coautoría

1064. Coautoría

La coautoría es una forma de autoría, con la peculiaridad que en ella el dominio del hecho es común a varias personas. Coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, en co-dominio del hecho (dominio funcional del hecho).

1065. Dominio funcional del hecho

Se presenta así un *dominio funcional del hecho*, donde se distingue claramente a la coautoría como una división de trabajo, en la que no basta cualquier aporte dentro de la distribución de funciones [130]. "En base al principio de división del trabajo acordada, las piezas parciales se disuelven en una prestación colectiva unitaria, de forma que cada individuo obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo" [131].

Jurisprudencia:

"La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional" [132]. En otro caso: *"La intervención dolosa del acusado en la ejecución de los ilícitos se califica como esencial y no accesoria o secundaria, cuando se actúa con dominio funcional del hecho en la etapa de ejecución, esto es, dando una parte significativa cuya ausencia hubiera determinado el fracaso del plan de ejecución, consideraciones estas que permiten unificar la imputación a título de coautores"* [133].

---

[128] Por todos: Jescheck/Weigend, 2002, p. 722. Para Jakobs habrá coautoría en los supuestos normales; y en los demás casos, queda la inducción (1995, p. 784).

[129] Roxin, 2004e, pp. 232-235.

[130] López Barja de Quiroga, 1996, p. 63. Cfr. Pérez Alonso, 1998, p. 215.

[131] Pérez Alonso, 1998, p. 210.

[132] Ejecutoria Suprema del 9 de octubre de 1997, Exp. 4484-97 Cañete en Prado Saldarriaga, 1999, p. 159.

[133] Ejecutoría Suprema del 19 de octubre de 1998, Exp. 3335-98 Huánuco en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, Nº 1, Trujillo, 1999, p. 328.

1066. Definición normativa de coautoría

El artículo 23 del Código Penal da una referencia sobre la coautoría, con la expresión *"los que lo cometan conjuntamente"*. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 utiliza la misma expresión. Pero consideramos que la coautoría, para su existencia dogmática, no requiere de un reconocimiento legal, pues está implícita en la noción de autor, siendo innecesaria una disposición expresa sobre ella [134].

a. Requisitos

1067. Requisitos de la coautoría

En la coautoría todos se reputan autores, siendo menester que en cada uno de ellos concurran las características típicas exigidas para ser autor [135]. Para determinar el co-dominio del hecho, que fundamenta la coautoría, se requieren dos condiciones: la *decisión común* y *realización en común* (división del trabajo). Es necesario establecer que la idoneidad de cada autor no sólo responde por su aporte, sino también por los aportes de los demás intervinientes [136].

Jurisprudencia [137]:

"Si los acusados tomaron parte conjuntamente en la ejecución del delito, compartiendo un codominio del hecho, debe considerárseles como coautores del delito y no como autores individuales del hecho punible" [138]. En otro caso: *"Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una división del trabajo o distribución de funciones; b) aporte esencial, de modo que si uno de los intervinientes hubiera reiterado su aporte pudo haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene un dominio parcial del acontecer"* [139]. En un tercer caso: *"Que en cuanto al título de su intervención, sin duda alguna, los acusados tienen la condición de coautores, pues de común acuerdo –tanto más si se trataba de un*

---

[134] BACIGALUPO, 2004, p. 472. ZAFFARONI considera que la coautoría tiene una clara base óntica, sostiene, además, que es necesaria una base legal (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 752).

[135] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 64.

[136] *Loc. cit.*

[137] Otra jurisprudencia: *"Al haber intervenido dos personas al girar el documento, se trata de una coautoría, al haberse reunido los requisitos de ésta, es decir decisión común, aporte esencial y haber tomado parte en la fase de ejecución"*. Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia del 14 de setiembre de 1998, Exp. 3471-98 **en** BACA CABRERA/ROJAS VARGAS/NEIRA HUAMAN, 1999, p. 383. *"La coautoría exige tres requisitos que la configuran: decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer"*. Ejecutoria Suprema del 6 mayo de 1999 Cañete **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 1999, Año I, Nº 2, p. 326.

[138] Sala Penal, Exp. 4165-97 Ica, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 156.

[139] Sala Penal, R. N. 6017-97 Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 161.

asesinato en el que debían extremar las medidas que era del caso implementar para garantizar el éxito de su objetivo, planificarlo debidamente y contar con varios ejecutores materiales–, llevaron a cabo todas las acciones imprescindibles que según el plan criminal acordado debían realizarse; que la ejecución del hecho importó, como se ha sostenido, el concurso de numerosas personas dedicadas a seguir el vehículo de la víctima, fijar la cobertura de seguridad –en el ataque y huida– de los delincuentes, interceptar el automóvil, irrumpir violentamente en él, eliminar a todo aquel que se interpusiera en su ejecución, dar muerte a la víctima sin importar que en su desarrollo se tenga que atentar –como ocurrió en el presente caso– contra otras personas que impidieran su objetivo principal y, finalmente, huir sin mayores dificultades y con el menor perjuicio posible a sus integrantes"[140].

a.1. Decisión común

La **decisión común** fundamenta y limita la unidad de la coautoría, en consecuencia, determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas [141]. Es difícil determinar esta decisión común, pues, por ejemplo, el simple estar de acuerdo con los que actúan dolosamente no será suficiente, pues esto también existe entre el autor y el cómplice [142]. Este concierto de voluntades determina la división de funciones en el proceso ejecutivo, ejemplo, el autor ata a la víctima, el otro le sustrae su dinero. Dentro de esta división de funciones podemos diferenciar dos formas de coautoría: una *coautoría no ejecutiva*, donde se identifican a los autores que realizan labores de planeación, dirección y coordinación de las funciones de ejecución; y, una *coautoría ejecutiva*, que comprende a los autores que realizan las labores propias de comisión del delito [143]. A su vez, la coautoria ejecutiva puede ser *directa*, cuando todos los autores realizan los actos ejecutivos; o *parcial*, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas [144].

1068. Decisión común

---

[140] Ejecutoria Suprema del 21 de julio del 2004, R. N. 1260-2004, considerando décimo tercero.

[141] Jurisprudencia: *"La coautoría se fundamenta en la decisión común de las partes en realizar un delito"*. Exp. 2874-94-Lima, en *Anales Judiciales*, T. LXXXIII, p. 310. Sin embargo, Mazuelos Coello considera que la "coautoría no se fundamenta más en la decisión común hacia el hecho en el sentido de un acuerdo mutuo, sino desde el concepto de 'decisión de adaptación' (*Einpassungsentschluss*), que sirve de conexión entre la contribución de aquel que no actúa directamente, pero que interviene coejecutando el hecho, de tal forma que lo configura con el hacer de quien ejecuta el hecho directamente" (2003, p. 458).

[142] Stratenwerth, 2005, p. 399, num. 83.

[143] Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 452; Fernández Carrasquilla, 1998, II, p. 399.

[144] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 452.

Jurisprudencia:

"Los acusados tuvieron el codominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto planificaron y acordaron su comisión, distribuyéndose los aportes en base al principio de la distribución funcional del trabajo que genera lazos de interdependencia entre los agentes; en el caso de autos, la participación del primer acusado es la de ejecutor en sentido estricto, mientras que la del segundo corresponde a la de actor vigilante; ambos imputables a título de coautoría y sometidos a igual sanción penal"[145].

1069. División de tareas: diferencia entre autor y cómplice

El co-dominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta, pero el problema se presenta al tratar de identificar la decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la *división de tareas* acordadas entre autor y cómplice. Creemos que el criterio correcto de distinción está en si la división de tareas acordadas importa o no *subordinación* de unos respecto de otros [146]. En consecuencia, existe coautoría si no hay subordinación. No nos cabe duda que debe además recurrirse a comprobar la realización común del hecho [147]. Ejemplo, coautor: el sujeto que previo acuerdo, se encargará de amenazar al público en robo a un Banco, mientras otros ejecutan; complicidad: el sujeto *subordinado* que preparará las armas para el robo.

Jurisprudencia:

"Los procesados tienen la calidad de coautores, al concurrir el dolo común o mancomunado y la ejecución común del hecho, que son los elementos que caracterizan la coautoría; que en el caso de autos ha quedado demostrado que cada uno de los referidos acusados ha prestado un aporte en la realización del plan, por lo que distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención, en virtud al reparto funcional de roles"[148]. En otro caso: *"En virtud del principio del reparto funcional de roles las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor"*[149].

1070. Principio de imputación recíproca

Este acuerdo mutuo convierte las distintas contribuciones en partes de un plan global y da origen al **principio de la imputación recíproca**: todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a los demás [150][151].

---

[145] Sala Penal, R. N. 4647-95 Lambayeque, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 164.

[146] Cfr. BACIGALUPO, 2004, p. 472.

[147] STRATENWERTH, 2005, p. 402, num. 90.

[148] Ejecutoria Suprema del 26 de marzo 1999, **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 102.

[149] Ejecutoria Suprema del 6 de abril del 2000, Exp. 490-99 Cono Norte de Lima **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, Nº 27, Lima, 2000, p. 318.

[150] MIR PUIG, 2004, p. 390, num. 2. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 393.

[151] En el mismo sentido la jurisprudencia: *"Cada coautor complementa con su parte al hecho, en que todo lo que haga cada uno de ellos es imputable a los demás"*. Exp. 2874-94-Lima **en** *Anales Judiciales*, T. LXXXIII, p. 310.

1071. Momento del acuerdo

Generalmente, el acuerdo mutuo se puede realizar antes de iniciado el hecho delictivo hasta su consumación; así, si el hecho delictivo ya ha comenzado a ejecutarse por otros, puede incorporarse en la comisión un nuevo individuo sumando su voluntad a la de los demás [152].

1072. Exceso en la coautoría

Es importante determinar las características de la decisión común, pues ella permitirá una mayor precisión de la responsabilidad del coautor, de tal manera que cada coautor responde del resultado únicamente en relación a la decisión común. En consecuencia, el coautor no responde del *exceso* en que pudiera haber incurrido algunos de los otros [153]. Ejemplo: dos sujetos se ponen de acuerdo para robar en un establecimiento comercial y uno de ellos circunstancialmente encuentra en el lugar a otro a quien decide matar.

a.2. Realización común (aporte objetivo del hecho)

1073. Realización común

Se exige que el sujeto haga un aporte objetivo al hecho, este aporte objetivo se encuentra en una relación de interdependencia funcional asentada sobre el principio de la división del trabajo [154], es decir, que cada coautor complemente con su parte en el hecho a la de los demás en la totalidad del delito, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos [155].

1074. Naturaleza del aporte

Para determinar la coautoría debe analizarse la naturaleza del aporte al hecho, pues ella establecerá la existencia o no del co-dominio del hecho. Si los sujetos que actúan en común acuerdo, individualmente considerados, realizan la acción serán coautores, salvo que se exijan calidades especiales requeridas por el tipo [156].

1075. Autoría directa y coautoría

Ninguno de los intervinientes debe de realizar totalmente el tipo penal, no debe existir en uno solo el dominio del hecho en su totalidad, pues implicaría la concurrencia de un autor directo y los demás individuos se

---

[152] Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 393. Cfr. Lorenzo Salgado, 2003a, p. 142; López Barja de Quiroga, 1996, p. 64.

[153] Wessels, 1980, p. 158. Cfr. Velásquez Velásquez, 2002, p. 448.

[154] Ruiz Antón, 1982, p. 176.

[155] Welzel, 1976, p. 155. Wessels, 1980, p. 157. Bacigalupo resume con la siguiente fórmula práctica: "habrá co-dominio al hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse" (2004, p. 473). Conde-Pumpido Ferreiro lo compara como un "*puzzle*" en que cada coautor pone una pieza hasta formar la figura final: el pleno acto típico (**en** AA.VV., 1997, I, p. 938).

[156] Stratenwerth, 2005, p. 403, num. 91.

reputarían partícipes [157]. Será coautor quien realiza parcialmente las características del tipo, siempre que, considerando todos los aportes en su conjunto, originen el tipo.

1076. Carácter colectivo de la intervención de los coautores

Para calificar la coautoría, es esencial tomar en cuenta la conducta de los sujetos en forma colectiva, los que intervienen como tal en la ejecución del delito. "La coautoría no es una 'suma de autores', sino una suma de acciones que contempla la autoría"[158]. No sólo se deben considerar coautores a los que ejecutan en sentido estricto el delito sino también a todos los que aporten una parte esencial al plan de ejecución. Aquí radica la gran deficiencia de la *teoría formal-objetiva*, la que resulta ineficaz para precisar la coautoría por restringir excesivamente su ámbito [159].

1077. Aporte y *conditio sine qua non*

Se limita el aporte objetivo desde el inicio de ejecución hasta la consumación, siempre que este aporte sea de tal importancia hasta el extremo que el hecho "no habría podido perpetrarse" sin su existencia. Entendemos que esta idea guarda relación con la teoría de la *conditio sine qua non*, que puede resultar útil de tal manera que si suprimimos mentalmente el aporte y la ejecución no puede llevarse a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario [160].

1078. Aporte necesario

En consecuencia, si el aporte necesario se practicó durante la ejecución los sujetos serán coautores, si el aporte necesario (auxilio o cooperación) fue durante la preparación del delito el sujeto será un cómplice primario; si el aporte era prescindible será una complicidad secundaria (artículo 25, Código penal).

Jurisprudencia:

"La calidad de los agentes debe calificarse como la de coautores, mas no cómplices, cuando el interés demostrado por éstos y la decisión de disposición la realizan con total autonomía y sin sujeción ni dependencia de persona alguna" [161].

Sin embargo, estos lineamientos son sólo una orientación pues la delimitación es compleja. Así, en la planificación y ejecución de un delito podrá

---

[157] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 292. Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 449.

[158] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, **en** AA.VV., 1997, I, p. 939.

[159] BUSTOS, 2004, I, p. 1079.

[160] BACIGALUPO, 1984, p. 199. Cfr. IDEM, 1998, p. 367.

[161] Ejecutoria Suprema del 25 de marzo de 1999. Exp. 201-99 Lima **en** *Normas Legales*, T. 276, 1999, p. A-7.

calificarse la coautoría aun cuando el organizador no esté presente en la ejecución y se comunique telefónicamente con los actores. Para nosotros, el sujeto tiene el co-dominio del hecho pues el plan da sentido al comportamiento de los otros coautores. Ejemplo: el jefe de una banda de contrabandistas que da la orden en el momento preciso para el ingreso de la mercadería.

1079. Coautor que no participa en la ejecución

Jurisprudencia:

"Si bien el procesado no participó en la fase ejecutiva del delito, ha planificado su realización, como también aportó los elementos necesarios para su ejecución, fundamentos por los cuales es coautor" [162]. En otro caso: *"La coautoría no sólo es la ejecutiva –directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas– sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución, que es el caso del co-dominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos"* [163].

b. Elementos especiales

Para la coautoría en *tipos legales que exigen un elemento subjetivo distinto del dolo*, deberá comprobarse su existencia. Si el sujeto careciere de ellos no podrá ser considerado coautor, de ahí que la fórmula "*los que lo cometan conjuntamente*", del artículo 23 del Código Penal, no constituya una regla absoluta sobre la coautoría.

1080. Coautoría en tipos de tendencia

En los casos de **delitos de propia mano** no es admisible configurar la coautoría, ya que estos implican una realización corporal directa del propio autor de la conducta típica, aun cuando la aportación de los otros intervinientes constituyan elementos importantes en la comisión delictiva, debiendo entenderse más bien como partícipes [164].

1081. Coautoría en delitos de propia mano

---

[162] Ejecutoría Suprema del 20 de noviembre de 1997, Exp. 3900-97 Lima **en** Rojas Vargas, 1999, p. 293.

[163] Ejecutoria Suprema del 29 de diciembre del 2004 R. N. 2220-2004 Ayacucho, considerando sexto.

[164] Así también lo consideran: Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 399; Fernández Carrasquilla, 1998, II, p. 400. En la doctrina nacional: Peña Cabrera, 1988, p. 348; Villa Stein, 1998, p. 305. En contra: López Barja de Quiroga, 1996, p. 73.

c. Coautoría sucesiva

A partir del acuerdo mutuo en virtud del cual los coautores se reparten las funciones, se pueden detectar problemas en relación a los sujetos que se incorporan durante una realización del hecho delictivo ya iniciado. El acuerdo mutuo normalmente se realizará previamente a la comisión del hecho, pero esto no quita la posibilidad que se realice también durante la ejecución[165]. Estos supuestos de coautoría se presentan generalmente en aquellos delitos que en su ejecución requieren de una actividad prolongada más o menos en el tiempo[166]. Ejemplo: los ladrones que luego de haber destruido la cerradura de un local comercial se apoderan de mercadería que luego depositan en el domicilio de otro, este último se incorpora y se dirige con los ladrones para apoderarse del resto de la mercadería. Para nosotros, la intervención del sujeto sólo puede ser hasta antes de la consumación del delito. En cuanto a la responsabilidad, el coautor sucesivo no responde por las conductas realizadas anteriores al comienzo de su participación, pues lo contrario implicaría el reconocimiento de un *dolo subsequiens*[167]. Ejemplo: en el caso descrito, sólo responde por el delito de hurto y no por el robo.

1082. Coautoría sucesiva

d. Coautoría alternativa

Siguiendo el acuerdo común, los coautores realizan su propio aporte potencial que resulta idóneo para la comisión típica, pero sólo una de ellas se ejecutará excluyendo la posibilidad a las restantes. "La preparación y disposición conjunta de todos los intervinientes tiene el sentido de cubrir todas las posibilidades fácticas de ejecución y, de esta forma, garantizar la segura producción del resultado"[168]. Estamos ante una coautoría de realización comisiva alternativa de los aportes de cada interviniente[169]. Ejemplo: dos sujetos que decididos a matar a otro para apoderarse de su dinero se separan en lugares distintos a la espera

1083. Coautoría alternativa

---

[165] PÉREZ ALONSO, 1998, p. 292.

[166] GARRIDO MONT, 1984, p. 328.

[167] STRATENWERTH, 2005, p. 402, num. 88. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO **en** CALDERON CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 393; MANTILLA NOUGUÉS/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 244; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998, II, p. 400. *Vid.* BUSTOS, 2004, I, p. 1079, quien cree que el coautor responde por las anteriores agravaciones de carácter material reconocidas.

[168] PÉREZ ALONSO, 1998, p. 319.

[169] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 77; PÉREZ ALONSO, 1998, p. 318.

de encontrarlo, siendo ubicado y ejecutado por uno de ellos. Cabe resaltar que los aportes alternativos son potenciales de realización típica, mejor dicho, son actos preparatorios a la ejecución, siendo sólo una la que al final atentará al bien jurídico. Aunque haya un acuerdo común, sólo uno realiza la conducta típica. La regla sería entonces imputar al que ejecutó el hecho como autor y los demás intervinientes como partícipes [170].

e. Coautoría aditiva

Los intervinientes, en base al acuerdo común, realizan al mismo tiempo el tipo penal, pero sólo una de las conductas concretas producirá el resultado típico. En este caso, la actuación conjunta y simultánea de los intervinientes tiene el fin de incrementar el riesgo del atentado al bien jurídico y garantizar la segura producción del resultado [171]. Ejemplo: el caso de una ejecución con armas de fuego realizada por cinco personas donde sólo los disparos de dos de ellos causan la muerte de la víctima. En estos casos el aporte es concreto de todas las conductas; aunque algunas lleguen sólo a la tentativa, y otras a la consumación, resultan esenciales y necesarias, por lo que se resuelve como un supuesto de coautoría [172].

1084. Coautoría aditiva

f. Tentativa

Se han elaborado dos posiciones: la *solución individual* y la *solución global*. La primera admite la tentativa con respecto a todos los coautores, cuando la acción de cada uno de ellos reúne las cualidades de la tentativa. La solución global supone que la tentativa comienza, en virtud del dominio común del hecho, al mismo tiempo para todos los coautores, cuando uno de ellos da comienzo a la ejecución en el marco del acuerdo común [173]. La solución global es la tesis más adecuada, pues debido a la división del trabajo cada coautor responde por todas las acciones planeadas que son ejecutadas por los restantes coautores, del mismo modo como si hubieran sido cometidas personalmente.

1085. Tentativa en la coautoría

---

[170] En este sentido: Jakobs, 1995, pp. 754-755, num. 55a; Díaz y García Conlledo, 1991, p. 684. Para López Barja de Quiroga existe coautoría (1996, p. 78).

[171] Pérez Alonso, 1998, p. 312. Cfr. López Barja de Quiroga, 1996, p. 78.

[172] Cfr. Jakobs, 1995, pp. 754, num. 55; Maurach/Gössel/Zipf, 1995, pp. 376-377; López Barja de Quiroga, 1996, p. 78. Para Díaz y García Conlledo los demás aportes que no llegaron a consumar el delito serán imputados como cooperadores ejecutivos (1991, pp. 685-686).

[173] Stratenwerth, 1982, p. 255. Jescheck/Weigend, 2002, p. 703.

1086. Desistimiento en la coautoría

En cuanto al **desistimiento** en la coautoría, entenderíamos aplicable la regla del artículo 19º del Código Penal que se refiere al desistimiento en caso de varios intervinientes [174].

§71. Autoría accesoria

Llamada también *autoría concomitante* [175], se presenta cuando varios sujetos causan el mismo resultado independientemente unos de otros, sin que exista entre ellos la resolución de ejecutar en común el delito. Se distingue de la coautoría por la falta del elemento "*decisión común*" [176]. Se trata simplemente de una *coincidencia* causal de varios supuestos de autoría individual [177], por tanto, cada autor accesorio responde por la parte que le corresponde como autor único. Ejemplo: dos individuos agregan dosis de veneno en el alimento de su enemigo sin que uno se dé cuenta de la acción del otro. Si las dosis individualmente consideradas eran suficientes para causar la muerte, responderá cada uno por asesinato, pero si las dosis eran insuficientes podrá calificarse de tentativa. Estos casos se resuelven actualmente como problemas de imputación objetiva [178].

1087. Autoría accesoria

§72. Autoría en los delitos de infracción de deber

1088. Autoría y coautoría en delitos de infracción de deber

En el caso de los **delitos de infracción de deber** [179] existe la dificultad que para caracterizar al autor, sería insuficiente el dominio del hecho pues solamente al que le incumbe el cumplimiento de un *deber especial* se le considerará autor. La posibilidad de la **autoría** se halla limitada al círculo de los denominados autores cualificados expresados en el tipo penal [180]. Ejemplo: el tipo legal del prevaricato (artículo 418, Código penal) sólo permite considerar como autor a la persona que tenga la cali-

---

[174] *Supra* núms. margs. 972-974.

[175] WELZEL, 1976, p.159.

[176] Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, pp. 64 y 74.

[177] MAURACH, 1962, pp. 348-349; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 388.

[178] CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 391.

[179] *Supra* núms. margs. 655-657.

[180] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 325.

dad de juez o fiscal [181]. En la **coautoría** deberá estar presente una afectación en común del deber especial sea cual fuere el aporte de cada uno de ellos a la realización del delito [182].

En cuanto a la **autoría mediata** también se presentaría el caso de la intervención de un **intermediario carente de cualificación**. Ejemplo: en los delitos de infracción de deber propios que exigen una determinada calidad en el sujeto para ser autor, el problema principal se ubica cuando el ejecutor es un no cualificado (*extraneus*) en tanto que el hombre de atrás es un cualificado (*intraneus*). Es obvio que el *extraneus* no puede ser autor pues carece de la calificación a pesar de tener el dominio del hecho. Por otro lado, el *intraneus* no puede ser instigador pues ello implica la existencia de un autor cualificado (el *extraneus* no lo es). Estamos ante una curiosa situación de impunidad. Se han fundamentado diversas opiniones para resolver este problema: "dominio social del hecho" (WELZEL) [183], dominio normativo psicológico del hecho (JESCHECK/WEIGEND) [184], criterio de la relación de pertenencia del delito (MIR PUIG) [185], para fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás. Para otros es una forma mixta de participación impune o recurren a la modificación del sistema de accesoriedad para fundamentar la punibilidad del hombre de atrás (ROXIN) [186]. Parece que lo más conveniente es considerar que el *intraneus* es autor inmediato (no es necesario denominarlo autor mediato) mientras que el sujeto no cualificado (*extraneus*) es un partícipe [187]. Se fundamenta esta conclusión en el sentido que en el delito especial la violación del deber incumbe al sujeto activo. Entendemos que el dominio del he-

1089. Autoría mediata en delitos de infracción de deber

---

[181] El Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre del 2004, en el tema 5, Acuerdo Tercero, afirma que "en los delitos especiales propios e impropios, sólo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido".

[182] BACIGALUPO, 2004, p. 480. Cfr. el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre del 2004, en el tema 5, Acuerdo Segundo, segundo párrafo, en el que se señala que "no es admisible la coautoría entre un *intraneus* y un *extraneus* dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde".

[183] WELZEL, 1976, p. 150.

[184] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 721.

[185] MIR PUIG, 2004, p. 381, num. 60.

[186] ROXIN, **en** BACIGALUPO, 1984, p. 194.

[187] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002, p. 209. Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 384, num. 40. CARO JOHN, 2003a, p. 70 (*autor directo*).

cho es esencialmente dominio de la acción y no de la voluntad de otro, entonces, dominio del hecho de la infracción del deber sólo puede tenerlo el sujeto cualificado y no quien carece de esta calidad. En consecuencia, toda inducción a un tercero o utilizarlo es autoría directa y no autoría mediata y el tercero (ejecutor) es un partícipe. Es necesario diferenciar entre el dominio de la acción de infringir un deber (que sólo lo tiene el sujeto del deber) y el dominio sobre su propia acción (que tiene el *extraneus* que no es sujeto del deber). Es evidente que este último domina su acción de ejecución, pero el dominio del hecho que determina la autoría, depende de la posición del sujeto en relación a todas las circunstancias y a los demás sujetos que intervienen, posición que sólo la puede tener el sujeto del deber. Ejemplo: El funcionario encargado de la pagaduría de un Ministerio que se sirve de la cooperación dolosa de un tercero para apropiarse del dinero del Estado (artículo 387, Código penal). En este supuesto el funcionario será autor inmediato y el *extraneus* un partícipe [188].

§73. Participación

Participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno [189]. La "participación" puede concebirse en sentido amplio y en sentido específico [190]. En *sentido amplio* abarca a todos los que intervienen en el hecho (autor directo, autor mediato, coautor, instigador y cómplice). En *sentido específico* son partícipes aquellos que no son autores, es decir, participación se contrapone a autoría. *Partícipes* son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la del autor. El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello, es imprescindible la existencia de un autor respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible

1090. Participación

[188] En sentido diferente, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre del 2004, en el tema 5, Acuerdo Tercero, afirma que "es admisible que el sujeto cualificado (*intraneus*) puede ser considerado autor mediato de un delito especial, en el que se utilice como intermediario a un particular, en la medida que el *intraneus* o sujeto cualificado, tiene el dominio social respecto de la disponibilidad del bien jurídico tutelado". De acuerdo a esta solución, en el ejemplo, citado, el tercero sería impune.

[189] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 454. MAURACH, 1962, p. 350, quien además considera que la participación representa "un subalterno concepto de referencia, con cuya ayuda los partícipes en el delito, no autores por falta de dominio del acto, pueden ser sometidos, dentro de ciertos límites, a una pena" (MAURACH, 1962, pp. 350-351).

[190] BUSTOS, 2004, I, p. 660. MIR PUIG, 2004, p. 396, num. 26.

un partícipe sin un autor [191]. Todas las conductas de los partícipes deben adecuarse bajo el mismo título de imputación por el cual responde el autor (unidad de título de imputación o unidad de calificación jurídica) [192].

Jurisprudencia:

"La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores" [193]. En otro caso: *"La condición jurídica del acusado es la de coautor y no la de cómplice, por cuanto sus aportes a la perpetración del evento delictivo han tenido la calidad de principales o esenciales, habiendo tomado parte en la planificación como en la ejecución del ilícito penal, destacando la función de haber cargado el arma que fuera utilizada para ultimar a la víctima"* [194].

Al partícipe se le puede caracterizar de *manera negativa* pues no ejecuta la acción, no comete el delito, no realiza el tipo principal. Por ello, los tipos de lo injusto de la parte especial del Código Penal no abarcan el comportamiento de los partícipes en su descripción. El partícipe realiza un *tipo dependiente* del principal, pues sólo a través de la comisión de un delito, por parte de un autor, se le podrá aplicar lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Código Penal. De esto se deduce que el contenido de lo injusto de la participación se deriva de lo injusto del hecho principal. Así, las disposiciones vigentes sobre la participación significan una ampliación del tipo a comportamientos que serían impunes de otro modo.

1091. Partícipe realiza el tipo dependiente del principal

Esencialmente, el partícipe no tiene de ninguna manera el dominio del hecho [195]; siendo así, sus actos no lesionarán al bien jurídico, sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en razón a que contribuye a poner en peligro al bien jurídico que será lesionado por el autor [196]. Por ello, el coautor no puede ser considerado partícipe, pues él tiene el codominio del hecho.

1092. En la participación no hay dominio del hecho

También se habla de participación en *sentido formal* (en referencia a la redacción de los respectivos tipos legales) y en *sentido material* (en relación a la lesión de un bien jurídico). Así ocurre que una conducta que materialmente es sólo participación, formalmente, en razón a la des-

1093. Participación formal y material

---

[191] Bacigalupo, 2004, p. 485. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 455.

[192] Berdugo *et al.*, 1999, p. 294.

[193] Ejecutoria Suprema del 6 mayo de 1999 Cañete, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, Nº 2, Trujillo, 1999, p. 326.

[194] Sala Penal, R. N. 5924-97 Piura en Rojas Vargas, 1999, p. 170.

[195] Batista, 1979, pp. 120-121.

[196] Berdugo *et al.*, 1999, p. 293.

cripción en un tipo legal, puede constituir una autoría. Ejemplo: artículo 4 de la Ley 25475 (sanciona como formas de autoría terrorista simples actos de colaboración). Fuera de estos casos excepcionales consideramos que la participación formal y material normalmente se superponen.

a. Fundamento de la punición de la participación

1094. Fundamento de la punición de la participación

Existen varias explicaciones. Algunos las reúnen en dos grupos: pensamiento de la corrupción (el partícipe corrompe o seduce al autor a realizar el delito) y pensamiento de la causación o contribución (prestada para lesionar el bien jurídico) [197].

a.1. Teoría de la participación en la culpabilidad (H. Mayer, Trechsel)

1095. Teoría de la corrupción

Algunos la denominan *teoría de la corrupción.* Lo esencial de esta teoría es la influencia que el partícipe ejerce sobre el autor, quien ha obrado corrompiéndola, conduciendo al autor a la culpabilidad y la pena, por haber hecho de él un delincuente [198]. En consecuencia, la medida de la culpabilidad del partícipe estaría en función a la de la culpabilidad del autor. En nuestro ordenamiento jurídico, donde la culpabilidad del partícipe es independiente de la culpabilidad del autor, esta teoría no ha sido aceptada. Esta teoría sólo permite fundamentar la pena para los casos de instigación sobre un autor culpable, pero será muy difícil que opere en supuestos de instigación sobre un autor no culpable, o incluso en supuestos de complicidad [199]. Por ello, ha surgido la explicación de la participación asignándole una "doble naturaleza" (H. MAYER) y la teoría de la desintegración social (TRECHSEL), que desarrollada para el Derecho

---

[197] Cfr. RUIZ ANTÓN (1982, p. 189) introduce en las teorías del pensamiento de la corrupción a las "de la participación en la culpabilidad ajena" (*Schuldteilnahmetheorie*), a la "de la participación en el injusto ajeno" (*Unrechtseilnahmetheorie*), y a la del pensamiento de la desintegración social de Stefan TRECHSEL. Mientras que coloca en las del pensamiento de la contribución prestada para lesionar el bien jurídico, a la "teoría de la causación o del favorecimiento" (*Verursachungstheorie* o *Förderungstheorie*), a la teoría pura de la causación" (*Reine Verursachungstheorie*), y a la de la teoría modificada de la causación, que considera la más adecuada.

[198] CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 399.

[199] "Dos objeciones se han opuesto fundamentalmente a este modo de justificar el castigo del partícipe. Por un lado, su incompatibilidad con los sistemas legales que partiendo del principio de accesoriedad limitada desligan la responsabilidad del partícipe de la culpabilidad del autor. Por otro, que de acuerdo con el principio de autoresponsabilidad, en los casos en que existe un autor imputable es éste el único responsable de su culpa, sin que resulte admisible hacer responsable de ella a otros sujetos" (GÓMEZ RIVERO, 1995, p. 43).

Penal suizo castiga al instigador no así al cómplice, para el que es suficiente que su acción sea causal del resultado del hecho principal [200].

a.2. Teoría pura de la causación (Lüdersen, Schmidhäuser)

1096. Teoría pura de la causación

Toma como punto de partida la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. De esta manera, lo injusto de la participación se fundamenta en el aporte causal del partícipe para la producción del resultado. Existe causalidad entre el acto de participación y la conducta principal [201]. El hecho que el aporte causal del partícipe se efectiviza a través del autor, no fundamenta la sanción del partícipe, sino que sólo representa un motivo para atenuarle la pena, pues muestra que el partícipe se encuentra a mayor distancia respecto del hecho.

1097. Tipos de participación autónomos

Los partidarios de esta teoría no consideran necesario derivar de lo injusto del hecho principal a lo injusto del partícipe. El partícipe no es responsable por favorecer un hecho ajeno sino por realizar su propio injusto. Se hablaría entonces del delito del partícipe en razón que es el propio partícipe el portador de su propio injusto y culpabilidad [202]. Este razonamiento se deriva de considerar que los bienes jurídicos protegidos por los tipos legales, se encuentran tutelados de tal manera que el partícipe como tal, puede atacarlos directamente, sin embargo, esto podría motivar la presencia de *tipos de participación autónomos*, perdiendo su naturaleza accesoria, situación que ha sido criticada en la doctrina [203].

1098. Críticas a la teoría pura de la causación

Para salvar el problema que se le presenta a esta teoría en relación a los delitos de infracción de deber propios, se ha llegado a afirmar que la dependencia de la sanción del partícipe de la concurrencia del hecho principal, es de naturaleza puramente fáctica. Explicación, a nuestro juicio, no convincente. Otras dificultades que plantea esta teoría son diversas: así, para fundamentar la pena del partícipe no se requeriría siquiera que la conducta del autor sea adecuada al tipo legal, pues bastaría con el comportamiento para establecer la relación causal con respecto al resultado [204]. En consecuencia, origina el peligro de romper la función del tipo legal pues crea tantos tipos legales como intervinientes en el hecho existan y se estime necesario castigarlos. Así, el juez podría crear tantos tipos legales como estime adecuados, lo que es incompatible con el principio de legalidad pues todos los ciudadanos estarían expuestos a

---

[200] Ruiz Antón, 1982, p. 193. *Vid.* críticas a estos planteamientos en Castillo González, 1993, pp. 34-35. Stratenwerth, 1982, p. 259, quien ha criticado esta teoría en relación a la instigación, en la medida en que la desintegración social también se puede estimular mediante la sugerencia general de llevar a cabo acciones criminales, con lo que la conexión con el hecho concreto del autor dejaría de ser esencial. Además, agrega que es problemático determinar si con anterioridad el autor estaba socialmente integrado, situaciones que son ajenas al derecho vigente.

[201] Castillo González, 1993, p. 39.

[202] López Peregrín, 1997, p. 126.

[203] Jescheck/Weigend, 2002, p. 738. Ruiz Antón, 1982, pp. 198-204. Gómez Rivero, 1995, p. 49.

[204] Cfr. Stratenwerth, 2005, p. 413, num. 117-118.

un aumento indeterminado del número de prohibiciones [205]. Esta teoría ha sido rechazada y es inadmisible en nuestro sistema jurídico pues colisiona con la accesoriedad de la participación a otro hecho principal.

a.3. Teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito (promoción o causación) [206]

1099. Teoría de la promoción o causación

Esta es la teoría dominante [207]. Considera que la razón del castigo de la participación está en que el partícipe induce o favorece una conducta típica y antijurídica [208], a través de la provocación del dolo en el autor, o la participación está en que el partícipe induce a favorecer una conducta típica práctica de actos de auxilio, actuando él mismo culpablemente. Por ende, el contenido de lo injusto de la participación se determina según el contenido de lo injusto del hecho en el cual se participa [209]. Conforme a esta teoría, la participación afecta el mismo bien jurídico que a la conducta principal.

1100. Accesoriedad limitada

De acuerdo a esta posición, el partícipe no afecta las normas contenidas en la parte especial del Código Penal, sino la prohibición contenida en la parte general (artículos 24 y 25), que se refieren a no determinar a otro o a no prestar auxilio o asistencia en la transgresión que lleva a cabo otra persona [210]. Por este motivo, lo injusto de la participación se determina a partir del contenido de lo injusto del hecho principal. En consecuencia, la participación tendrá relevancia jurídico-penal sólo cuando el autor realice, cuando menos, un hecho típico y antijurídico sin importar que el autor sea o no culpable, pues la culpabilidad es una cuestión personal de cada sujeto. De esta manera, se adopta la fórmula de la "**accesoriedad limitada**" que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

1101. Teoría de la participación en el injusto referida al resultado

Una de las variantes modernas de esta teoría es propuesta por JAKOBS, denominada *teoría de la participación en el injusto referida al resultado*. Se entiende que el injusto del partícipe consiste "en el ataque propio –pero no en un concepto de autor– a un bien por medio de la causacion imputable de un hecho en concepto de

---

[205] BUSTOS, 2004, I, p. 1082.

[206] Nilo BATISTA considera más adecuado hablar de teoría de la promoción (*Förderungstheorie*) a la de teoría de causación (*Verursachungstheorie*), por la confusión de esta última, que podría sugerir la consideración de la causatividad del partícipe con respecto al resultado como fundamento de su punibilidad (BATISTA, 1979, p. 121, cita 452).

[207] En el doctrina nacional también lo asumen: PEÑA CABRERA, 1988, pp. 350-351; VILLA STEIN, 1998, p. 307; PEÑA CABRERA, Alonso, 2004, p. 211.

[208] WELZEL, 1976, p. 165.

[209] CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERON CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 399.

[210] Cfr. BUSTOS, 1984, p. 332; BACIGALUPO, 1998, p. 379. MIR PUIG, 1983, p. 171, quien llega a afirmar que el partícipe, además de intervenir en un delito, realiza otro delito no autónomo (complicidad), que impide la posibilidad de sancionar la tentativa de la participación o admitir la participación de la participación.

autor, o más exactamente: *la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación*" [211].

a.4. Teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico tutelado

1102. Teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico

Para esta tesis sostenida por ROXIN, la participación encuentra su fundamento al ser caracterizada como el "ataque al bien jurídico mediante la causación accesoria" [212]. Se constituye en una teoría ecléctica, ya que el injusto de la participación se construye a partir de elementos independientes (*teoría pura de la causación*) y elementos derivados (*teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito*)[213]. Así, la participación se constituye en una causación accesoria que no puede ser separada del injusto del hecho principal, pero al mismo tiempo implica un ataque autónomo al bien jurídico protegido.

1103. Consecuencias de la Teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico

Las consecuencias derivadas de esta postura son las siguientes: "a) solamente existe participación en sentido legal, si el partícipe lesiona, con su acción, también el bien jurídico tutelado; b) pero también el injusto de la participación es determinado por el injusto del hecho principal, conforme al principio de accesoriedad esta dependencia del acto de participación del hecho principal no es solamente de naturaleza fáctica, sino que tiene naturaleza jurídica; c) la participación es un concepto secundario, en tanto que ella es una contribución causal a la lesión del bien jurídico, por medio de una conducta que no es de autor"[214].

b. Principios elementales

b.1. Principio de convergencia

1104. Principio de convergencia

Supone que la voluntad de los diferentes sujetos que intervienen en la ejecución de un injusto culpable se oriente a la realización conjunta del hecho punible [215]. Si no se logra un acuerdo de voluntades no habrá participación, [216] sino una conjunción temporal de actos diferenciados.

---

[211] JAKOBS, 1995, p. 798, num. 9.

[212] ROXIN, 1998a, p. 397.

[213] "Esta versión puede situarse en un punto medio entre la teoría pura de la causación y la teoría del favorecimiento orientada a la accesoriedad. Se toma así lo mejor de cada una de ellas y se evita la parcialidad de ambas, consiguiendo un todo unitario que permite fundamentar de una forma coherente y sin fisuras la pena del partícipe" (LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 152).

[214] CASTILLO GONZÁLEZ, 1993, pp. 41-42.

[215] CURY, 1985, p. 235. MAYRINK, 1988, p. 860.

[216] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en AA.VV., 1997, I, p. 919.

1105. Convergencia del dolo del autor y partícipe

Al definirse la participación como una conducta dolosa dirigida a un hecho principal doloso, implica que el dolo del partícipe comprende conocer y querer la colaboración otorgada a un hecho ilícito doloso, siendo suficiente el dolo eventual [217]. Es así que el conocimiento y la voluntad del partícipe y del autor son necesariamente convergentes [218], por lo que se afirma que los diversos participantes en un delito actúan con un dolo común.

1106. Complicidad oculta

Para el acuerdo de voluntades basta un acuerdo tácito e incluso, en el caso de los cómplices, el autor no requiere conocer la colaboración que se le presta (**complicidad oculta**). Ejemplo: la empleada del hogar que se entera ocasionalmente que su amante se propone hurtar en la casa donde ella labora y, para facilitar el ingreso durante la noche, deja la puerta abierta [219]. Puede llegar a un acuerdo de voluntades ya sea previa al delito como también durante su ejecución [220].

1107. Consecuencias del principio de convergencia

A partir de estas afirmaciones se observan ciertas consecuencias: *Primera*, la concurrencia no se acepta en el delito imprudente. *Segunda*, no se acepta la participación culposa en un hecho doloso ajeno. *Tercera*, el exceso en el dolo de uno de los intervinientes no alcanza a los restantes (*exceso cuantitativo*). *Cuarta*, lo anterior rige también en los casos de desvío del dolo de un concurrente hacia la ejecución de un delito distinto del previsto por la voluntad conjunta (*exceso cualitativo*) [221].

b.2. Principio de accesoriedad

1108. Principio de accesoriedad

El partícipe desarrolla una actividad que se encuentra en dependencia respecto de la del autor, por lo que la participación no constituye un tipo delictivo autónomo –como equivocadamente sostiene la teoría pura de la causación– sino un mero concepto de referencia, cuya responsabilidad depende de determinados presupuestos del acto principal, pudiendo ser planteados dichos presupuestos en dos sentidos: *Primero*, referentes a los elementos del delito que deben presentarse en el acto principal para que pueda constituir un admisible punto de referencia de la accesoriedad de la participación. *Segundo*, es necesario precisar la etapa delictiva a la que debe llegar el hecho principal para que los partícipes sean susceptibles

---

[217] MAURACH, 1962, p. 381; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 416.

[218] Cfr. SANTOS, 1985, p. 200.

[219] CURY, 1985, p. 236.

[220] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, **en** AA.VV., 1997, I, p. 920.

[221] *Vid.* MAURACH, 1962, p. 359; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, pp. 416-417; MAYRINK, 1988, p. 860.

de sanción [222]. El primer grupo lo desarrollamos bajo el **principio de accesoriedad** y el segundo bajo el **principio de exterioridad**.

1109. Denominaciones de la accesoriedad

A lo que desarrollaremos aquí como principio de accesoriedad [223], otros autores lo hacen bajo la denominación de "accesoriedad cualitativa" [224], "ámbito interno de la accesoriedad" [225], "estructura interna del delito" [226], entre otras.

1110. Grados de accesoriedad

Corresponde analizar los elementos del delito que deben presentarse en el hecho principal para que el partícipe pueda ser susceptible de pena. Aclaramos que la discusión que se presenta no afecta la existencia de la dependencia de la participación sino el grado de la accesoriedad. Al respecto, existen cuatro posiciones: *Primero*, **accesoriedad mínima**, que sólo exige que el hecho principal sea típico. *Segundo*, **accesoriedad limitada**, que requiere que el hecho principal sea típico y antijurídico. *Tercero*, **accesoriedad extrema**, que establece que el hecho principal tiene que ser típico, antijurídico y culpable. *Cuarto*, **hiper-accesoriedad**, que exige que debe presentarse todos los presupuestos materiales de la punibilidad.

1111. Accesoriedad limitada

De todas ellas, el sistema más adecuado es el de la **accesoriedad limitada** y es suficiente que el hecho principal sea típico y antijurídico, no siendo necesario que sea culpable pues la culpabilidad es individual de cada partícipe. Creemos que esta tesis es la que mejor se adecua a nuestro ordenamiento penal [227].

1112. Accesoriedad mínima

A la accesoriedad limitada se le enfrentan las otras tesis antes citadas. En relación a la **accesoriedad mínima**, podría afirmarse que siendo la tipicidad sólo indicio de la antijuridicidad de la conducta, el plantear que para la accesoriedad es suficiente que el hecho principal sea típico implica que se originen absurdos. Ejemplo: el hecho de sancionar al que colaboró con el que ejerció una legítima defensa, es decir, se castigaría al partícipe en un hecho que no es antijurídico [228].

---

[222] Bustos/Hormazábal, 1999, p. 297.

[223] Véase el significado actual de la participación: Peñaranda Ramos, 1990, pp. 237 y ss.

[224] Maurach, 1962, pp. 385,398 y ss.; Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 482 y ss..

[225] Welzel, 1976, p. 161.

[226] Bustos, 1984, p. 333.

[227] Cfr. Hurtado Pozo, 2005, p. 889, num. 2276; Peña Cabrera, 1997, p. 352; Villa Stein, 1998, p. 309.

[228] Bustos, 2004, I, p. 1083.

También origina serios inconvenientes la tesis de la **accesoriedad máxima**, que exige que el hecho principal no sólo sea típico y antijurídico sino también culpable. Así, el partícipe en un hecho principal realizado por un inculpable no podría ser sancionado, originándose la impunidad tanto del autor inculpable y el partícipe. Para superar estos inconvenientes los seguidores de la accesoriedad máxima recurrieron a la figura de la autoría mediata en una especie de "tapa agujeros" [229], pero esta solución fracasaba en los casos de mera complicidad.

1113. Accesoriedad máxima

En relación a la **hiper-accesoriedad** que exige que deben presentarse todos los presupuestos de la punibilidad, las críticas son también abundantes. Ejemplo: con ella se llegaría al extremo de dejar impune al partícipe en un hecho principal que a pesar de ser típico, antijurídico y el autor culpable, hubiere sin embargo concurrido una causa personal de exclusión o cancelación de la punibilidad.

1114. Hiper-accesoriedad

b.3. Principio de exterioridad

También denominado "accesoriedad cuantitativa" [230], "ámbito externo de la accesoriedad" [231], desarrollo externo del hecho" [232], etc. Este principio establece que para considerar al partícipe susceptible de sanción, el hecho principal debe haber alcanzado una determinada etapa delictiva, en el grado de tentativa, es decir, se haya dado principio a la ejecución del hecho principal. "En cuanto el autor no haya traspasado el límite de los actos preparatorios impunes para dar comienzo a la tentativa y entrar en el ámbito de lo que es penalmente relevante, tampoco el partícipe debe ser castigado" [233]. No existe participación punible durante los actos preparatorios ni menos antes de haberse consumado el delito (se rechaza el encubrimiento como forma de participación) [234].

1115. Principio de exterioridad

Así, sólo se acepta la *participación en la tentativa* y no la *participación tentada*. En este sentido, sería impune quien instiga a otro para que cometa un delito sin lograrlo o quien coopera a la ejecución de un hecho punible que, sin embargo, el autor no da comienzo. Nuestro ordenamiento jurídico-penal ha dejado totalmente impune la tentativa de participación, lo

1116. Participación en la tentativa y participación tentada

---

[229] CURY, 1985, p. 239.

[230] MAURACH, 1962, p. 385; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 463 y ss.

[231] WELZEL, 1976, p. 165.

[232] BUSTOS, 2004, I, p. 1083.

[233] LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 61-62.

[234] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en AA.VV., 1997, I, p. 921.

que consideramos acertado, pues lo contrario implicaría aceptar un auténtico Derecho Penal de ánimo [235].

b.4. Principio de comunicabilidad

1117. Principio de comunicabilidad

En verdad, este principio debería denominarse como el de incomunicabilidad [236] por cuanto trata de las circunstancias y cualidades personales que al darse en alguno o algunos de los participantes en el hecho delictivo no se comunican a los demás.

1118. Principio de comunicabilidad en el Código Penal

El artículo 26 del Código Penal recoge este principio al establecer que las "circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 lo denomina "principio de incomunicabilidad" y se refiere a él en los mismos términos.

1119. Circunstancias y cualidades personales

Frente a lo antes indicado, es conveniente hacer precisiones sobre las circunstancias y cualidades personales. En primer lugar, es necesario señalar que en la doctrina ha perdido total importancia la discusión sobre si ellas debían tener la condición de permanentes o transitorias, considerándose que lo que interesa es determinar su carácter personal. En este sentido, entendemos que el artículo 26 del Código Penal debería haber precisado expresamente que se refiere a las *circunstancias y cualidades personales* y no a las materiales. Creemos que debe afirmarse que ellas se refieren a las "personales"[237].

1120. Circunstancias y cualidades personales que hacen a la culpabilidad y a la penalidad

En segundo lugar, es importante hacer mención al dilema que se presenta en saber si ellas tratan únicamente de las que hacen a la culpabilidad y a la penalidad, o es que se refieren también a las que pertenecen al ámbito de lo injusto. En la doctrina se han planteado diversas posiciones al respecto. Hay quienes han considerado que las circunstancias y cualidades personales "son únicamente las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad, es decir, aquellas que no se transmiten en función de la accesoriedad limitada" [238]. El criterio que se sigue es el de considerar que las calidades personales del autor que integran lo injusto,

---

[235] Welzel, 1976, p. 165.

[236] *Vid.* Cury, 1985, p. 240.

[237] Para Luis Miguel Bramont-Arias Torres (2002, p. 418) se pueden entender cualquier tipo de circunstancias o cualidades.

[238] Zaffaroni, 1982, p. 379 defiende esta posición. Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 767.

afectan siempre al partícipe, pues ello se desprende del principio de la accesoriedad limitada, mientras que las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad son eminentemente individuales [239]. En posición totalmente contrapuesta están quienes sostienen que las disposiciones sobre las circunstancias y cualidades personales no se refieren a aspectos de la culpabilidad sino que comprenden a "elementos personales tipificados en la descripción de lo ilícito y que en razón de la especial posición del autor, disminuyen o excluyen la punibilidad" [240]. La idea que se maneja es la de considerar que dichas disposiciones no se refieren a las que afectan a la culpabilidad, pues estas están excluidas de la accesoriedad por el principio de la accesoriedad limitada, y que más bien constituyen excepciones a dicha accesoriedad [241].

1121. El artículo 26 del Código Penal

Al respecto, es conveniente analizar lo establecido por el legislador en el artículo 26. Aquí, se trata de circunstancias y cualidades personales que afectan la "responsabilidad", por lo que se debe entender de ello a la "culpabilidad" y a la "penalidad".

1122. Circunstancias y cualidades personales que hacen a la culpabilidad

En primer lugar, nuestro legislador ha pretendido tratar de aquellas que hacen a la culpabilidad, afirmando en nuestra legislación el principio de la accesoriedad limitada. Sobre el particular, el único dilema que queda es el de si se refiere únicamente a los aspectos de la culpabilidad que se regulan en la parte general (v. gr. artículo 20, numerales 1, 2, 5, 7, 9, Código penal) o aquellos casos de culpabilidad que se tocan en el supuesto de hecho típico (v. gr. homicidio por emoción violenta, artículo 109, Código penal). A nuestro juicio, se refiere a ambos, pues tanto en uno como en otro se afecta la culpabilidad.

1123. Circunstancias y cualidades personales que hacen a la punibilidad

Una problemática especial está en determinar si se refiere sólo a éstas o es que es posible también incluir en ellas a las que están más allá de la culpabilidad, las circunstancias que cancelan o excluyen la punibilidad, y si es admisible considerar que también se hace referencia a las que están al nivel del injusto. De conformidad con el principio de accesoriedad limitada, tanto la culpabilidad como aquellos que están más allá de ella, al nivel de la punibilidad, sólo afectan al sujeto en forma individual; esto es, que no se comunican, por lo que en la aplicación de este principio podemos afirmar que las circunstancias que están al nivel de la punibilidad no se comunican.

El interrogante se dirige, ahora, a determinar si la regla del artículo 26 del Código Penal es posible aplicarla a las que están al nivel del injusto.

---

[239] ZAFFARONI, 1982, p. 384. Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 767.

[240] BACIGALUPO, 1987, p. 346.

[241] BACIGALUPO, 1984, p. 203; IDEM, 1998, p. 382.

En la doctrina se ha planteado diversos criterios. *Primera*, algunos sostienen que dichas disposiciones no alcanzan a las que forman parte de lo injusto pues en aras del principio de accesoriedad limitada, las circunstancias y cualidades personales del autor que integran lo injusto afectan siempre al partícipe. Así, quien (*extraneus*) colabora con el sujeto (*intraneus*) que mata a su padre será partícipe en un delito de parricidio, pues la "calidad de pariente en el parricidio es uno de los caracteres del injusto, y (...) es natural que del autor pase al partícipe, puesto que el partícipe lo es en un injusto de parricidio" [242]. Esta posición ha sido criticada en el sentido que si se mantiene radicalmente el principio de accesoriedad, se llegaría a claras injusticias [243]. Así, en el ejemplo citado más le hubiera convenido al *extraneus* realizar por sí mismo el hecho, pues sería sancionado por homicidio y no por parricidio. *Segunda*, se considera que estas disposiciones rigen para las circunstancias y cualidades personales que se encuentran en el ámbito de lo injusto, de este criterio podríamos tildar a quienes abogan por una *incomunicabilidad extrema*, según la cual "cada concurrente debe ser castigado según la naturaleza del injusto en que ha incurrido, el cual no puede, ciertamente, materializar circunstancias personales que no se presentan en el sujeto" [244]. Así, en el caso del parricidio el parentesco al constituir una circunstancia personal, y a pesar de formar parte del ámbito de lo injusto, sólo va a concurrir en el sujeto que posea tal relación. Por ello, "el tercero que colabora con el hijo para que dé muerte a su padre, es cómplice de homicidio, aunque el autor lo sea de parricidio. Del mismo modo, el hijo que instiga a un tercero para que dé muerte a su padre, es inductor de parricidio, aunque el autor sólo lo sea de un homicidio" [245]. Esta tesis ha sido criticada pues se considera que divide el hecho principal y se crean interpretativamente dos tipos de injusto, rompiendo el principio de accesoriedad [246]. *Tercera*, si bien se parte del criterio que las circunstancias personales que se encuentran en el ámbito de lo injusto han dejado de ser tales, pues han pasado a constituir parte de él, es decir, son cofundantes; considera que debe bus-

1124. Circunstancias y cualidades personales que están al nivel de lo injusto

[242] ZAFFARONI, 1982, pp. 381-382. En la ciencia penal peruana sigue esta posición, PEÑA CABRERA, 1988, p. 356. GÓMEZ BENÍTEZ (1987, p. 501) afirma que como consecuencia de la teoría del favorecimiento el partícipe debe seguir la misma calificación jurídica del autor (unidad del título de imputación). Sobre los efectos de esta concepción en los delitos especiales, vid. pp. 502 y ss. Además vid. QUERALT, 1986, p. 35.

[243] MAURACH, 1962, p. 401. Cfr. BUSTOS, 1984, p. 335, para quien con esta posición se llegaría al absurdo.

[244] CURY, 1985, p. 243 (sostiene esta tesis).

[245] *Ibidem*, p. 244.

[246] BUSTOS, 1984, p. 335.

carse soluciones justas, sin romper el principio de accesoriedad. Así, sostienen que sería "preferible recurrir a la estructura misma de los tipos" [247].

Ante todo lo indicado, creemos que es adecuado señalar que las circunstancias y cualidades personales son elementos pertenecientes a todos los niveles valorativos jurídico-penales [248]. Dichas circunstancias personales son divididas en la doctrina en aquellas referidas al autor y aquellas referidas al hecho [249], mientras que otros prefieren hablar de características personales especiales y fácticas (o materiales) [250]. En todo caso, la regla del artículo 26 del Código Penal no se refiere a las características personales referidas al hecho o materiales. Dichas características de lo injusto referentes al hecho indican en detalle "el contenido material de injusto del hecho" [251].

1125. Circunstancias personales referidas al autor

1126. Circunstancias que agravan, atenúan o excluyen la punibilidad

Por otro lado, el artículo 26 al tratar de aquellas "circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad" y utilizar el término "afectan", creemos que sólo se refiere a aquellas que agravan, atenúan o excluyen la punibilidad mas no las que la fundamentan.

1127. Circunstancias excluyentes

Entre las que **excluyen**, por ejemplo: las causas de inculpabilidad, así, el estado de necesidad disculpante (artículo 20, numeral 5), las de inimputabilidad (artículo 20, numeral 1), las que excluyen la punibilidad (el parentesco en el robo y otros delitos contra el patrimonio, artículo 208), las que cancelan la punibilidad (desistimiento en la tentativa, artículo 18, Código penal).

1128. Circunstancias atenuantes

Entre las que **atenúan la punibilidad**, por ejemplo, las causas de menor culpabilidad, como la emoción violenta (artículo 109), o el estado puerperal (artículo 110).

1129. Circunstancias agravantes

Entre las que **agravan la punibilidad**, por ejemplo, la reincidencia (terrorismo, artículo 9, Decreto Ley 25475 en concordancia con el artículo 3 del Decreto Legislativo 921). También los *delitos de infracción de deber impropios* constituirían formas agravadas de punibilidad, por lo que las circunstancias o cualidades personales de los autores y partícipes serían incomunicables, planteándose, en todo caso, la *ruptura del título de la imputación*. Si bien esta sería una consecuencia lógica de la interpretación del artículo 26 del Código Penal, en el Derecho Penal peruano se viene

---

[247] BUSTOS, 1984, p. 336.

[248] STRATENWERTH, 1982, p. 277. *Vid.* IDEM, 2005, p. 439, num. 188.

[249] *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 707.

[250] Cfr. WELZEL, 1976, pp. 172-173.

[251] WESSELS, 1980, p. 165.

imponiendo la idea del título de la unidad de imputación [252], especialmente para los partícipes no cualificados (*extraneus*), lo que haría que estos supuestos sean comunicables. También esta parecería ser la solución más recomendable, quedando por establecer la penalidad del *extraneus* para quien creemos debe aplicársele una pena atenuada como en los delitos de infracción de deber propios [253]. Por este camino se llega a una solución unificada de los delitos de infracción de deber propios e impropios.

1130. Circunstancias que fundamentan la punibilidad

El problema está con respecto a aquellas circunstancias y cualidades personales que **fundamentan la punibilidad**. Descartamos que el artículo 26 del Código Penal se refiera a éstas. Para realizar el análisis respectivo debemos tratar de las que se ubican en el ámbito de lo injusto así como de las que se encuentran al nivel de la culpabilidad o más allá.

1131. Circunstancias que fundamentan la punibilidad a nivel de lo injusto

Con respecto a las que se encuentran en el **ámbito de lo injusto** tenemos como ejemplo el caso de los *delitos de infracción de deber propios* (verbigracia: prevaricato, artículo 418). Debemos indicar que dicho elemento personal especial debe "concurrir en la persona del autor para que pueda concurrir el tipo de una acción punible" [254]. Se interroga qué sucede con el partícipe en el que no concurre dicho elemento personal especial. En otras palabras, se trata de la participación en los delitos de infracción de deber propios.

1132. Teoría de la autonomía o ruptura de la imputación

Con la *teoría de la autonomía o ruptura de la imputación* se excluye a los *extraneus* de la imputación del tipo penal del *intraneus*, subyaciendo su conducta a otros delitos comunes (artículo 26, Código penal) [255]. Así por ejemplo, en el caso de peculado el particular que presta un aporte necesario (complicidad primaria) a la comisión delictiva, responderá como autor de un delito de hurto pero no de peculado.

Jurisprudencia:

"Que estando la condición especial del sujeto activo del delito, no puede tenerse como cómplice del delito de peculado al particular, pues éste no es funcionario ni servidor

---

[252] En el Derecho peruano asumen esta posición: Abanto Vásquez, 2003, p. 57; Bramont-Arias Torres, 2002, p. 421; Rojas Vargas, 2002, p. 76; Reaño Peschiera, **en** San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002, p. 233.

[253] *Vid. infra.* núm. marg. 1136.

[254] Jescheck/Weigend, 2002, p. 710. Cfr. Stratenwerth, 2005, pp. 440-441, num. 192.

[255] En el mismo sentido el artículo 65.1 del Código Penal español de 1995: "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran".

público, por lo que su conducta delictiva se asimila a la de cómplice del delito de hurto en perjuicio del Estado" [256].

1133. Crítica a la teoría de la autonomía de la imputación

En la doctrina nacional esta posición ha sido criticada. "Aceptar que los actos de complicidad de los particulares (en estos delitos especiales) asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la autonomía de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación en base a un solo supuesto de hecho ilícito y por lo tanto doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría de sujeto cualificado, situación que de aceptarse dejaría en la impunidad muchos actos de participación" [257].

1134. Teoría de la unidad de la imputación

Con la *teoría de la unidad de imputación*, se admite la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber propios [258] [259], a pesar que éste no puede ser autor del delito de infracción de deber pero sí puede ser partícipe de dicho injusto [260]. Consideramos que esta es la vía de interpretación más recomendable [261].

---

[256] Ejecutoria Suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. 1885-92-B **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7 Nº 32, mayo 2001, p. 109.

[257] ROJAS VARGAS, 2002, p. 76.

[258] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 638; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 192.

[259] En ROXIN los deberes especiales de los delitos de infracción del deber son extrapenales y se hallan antepuestos en el plano lógico de la norma, siendo por lo general derivativos de otras ramas jurídicas. Estos deberes están presentes en todo delito, y "se extiende también a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos, como destinatarios de la norma, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad" (1998a, p. 385). En base a ello, ROXIN señala que "caracterizado al partícipe ya no mediante la 'cooperación sin dominio del hecho', sino mediante la 'intervención sin infracción de deber especial', su estructura no se modifica porque el obligado obre sin dolo. De un modo u otro se da una producción de resultado fuera de la obligación, y la cuestión del dolo, que decide sobre el dominio del hecho, en este contexto se revela como absolutamente irrelevante" (*ibidem*, p. 399). Siendo el elemento distintivo entre autoría y participación el deber, y no el dolo, cabría la participación en estos delitos (*Ibidem*, p. 402. *Vid.* REAÑO PESCHIERA, **en** SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, 2002, p. 275 y ss.).

[260] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, 2002, p. 466. En la ciencia penal peruana asumen esta posición: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 57; BRAMONT-ARIAS TORRES, 2002, p. 421; ROJAS VARGAS, 2002, p. 76; REAÑO PESCHIERA, **en** SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, 2002, p. 233.

[261] El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004, Exp. 2758-2004-HC/TC, confirma la tendencia interpretativa a sancionar

Jurisprudencia:

"Tratándose de la concurrencia de varias personas en la comisión de un delito, y no de un concurso de delitos, tanto autores como partícipes responden por el mismo y único ilícito penal cometido, el peculado" [262]. En otro caso: *"Siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, sólo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor sino un simple partícipe"* [263]. En un tercer caso: *"No obstante ser particulares y el ilícito objeto de incriminación es un delito especial propio, resultan reprochables penalmente por el tipo penal en calidad de cómplices, en virtud de la teoría de la unidad del título de imputación o unidad de calificación jurídica –como doctrina fundamental para definir la autoría y participación en delitos especiales propios"* [264].

1135. Problemática de la proporcionalidad de la pena entre *intraneus* y *extraneus*

Debemos aclarar la proporcionalidad de la pena existente en quien infringe el deber y aquel al que no le alcanza dicho deber. Sobre esta problemática existen diferentes posiciones. *Primera*, las cualidades personales que fundamentan la punibilidad desde el momento que están unidos indisolublemente al tipo, mantienen la accesoriedad en toda su extensión, por lo que el "partícipe siempre, por supuesto, que conozca la presencia (características del tipo) de estas cualidades en el autor principal, será castigado con la pena correspondiente a éste último, sin atenuación alguna" [265]. *Segunda*, en caso de un partícipe no cualificado se deberá atenuar la pena obligatoriamente, "de acuerdo a los principios generales de la tentativa" [266]. *Tercera*, si en el partícipe no se dan los elementos

como cómplice a los *extraneus* en el delito de peculado (*vid.* Fundamento 10 y los votos singulares en sentido discrepante).

[262] Ejecutoria Suprema del 17 de diciembre de 1985, en *Anales Judiciales*, T. LXXIII, p. 326.

[263] Votos singulares de los magistrados César San Martín Castro/Adolfo Barrientos Peña/José Luis Lecaros Cornejo, en Ejecutoria suprema del 30 de diciembre del 2004, R. N. 2976-2004, considerando segundo.

[264] Votos singulares de los magistrados Eduardo Palacios Villar/Hugo Molina Ordóñez, en Ejecutoria suprema del 30 de diciembre del 2004, R. N. 2976-2004, considerando segundo.

[265] Maurach, 1962, p. 404.

[266] Welzel, 1976, p. 174.

especiales la pena se deberá atenuar [267], pues "el injusto y la culpabilidad del partícipe no cualificado aparecen en todos los casos como esencialmente inferiores que los del autor y esta disminución requiere una apertura hacia abajo del marco penal" [268].

1136. Penalidad para un *extraneus* en un delito de infracción de deber propio

En definitiva, consideramos que para determinar la pena de un *extraneus* en un *delito de infracción de deber propio*, debe diferenciarse la naturaleza de su contribución que puede ser similar a una cuasi-coautoría o cooperación necesaria, cuasi-inducción o cuasi-complicidad, de manera que se diferencien también en la proporcionalidad de la pena. Si se trata de un cómplice secundario será posible aminorar la pena en dos ocasiones: por ser cómplice (artículo 25, segundo párrafo, Código penal) y por no estar especialmente obligado por un deber (artículo 46, numeral 3, Código penal). En el resto de los supuestos (instigación y complicidad primaria, e incluso coautoría) la atenuación de la pena será única por no estar obligado positivamente (artículo 46, numeral 3, Código penal) [269] [270].

1137. Circunstancias personales que afectan la imputación personal

Por último, en relación a las circunstancias que fundamentando la punibilidad se ubican al **nivel de la culpabilidad** [271] o más allá, debemos indicar que, en aplicación del principio de accesoriedad limitada, estas circunstancias personales del autor no afectan al partícipe, con la consecuencia que resultaría impune.

---

[267] STRATENWERTH, 1982, p. 280. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 192; CARO CORIA, **en** SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, 2002, p. 246. En el Derecho Penal alemán existen reglas expresas que resuelven este tema: StGB, "§ 28 I. *Cuando los partícipes (inductor o cooperador) carezcan de características personales especiales (§ 14, apartado I) que fundamenten la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo a lo dispuesto en el §49, apartado I. II. La pena para el cooperador se regirá por la correspondiente al autor. Cuando la ley establezca qué características personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, esto regirá sólo para los autores o partícipes en los que éstas concurran*" (**en** ORTIZ DE NORIEGA *et al.*, 2000, p. 29). Así, el § 28, I establece la atenuación para el caso de *extraneus* en delitos de infracción de deber propios y el § 28, II afirma la ruptura del título de imputación para los delitos de infracción de deber impropios.

[268] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 710.

[269] Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002, pp. 268 y 272-273.

[270] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 59; CARO CORIA, **en** SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, 2002, p. 245.

[271] Debemos tener cuidado con las especiales motivaciones que se ubican en la culpabilidad (*vid.* ZAFFARONI, 1981, III, p. 380), que, sin embargo, se consideran que están fuera de los elementos personales especiales pues no constituyen una circunstancia personal (Cfr. *ibidem*, p. 388), además se sostiene que no afectan al partícipe pues "es cuestión exclusivamente personal de cada uno" (*Ibidem*), por lo que si la especial motivación fundamenta la punibilidad y esta no concurre en el partícipe, éste resultará impune.

c. Imputación objetiva en la participación

Desde una particular concepción de la accesoriedad, JAKOBS señala que "quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio" [272]. Así, no existe participación cuando una conducta pasa a ser lesiva exclusivamente por la transformación que un sujeto hace de sus consecuencias [273]. Por esta vía "un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso" [274]. Si bien no compartimos completamente la peculiar concepción de participación de JAKOBS, pues entendemos que, por ejemplo, la definición de la complicidad debe atender finalidades protectoras de bienes jurídicos que orientan al Derecho Penal y no sólo la infracción al deber del sujeto en relación a su rol específico en la sociedad; sin embargo, reconocemos que este autor formula una interesante argumentación [275].

1138. Imputación objetiva en la participación

Para determinar cuándo un sujeto es partícipe por su conducta previa en las consecuencias delictivas, se vienen elaborando diferentes reglas: *Primero*, no responde como partícipe quien realiza un comportamiento cotidiano (neutral, banal) que está relacionado con la conducta delictiva de otra persona, sin embargo, *no hay nada en común entre ellos.* Ejemplo: los terroristas que amenazan con asesinar a un alto funcionario durante el juicio que se sigue contra un correligionario, siendo el asesinato de éste responsabilidad exclusiva de ellos y no de los jueces que conducen el

1139. Comportamiento cotidiano desvinculado de la conducta delictiva del autor

[272] JAKOBS, 2001, p. 73.

[273] "La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente, las consecuencias de la acción hacia el daño" (JAKOBS, 1995, p. 259, num. 59).

[274] JAKOBS, 2001, p. 85.

[275] Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 264. Sobre los riesgos permitidos y los actos cotidianos, ROXIN considera que la calificación de una conducta como un acto cotidiano y su consecuente impunidad no se desprende de manera automática –como piensa JAKOBS– del hecho que se trate de un intercambio habitual comercial o de información, sino que dependerá de las circunstancias que se presenten en el caso específico. "Si el sujeto que realiza el acto cotidiano conoce la intención del autor, responderá como cómplice en el caso de que su aportación no tenga para el autor sentido en sí misma, sino sólo dentro del plan delictivo. Si no conoce la intención del autor, pero se plantea como posible la comisión del delito, responderá por dolo eventual sólo si, además, se dan suficientes elementos objetivos como para desvirtuar el principio de confianza" (LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 270).

proceso. "Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene porqué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento la que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo" [276].

1140. Comportamiento cotidiano vinculado de la conducta delictiva del autor

Segundo, entre el autor y el partícipe existe algo en común que se limita a un aporte que puede obtenerse en cualquier otro lugar y que no supone un riesgo especial y el autor hace uso de esta contribución para cometer el delito. Ejemplo: *negocios habituales*: el vendedor de alimentos no responde como partícipe de un homicidio aun cuanto conozca que el comprador piensa colocar veneno en el alimento para matar a otro. *Informaciones veraces:* el abogado no responde como partícipe si proporciona respuestas técnicas a un empresario sabiendo que va a cometer un delito económico. "Nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales" [277]. Este es el campo de mayor aplicación de la *prohibición de regreso* en la participación, pero obviamente habrá que afirmar responsabilidad si existe un deber preexistente [278]. Ejemplo: el padre que proporciona información inocua a otro sobre las costumbres de sus hijos sabiendo que éste piensa incorporarlo en su plan de ejecución para matarlos, sí responde como partícipe, pues tiene deber de protección.

Jurisprudencia:

"Que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico-penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo (...); que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían (...); que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en si mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito" [279].

---

[276] JAKOBS, 2001, p. 77.

[277] *Ibidem*, p. 78.

[278] O un deber de solidaridad mínima, *vid. supra*, num. 714.

[279] Ejecutoria Suprema de la Sala Penal del 16 de setiembre del 2004, R. N. 2270-2004-La Libertad.

Tercero, existe participación de quien tiene el deber de no disponer de determinados instrumentos, respondiendo de las consecuencias delictivas. Ejemplo: quien proporciona a otro armas y explosivos que requieren licencia para su uso, y éste comete un delito.

1141. Participación de quien tiene un deber

Cuarto, responde como partícipe el que no realiza una prestación de naturaleza neutral, sino que específicamente configura su aporte de manera tal que encaja en el contexto de un delito. Ejemplo: no es lo mismo organizar la ruta de una fuga que proporcionarles un plano de la ciudad a los autores de un delito. Estos supuestos corresponden a los casos habituales de instigación y complicidad [280].

1142. Participación con prestaciones no neutrales

Quinto, también es posible afirmar responsabilidad si el aporte, calificable de inocuo, se prestó en un *contexto* claramente delictivo. Ejemplo: el vendedor de lampas que proporciona una de estas a sujetos heridos que participan en una violenta riña frente a su establecimiento comercial. La venta de una pala usada para la jardinería es normalmente un comportamiento inocuo, socialmente adecuado, pero es diferente la venta realizada en las circunstancias de una riña [281].

1143. Participación con aporte inocuo en contexto claramente delictivo

§74. Instigación

La instigación al lado de la complicidad constituye una forma de participación en sentido estricto, siendo la regla del artículo 24 del Código Penal una *extensión típica* pues amplía los tipos de la parte especial para abarcar la conducta de quien dolosamente decide a otro a cometer el hecho punible. Esta ampliación del tipo determina una extensión de la pena, pues al ampliarse los tipos de la parte especial hasta cubrir la conducta del instigador se hace posible su sanción que será similar a la del autor del hecho punible. Si no se diera tal ampliación, la instigación sería impune.

1144. Instigación como extensión típica

La instigación está descrita en el artículo 24 del Código Penal cuando precisa que serán reprimidos como autores del hecho punible "(...) el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible (...)". El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 mantiene esta misma redacción.

1145. Instigación en el Código Penal

[280] JAKOBS, 2001, p. 82.

[281] *Vid.* ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 398, num. 4.

1146. Diversas denominación de instigación

Para referirse a la instigación han sido empleados diversos términos: algunos identifican instigación con inducción [282], otros sólo se refieren a la inducción [283], o la vinculan a la incitación [284] y los que la relacionan con el término "determinar" [285]. Respecto a lo último ha surgido una posición que considera que no se puede identificar totalmente al "instigar" con el "determinar a otro", pues si bien todo instigador determina a otro, no todo el que determina a otro es instigador, por ello "instigación es una forma de determinación pero no es la única" [286]. En el sentido de estas ideas, dentro de la figura del determinador ubican no sólo al instigador sino también al autor mediato y a la figura especial del autor de la determinación [287] [288]. Para esta tesis, el concepto "determinar" es más amplio que el de "instigar", por lo que determinar significa, en cualquier caso, ser el factor decisivo, pero en el caso de la instigación significa "hacer surgir" en el autor la decisión al hecho, provocar que el autor "se decida" [289]. En otras palabras, se crea el dolo en el autor principal [290].

---

[282] BACIGALUPO, 1998, p. 384; BUSTOS, 2004, I, p. 1085; GÓMEZ RIVERO, 1995, pp. 25 y ss.

[283] MIR PUIG, 2004, p. 403, nums. 50-51; GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 519.

[284] MAURACH, 1962, p. 368.

[285] STRATENWERTH, 2005, p. 420, num. 140; WESSELS, 1980, p. 166; WELZEL, 1976, p. 166.

[286] ZAFFARONI, 1982, p. 294; FERNÁNDEZ/PASTORIZA, 1987, p. 89.

[287] *Vid.* ZAFFARONI, 1982, pp. 294-295. En su caso, FERNÁNDEZ/PASTORIZA consideran que el vocablo "determinación" no solo hace referencia a la instigación sino también a la autoría mediata. En relación a la figura especial del autor de la determinación –que ZAFFARONI incluye dentro de la figura jurídica del determinador– ellos no se pronuncian afirmando que "el análisis y desarrollo especial de esta innovación doctrinaria escapa a los objetivos que informan este trabajo" (FERNÁNDEZ/PASTORIZA, 1987, pp. 89-90, nota 68).

[288] Para ZAFFARONI la figura del autor de la determinación se da en los casos "en que el determinador tiene el dominio del hecho, que puede ser en la forma de dominio del acto (se vale de quien no realiza conducta) o en la forma de dominio de la voluntad (se vale del que actúa atípica o justificadamente), pero el determinador no tiene los caracteres típicos del autor (en los *delicta propia*) o se trata del tipo de un delito de propia mano" (ZAFFARONI, 1982, p. 310). Este determinador no puede ser sancionado como autor del delito –porque no posee los requisitos para serlo– y tampoco como instigador –porque no hay injusto del que la instigación sea accesoria– siendo sólo sancionable como autor de la determinación al hecho (IDEM). Para mejores precisiones de esta posición, *vid. Ibidem*, pp. 342 y ss.

[289] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 768.

[290] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 129.

En relación a nuestra legislación penal, se ha recurrido al término "determinar" para hacer referencia a la instigación. Creemos que debe identificarse con la instigación, esto es, con aquel concepto de determinar que significa crear en el autor la decisión de realizar el hecho delictivo.

Finalmente, indiquemos que se ha pretendido denominar al instigador como "autor intelectual" [291] o "moral" lo que a nuestro juicio constituye un error que origina confusión [292]. Esta concepción del instigador como autor moral que era equiparado al autor material es una vieja doctrina que se remonta "a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron una gran difusión en toda Europa en los siglos XVII, XVIII y XIX" [293]. El error de denominar al instigador como autor intelectual podría dar lugar a creer que el instigador es un autor y para su existencia no sería necesaria la presencia de un autor del hecho, de un sujeto que realice el hecho principal, rompiéndose de esta manera el principio de accesoriedad de la participación. En conclusión, es recomendable evitar se equipare a la instigación con el autor intelectual [294].

1147. Autor intelectual

Sentada las bases, podemos definir la **instigación** como aquella conducta activa que dolosamente hace surgir en el autor la decisión, la resolución, de realizar un delito doloso concreto. Por ello, no es admisible hablar de una instigación imprudente a un delito doloso o culposo o imprudente [295].

1148. Concepto de instigación

A diferencia de la **coautoría** el instigador no participa en el dominio del hecho, que sólo lo posee el instigado [296]. Este último no es un intermediario, pues se instiga siempre a una persona imputable, a diferencia de la **autoría mediata** [297].

1149. Diferencia de la instigación con la coautoría y autoría mediata

---

[291] En este error incurre el artículo 288-A del Código Penal (modificado por la Ley Nº 24953) cuando expresa que "la misma pena que a los autores materiales del delito se aplicará a los instigadores o autores intelectuales (...)".

[292] Hurtado Pozo, 2005, p. 890, num. 2281.

[293] Cerezo Mir, 1982, p. 163; idem, 1982a, p. 345. Cfr. Gómez Rivero, 1995, p. 27.

[294] Algunos autores como Cury (1985, pp. 245-253) elabora una distinción entre autor intelectual e instigación, sin confundirlos.

[295] Sobre la instigación dolosa en un hecho imprudente, *vid. supra.* núm. marg. 866.

[296] Velásquez Velásquez, 2002, p. 453; Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo/ Choclán Montalvo, 2001, p. 402; Berdugo *et al.*, 1999, p. 294.

[297] Velásquez Velásquez, 2002, pp. 405-406; Creus, 1999, p. 409.

Instigar es decidir a otro a la ejecución del hecho punible, lo que significa que el instigado haya formado su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador [298]. De esto se deduce que no puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto (*omnimodo facturus*) [299], en estos casos podría darse un supuesto de complicidad psíquica o intelectual [300], pues si bien aquí el influjo psicológico no hace surgir la decisión al hecho, ella, sin embargo, constituye un reforzamiento de la decisión ya tomada por el sujeto, es decir, constituye un aporte psíquico al acto [301].

1150. *Omnimodo facturus*

También es necesario determinar la **causalidad en la instigación**. "En los casos en que previamente se haya constatado la existencia de un riesgo relevante en la incitación, al igual que sucede en los procesos causales regidos por leyes físicas, tampoco aquí la mera comprobación de la relación causal entre acción de inducir y resultado delictivo agota el juicio de relevancia penal, sino que necesario será acudir adicionalmente a los criterios normativos de imputación" [302].

1151. Causalidad en la instigación

Generalmente, la instigación se ejecuta antes de la ejecución del hecho punible, puesto que ha de ser causal para la resolución de cometerlo; pero esto no implica negar su concurrencia concomitante[303]. Así, no es sólo objeto de la instigación el autor originariamente indiferente u opuesto al acto, sino que también puede serlo aquel que tiene la disposición general a cometer delitos de determinada especie, siempre que la decisión al hecho concreto provenga de la influencia del instigador [304]. También puede ser objeto idóneo de la instigación el que duda sobre si cometerá o no el injusto, así como quien hace depender la ejecución de una condición.

1152. Momento de la instigación

Si bien es cierto que no se puede determinar a un hecho a quien estaba decidido a cometerlo puede, sin embargo, determinársele a otra forma de ejecución. Sobre el particular debe precisarse que la instigación a una forma de comisión menos grave (por ejemplo, convencer a que hurte a

1153. Instigación a una comisión delictiva menos grave

---

[298] BACIGALUPO, 1998, p. 384.

[299] MAURACH, 1962, p. 373.

[300] De complicidad "psíquica" se refieren JESCHECK/WEIGEND (2002, p. 741), WELZEL (1976, p. 161), STRATENWERTH (2005, p. 422, num. 143). Otros se refieren a la "complicidad intelectual" (ZAFFARONI, 1982, p. 394; IDEM, 2000, p. 769; MAURACH, 1962, p. 373) o "cooperación moral" (MIR PUIG, 2004, p. 404, num. 54).

[301] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 769.

[302] GÓMEZ RIVERO, 1995, p. 324. Sobre la prohibición de regreso, *supra* núms. margs. 713-714.

[303] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, **en** AA.VV., 1997, I, p. 945.

[304] STRATENWERTH, 2005, p. 423, num. 144.

quien estaba decidido a robar) sólo podrá ser punible como complicidad (intelectual), siempre que se haya fortalecido la decisión del autor [305]. De igual modo, no constituirá instigación sino quizás complicidad intelectual si se inspira "los accidentes, los procedimientos o las circunstancias modificativas del delito, si ello no afecta a la calificación del delito que el autor ya quería cometer" [306], Ejemplo: convencer a quien pretende robar con violencia sobre la persona a que lo haga mediante la intimidación.

Problema constituye cuando se disuade a quien estaba decidido a cometer un injusto a que cometa otro agravado (v. gr. persuadir a quien está dispuesto a hurtar para que robe). En la doctrina se han planteado diversas soluciones: algunos consideran que debe responder como instigador del injusto agravado teniendo en cuenta "el considerable aumento de decisión respecto del hecho" [307]. Otros consideran que sólo habrá instigación respecto a la parte excedente en concurso ideal con complicidad psíquica respecto al delito total [308]. Un tercer sector entiende que sólo se da instigación en relación a la parte que el autor no estaba decidido, siempre que configure un injusto autónomo [309]. Particularmente, creemos que si sólo es posible hablar de instigación cuando se hace surgir en el autor la decisión al hecho, la instigación en estos casos sólo podrá referirse "a aquella parte del ilícito que el autor no estaba ya decidido a cometer" [310], siempre que configure un tipo independiente. Así, el que convence a robar, golpeando a la víctima, a quien estaba decidido a hurtar, será responsable por instigación a lesiones, pues el autor ya estaba decidido a apoderarse del bien y el hombre de atrás sólo hizo surgir en el autor la decisión de golpear a la víctima.

1154. Instigación a una comisión delictiva más grave

La instigación tiene lugar mediante un **influjo** psíquico o psicológico [311], de tal suerte que la creación de una ocasión favorable que pueda suponer que originará en el autor la decisión de cometer el delito no constituirá instigación. El instigador no debe de haber vencido una determinada

1155. Medios de la instigación

---

[305] Cfr. Stratenwerth, 2005, num. 145.

[306] Mir Puig, 2004, p. 403, num. 54.

[307] Wessels, 1980, p. 166. Cfr. Maurach, 1962, p. 373.

[308] Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 742.

[309] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 770.

[310] Stratenwerth, 2005, p. 423, num. 145.

[311] Algunos como Bacigalupo (1998, p. 384) hablan de influencia "psicológica". Otros, como Stratenwerth (2005, p. 422, num. 143, p. 266) y Jescheck/Weigend (2002, p. 739) lo hacen de influencia psíquica. Y hay quienes como Welzel (1976, p. 166) y Maurach/Gössel/Zipf (1995, p. 437) se refieren a la influencia espiritual.

resistencia por parte del autor [312]. Los **medios** de los que se pudiera valer el instigador son diversos, así, podrían consistir en consejos, promesas, apuestas, ruegos, persuaciones, etc., siempre que implique una influencia psíquica [313]. Cualquiera de estos medios deben de ser idóneos y eficaces en la generación de la idea de cometer hechos punibles.

1156. Instigación por omisión

La instigación, como ya se manifestó, implica una conducta activa, por lo que una **instigación por omisión** es inadmisible. La mera omisión "puede, bien favorecer la espontánea aparición de la decisión criminal en otro, o bien no obstaculizar una decisión ya en marcha, efectos ambos que no pueden considerarse como una 'inducción' " [314]. Por lo que se puede afirmar que la omisión puede no impedir una resolución delictiva, pero de ninguna manera que ella haga surgir dicha resolución [315].

1157. Instigador doloso

El **instigador debe actuar dolosamente**. Así lo exige nuestra legislación cuando el artículo 24 del Código Penal utiliza el término "*dolosamente*". Es suficiente el dolo eventual [316]. El dolo del instigador debe estar dirigido a la producción de la resolución de cometer el hecho, así como a la ejecución del hecho principal por parte del autor. En este sentido se habla de un *doble dolo del instigador.*

1158. Dolo del instigador

En cuanto al **dolo del instigador**, se discute si debe dirigirse al delito consumado o a la tentativa. Los que aceptan la segunda posibilidad, sostienen que si bien el autor tiene el único dolo que es el dolo del delito, sea que el delito quede tentado o se consume, en el partícipe "puede haber un dolo de consumación o un dolo de tentativa porque el partícipe comete un delito por la vía del injusto del autor, y si lo que quiere cometer por tal vía es sólo un injusto tentado, no tiene ninguna otra posibilidad que valerse del injusto doloso del autor integrado con el único dolo que puede haber en el autor" [317]. En este caso, se presenta una imposibili-

---

[312] BACIGALUPO, 1998, p. 384.

[313] Un punto límite en la identificación de la instigación lo constituye los consejos como medios: serán medios de instigación, cuando la voluntad del autor es dirigida de dicho modo a una meta delictiva constitutiva de una lesión típica a un bien jurídico; pero no lo serán cuando el consejo sólo atañe a la ejecución más conveniente posible del plan delictivo ya existente, en cuyo caso sólo hay complicidad (MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 440). Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 461.

[314] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 520.

[315] Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 521. En contra: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, pp. 440-441.

[316] En contra: GARRIDO MONT, 1984, p. 291.

[317] ZAFFARONI, 1982, pp. 373-374.

dad fáctica que combine el dolo del partícipe con el dolo del autor. Así, admiten que si bien una voluntad realizadora de tentativa es inconcebible en el autor, ello sí es concebible en el partícipe, por lo que si el autor llega a la consumación cuando el partícipe quería sólo la tentativa del hecho, éste responderá como tal "hasta su dolo de partícipe en la tentativa, salvo que medie dolo eventual en cuanto al delito consumado. De cualquier manera, mediará en su caso un concurso ideal de participación en tentativa con autoría culposa" (318).

1159. Equivalencia del dolo del autor y del instigador

En un sentido diferente, otros autores admiten que no es posible equiparar totalmente la voluntad del autor y del partícipe, pues no es posible pretender que todos los que concurren en un mismo delito tengan un contenido de voluntad uniforme, "esta consideración plural de la voluntad de cada uno de los que intervienen en una infracción criminal, no admite llevarla hasta el extremo, y extraer la consecuencia de que el partícipe puede obrar con mera voluntad de tentativa" (319). Además, agregan que "la relación funcional existente entre tipo de delito, tipo de participación y tipo de tentativa conduce, de modo necesario, a exigir que el partícipe obre con la misma dirección volitiva que se precisa en el autor" (320). En esta dirección, afirman que no es posible un dolo del partícipe dirigido sólo a la tentativa del hecho, pues también respecto a él "la sistemática del derecho penal requiere comprobar que (...) obra con voluntad de consumación, para poder apreciar el momento subjetivo propio de la tentativa" (321).

1160. Dolo de consumación

Particularmente, creemos que el instigador debe perseguir la consumación del hecho principal. Ahora, no debe confundirse la presencia en el instigador de este elemento subjetivo (dolo que implica voluntad de consumar el hecho) con la afirmación que para sancionar al instigador se requiere, cuando menos, que el instigador inicie la tentativa del delito (322). Si bien para considerar a la instigación como forma punible de participación basta con que el hecho principal llegue al grado de tentativa, es necesario constatar que el instigador "quería que el autor llegase hasta la consumación del delito, aunque ésta no se produzca, ya sea por imposibilidad del medio o del objeto (...), o por desistimiento voluntario del inducido o, finalmente por causas ajenas a la voluntad del inducido" (323)

---

(318) Zaffaroni, 1982, p. 374.

(319) Ruiz Antón, 1982, p. 39.

(320) *Loc. cit.*

(321) *Loc. cit.*

(322) Cfr. Gómez Benítez, 1987, p. 522.

(323) *Ibidem*, p. 523.

Así pues, "desde el punto de vista objetivo es suficiente que el inducido inicie la realización del tipo penal, pero desde el punto de vista subjetivo es imprescindible que el inductor tenga dolo de consumación del delito doloso por el autor inducido" [324].

El tratar de diferenciar al que sólo quiere que el instigado intente el delito del que quiere que lo consume, tiene vinculación con el pretender diferenciar al instigador del agente provocador. Frente a la idea generalizada que el **agente provocador** es aquel instigador que sólo quiere que el hecho principal sólo llegue al grado de tentativa, se ha planteado la opinión que considera que nada quita a que la actividad provocadora se plasme a través de un comportamiento de autoría o de participación, en todas sus formas. Debemos precisar que escapan a la figura del agente provocador, el caso del sujeto que tiene el deseo que el resultado no se produzca, pero no realiza manifestación exterior alguna (v. gr. no adopta medidas precautorias para evitar el resultado). También quedan fuera de esta figura los casos en que efectivamente contribuye a la producción del resultado, aunque lo haga para lograr la sanción de su copartícipe. Esto de acuerdo a un concepto estricto de agente provocador [325]. Por otro lado, es probable que el problema del agente provocador no sea una cuestión a resolver al examinar el dolo, es decir, no sea tanto un episodio de tipo subjetivo como del tipo objetivo [326]. Creemos que el tema del agente provocador merece un análisis más amplio que escapa al propósito de este trabajo [327].

1161. Agente provocador

El **dolo del instigador** debe ser **concreto**, es decir, debe dirigirse a un determinado hecho y a un determinado autor [328]. En cuanto a lo primero, no se requiere una precisa descripción jurídica del hecho, siendo suficiente que las indicaciones del instigador muestren los rasgos fundamentales del hecho al que se instiga. En relación a lo segundo, consideramos que la instigación debe dirigirse a una persona o a un grupo de personas determinadas. No siendo preciso que el instigador conozca personalmente al autor. Si el instigador se dirige a un número de personas indeterminadas, no estaremos ante un caso de instigación

1162. Dolo concreto del instigador

---

[324] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987.

[325] RUIZ ANTÓN, 1982, p. 12. *Vid.* con mayores detalles pp. 49 y ss.

[326] *Ibidem*, p. 14.

[327] *Vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ, 1995.

[328] "Sin embargo, no se requiere una total precisión jurídica del hecho. Basta con que el inductor haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que induce" (BACIGALUPO, 2004, p. 494).

sino ante una figura de provocación pública en los casos específicamente señalados por la ley (v. gr. artículo 6, Decreto Ley 25475). Precisamos que debe dirigirse a un autor, pues no caben formas de inducción a partícipes [329].

El instigador responde en la medida que el hecho principal concuerde con su dolo. Esto significa que el instigador no responde por el exceso en que hubiera incurrido el autor. Si el autor hubiere realizado más de lo querido por el instigador en este caso estaremos ante un supuesto de *exceso cuantitativo* [330]. En el caso que el autor no realice el hecho en toda la extensión querida por el instigador, este responderá por el hecho realmente ejecutado [331]. Si el autor comete un hecho distinto al que el instigador lo determinó, estaremos ante un supuesto de *exceso cualitativo* [332], en cuyo caso el instigador no será responsable. Se precisa que si las desviaciones del hecho principal respecto del dolo del instigador no son esenciales, subsistirá la responsabilidad del instigador [333]. Ejemplo: que el autor robe con violencia sobre la persona cuando el instigador lo había inducido a hacerlo mediante intimidación.

1163. Exceso cuantitativo y cualitativo

El hecho al que se instiga debe ser consumado o, cuando menos, constituir una tentativa. Para sancionar al instigador se requiere que el hecho principal llegue al menos al grado de tentativa (instigación eficaz). En este supuesto estaremos ante una instigación "en una tentativa". Si el hecho principal no llega al grado de tentativa, estaremos ante una instigación "tentada" que es impune [334].

1164. Instigación eficaz

La instigación puede cometerse en la modalidad de **co-instigación** y de **instigación accesoria** (paralelos de la coautoría y de la autoría accesoria), así como en forma de **instigación mediata** [335], en la que el instigador utiliza a un intermediario para ejercer su influencia psicológica sobre el autor (paralelo a la autoría mediata). También se admite la **instigación en cadena** al hecho principal (instigación a la instigación), aunque algunos

1165. Instigación a pluralidad de personas

---

[329] Garrido Mont, 1984, p. 288.

[330] Jescheck/Weigend, 2002, p. 742. Cfr. Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 448.

[331] Stratenwerth, 2005, p. 424, num. 148.

[332] Jescheck/Weigend, 2002, p. 742. Cfr. Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 449.

[333] Maurach, 1962, p. 375.

[334] Mir Puig, 1998, p. 404. *Vid.* Idem, 2005, p. 406.

[335] Mir Puig, 2005, p. 405, num. 62. Cfr. Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 404; Garrido Mont, 1984, p. 294; Lorenzo Salgado, 2003a, p. 154.

resuelven como un supuesto de cooperación necesaria sobre la base que la instigación debe ser directa [336]. Esta posibilidad es admitida en la doctrina penal peruana [337].

1166. Sanción del instigador

En cuanto a la **sanción del instigador**, el artículo 24 del Código Penal establece que será reprimido con la pena que corresponde al autor, pero ello no significa que el instigador tenga que recibir una pena idéntica a la del autor, pues, de acuerdo a las circunstancias, puede recibir una pena mayor o menor a la del autor. Ejemplo: el que instiga a un imputable restringido. Dicha regla, lo único que indica es que el instigador será sancionado dentro de los marcos penales establecidos en las disposiciones de la parte especial.

§75. Complicidad

1167. Complicidad

Cómplice es el que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso. La complicidad, al igual que la instigación, constituye una forma de participación en sentido estricto, por lo que las reglas que sobre ella establece el artículo 25 del Código Penal constituyen una ampliación del tipo que implica una extensión de la pena.

Jurisprudencia:

"Es autor quien actúa con el dominio del hecho y cómplice quien colabora con el autor en nivel accesorio o secundario" [338].

1168. Formas de complicidad

Precisamos que en nuestro Código Penal se diferencian dos formas de complicidad: primaria y secundaria. A la primaria se hace referencia con la expresión: "el que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado" (primer párrafo). A la secundaria, con la frase: "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia" (segundo párrafo).

---

[336] LORENZO SALGADO, 2003a, p. 152. Cfr. CEREZO MIR, 2001, III, p. 242.

[337] MAZUELOS COELLO, en AA.VV., 2004, pp. 931-932; HURTADO POZO, 2005, p. 893, num. 2288; PEÑA CABRERA, 1983, p. 325; IDEM, 1988, p. 352; IDEM, 1997, p. 353; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2002, p. 413. En contra: PEÑA CABRERA, Alonso R., 2004, p. 212; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2002, p. 77.

[338] Sala Penal R. N. 1658-97 Lima en ROJAS VARGAS, 1999, p. 173.

Jurisprudencia:

"Debe considerarse como cómplice primario del delito de robo agravado al inculpado que a pesar de contar con un arma de fuego no tuvo el dominio de la sustracción patrimonial. Por su parte, debe considerarse cómplice secundario al inculpado que tuvo la labor de vigilancia y de favorecer la fuga de sus coinculpados" [339].

La complicidad no sólo implica un **aporte material** sino que ella también puede consistir en un **apoyo psicológico** (la llamada "complicidad intelectual"). Este aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho, pues en ese caso estaremos ante una instigación. Para que haya complicidad intelectual, la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor.

1169. Aporte material y psicológico

El hecho principal en que se da el aporte debe haberse concretizado, por lo menos en grado de tentativa [340].

1170. Hecho principal tentado

Los actos contributivos (aportes) no deben de configurarse dentro de la descripción típica, se entiende que estos quedan fuera del tipo, pues de lo contrario podría hablarse de coautoría [341] –en especial si se trata de complicidad primaria–.

1171. Complicidad y coautoría

Es requisito necesario, pero no suficiente, determinar la *causalidad de la complicidad* en el sentido de la *conditio sine qua non*, y al margen de juicios causales hipotéticos alternativos [342]. "Lo correcto es acogerse al requisito de la causalidad de la complicidad (...) es suficiente para la causalidad de la complicidad que ésta haya posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal. Se está en correspondencia con este planteamiento cuando, a través del concepto de 'incremento del riesgo', se caracteriza a la complicidad sólo como una forma mediata del favorecimiento causal del hecho principal" [343]. Creemos que además de

1172. Imputación objetiva en la complicidad

---

[339] Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura del 5 de agosto de 1999, Exp. 98-174(81), en *Serie de Jurisprudencia* 4, 2000, p. 213.

[340] Berdugo *et al.*, 1999, p. 296.

[341] Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 629; Creus, 1999, p. 400.

[342] López Peregrín, 1997, pp. 277-278.

[343] Jescheck/Weigend, 2002, p. 747. "La eficacia causal puede tener lugar de varias formas. *Facilita* el hecho principal quien, por ejemplo, entrega herramientas que efectivamente son utilizadas en el robo, quien sujeta la escalera mientras el autor sube por ella para entrar por una ventana, o quien entrega la dirección de un abortista a la mujer que acude allí a que le sea practicada una interrupción ilegal del embarazo. *Intensifica* el resultado principal, por otro lado, quien aporta un arma o un veneno

la causalidad deben regir las reglas de la **imputación objetiva** de tal manera que deberá verificarse si es posible imputar objetivamente al cómplice las conductas causadas [344]. En todo caso, "la pregunta por la imputación del resultado típico se torna problemática en la complicidad, porque son varias las acciones que ponen la totalidad de las circunstancias necesarias para la producción del resultado y, de este modo, se debe explicar la relación de aquellas varias acciones con este único resultado" [345].

1173. Conductas neutrales o cotidianas

Un problema específico se presenta en la complicidad por **conductas neutrales** (colaboración neutral, actos cotidianos, comportamientos jurídicamente neutrales, socialmente adecuados, adecuados a la profesión, en general conductas en sí mismas reglamentadas), que se excluyen de la penalidad por complicidad [346]. Entendemos por *conducta neutral* o *cotidiana* la intervención en el tráfico de bienes o servicios, generalmente legal y habitual, pero que al mismo tiempo puede incrementar las posibilidades de realización de un delito. Precisamente, es en este tipo de casos en los que el riesgo permitido adquiere su papel más importante con relación a la participación. Ejemplo: el taxista que por el precio de un servicio normal lleva al asaltante hasta el domicilio de la víctima conociendo sus planes; el panadero que vende una torta conociendo que el cliente pretende envenenarlo para matar a su cónyuge; el fabricante de materias primas que las suministra a una empresa sabiendo que en la fabricación se afecta el medio ambiente. En este sentido, "Las acciones que pueden ser calificadas *desde el punto de vista del sujeto que realiza la aportación* como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conoci-

---

susceptible de provocar un daño mayor que aquellos que poseía el autor, siempre que éste los utilice en la comisión del delito. Por su parte, *asegura* el resultado principal aquel que aporta información sobre los horarios o costumbres de la víctima, si esta es utilizada para elegir el momento más propicio para la ejecución del plan delictivo. Por último, *acelera* la producción del resultado quien, por ejemplo, se encarga de ir metiendo en el coche las pesadas bolsas con los objetos robados que el autor va sacando de la casa, o quien ayuda a reunir la leña con la que el autor va a prender fuego a un local" (LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 282).

[344] BACIGALUPO, 2004, p. 496. "La causalidad es, pues, un requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice. Pero no es el único: al Derecho penal sólo le interesan los resultados causados por acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente. En consecuencia, la delimitación de la conducta típica de complicidad pasa por definir tanto los requisitos del desvalor de la acción del cómplice, como del desvalor del resultado de colaboración" (LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 357).

[345] SAMSON, 2003, p. 83. Sobre complicidad e imputación, *vid.* LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 225 y ss.

[346] RANSIEK, 2003, p. 335.

miento que se tenga del plan delictivo" [347]. En todo caso deberán operarse con las reglas de imputación objetiva antes desarrolladas [348].

Jurisprudencia:

"Estando demostrado que el acusado se limitó a desempeñar su rol de taxista, tal comportamiento debe ser calificado de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado, aun cuando en algún momento del desarrollo de la acción haya tenido conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes; pues ello no es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo" [349]. En otro caso: *"En autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta hubiera incurrido en el ilícito penal de tráfico ilícito de drogas, puesto que al ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado, quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando está dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria"* [350].

1174. Momento del aporte

En relación al **momento** en que el cómplice puede otorgar su aporte, se ha establecido que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la ejecución, pero no después de la consumación del hecho. En este mismo sentido, el Anteproyecto de la Parte General del Código penal del 2004 en su artículo 24 busca precisar el momento en el que el cómplice puede otorgar su aporte o auxilio [351]. Así se otorgará tanto en la etapa preparatoria ("actos anteriores") como en la etapa de ejecución ("actos simultáneos").

Jurisprudencia:

"El acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino tan sólo en la etapa de preparación y ejecución, mas no así cuando los bienes sustraídos estaban ya en la esfera de dominio de los asaltantes" [352].

---

[347] López Peregrín, 1997, p. 273. *Vid.* el análisis crítico de las soluciones que plantean Roxin y Jakobs, **en** López Peregrín, 1997, pp. 258-270.

[348] *Supra* núms. margs. 1138 y ss.

[349] Ejecutoria suprema del 7 de marzo del 2001, R. N. 4166-99 **en** Caro John, 2003, p. 92.

[350] Ejecutoria suprema del 24 de noviembre del 2004, R. N. 608-2004 Ucayali, considerando primero

[351] *Vid.* Introducción, numeral 23.

[352] Ejecutoria Suprema del 7 de julio de 1999 Ucayali, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, Nº 2, Trujillo, 1999, p. 323.

En los casos que se ofrezca al autor colaborar con una ayuda a darse luego de la consumación del hecho, no estaremos ante una complicidad posterior a la consumación sino que será determinante la promesa anterior, la que permite afirmar la complicidad. Sin embargo, si esta promesa anterior no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo deberá afirmarse la complicidad [353]. La **promesa anterior** implica un apoyo psicológico al hecho, por lo que nos encontramos ante una complicidad intelectual. "Lo único que puede ser participación es la "promesa anterior" (...)" [354]. Esta promesa realizada con anterioridad al delito, constituye complicidad y no delito de encubrimiento [355].

1175. Promesa anterior

Jurisprudencia:

"Que es cierto que un supuesto de complicidad primaria se da cuando la intervención está dada por una promesa anterior, en tanto ésta haya tenido incidencia en el hecho delictuoso –aun cuando luego no se cumpla–, esto es, cuando el autor ha contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aun cuando este quede en grado de tentativa y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa; que a estos efectos es de reconocer que un acuerdo previo a la ejecución del delito es suficiente para configurar la participación, aunque el aporte de actividad material pactado lo fuere para ser ejecutado tras la consumación del mismo, ya que más allá que tales actos se produzcan ex post son reprochables ex ante, pues la responsabilidad se traslada en el aspecto subjetivo de codelincuencia al momento del concierto participativo en que se produce el pactum sceleris *y en el que se plantea el reparto de papeles de los partícipes"* [356].

Para que el cómplice otorgue su aporte no se requiere un acuerdo expreso con el autor, basta un acuerdo tácito e incluso, en determinados casos, puede ocurrir que el cómplice otorgue su aporte sin que el autor tenga conocimiento de ello (la llamada **complicidad oculta**).

1176. Complicidad oculta

Para la complicidad no se requiere una actividad positiva. Es admisible una **complicidad por omisión**, siempre que la omisión facilite la realización del hecho [357].

1177. Complicidad por omisión

El cómplice debe actuar dolosamente, por lo que no se admite una complicidad culposa en un delito doloso o imprudente [358]. El dolo del cómplice

1178. Dolo del cómplice

---

[353] BACIGALUPO, 2004, p. 498.

[354] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 772.

[355] MIR PUIG, 2004, p. 411, num. 86.

[356] Votos singulares de los magistrados César SAN MARTÍN CASTRO/Adolfo BARRIENTOS PEÑA/José Luis LECAROS CORNEJO, en Ejecutoria suprema del 30 de diciembre del 2004, R. N. 2976-2004, considerando quinto.

[357] BACIGALUPO, 2004, p. 496.

[358] *Vid. supra.* núm. marg. 866.

debe estar referido al acto de colaboración y a la ejecución del hecho principal, por lo que se habla de un *doble dolo* [359]. Es suficiente el dolo eventual. El dolo del cómplice constituye el límite de su responsabilidad, por ello, el cómplice solo responde hasta donde su voluntad alcanza. Él no se hace responsable de los excesos en que pudiera incurrir el autor.

Nuestro Código Penal distingue entre complicidad primaria (*cooperador necesario*) y complicidad secundaria (*simple cómplice*). El **cómplice primario** es aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito. Los elementos para determinar la complicidad necesaria son: intensidad del aporte al delito sin el que no se hubiere podido cometer y el momento en que se presta la contribución [360]. *Primero*, resulta importante establecer el grado de estimación del aporte para determinarlo como necesario. La doctrina mayoritaria suele utilizar para ello el criterio de la escasez (GIMBERNAT), en el que la aportación otorgada resultará necesaria en base a su situación de escasez frente a las circunstancias: "Si lo que aporta el autor, es según las circunstancias, un bien escaso, el partícipe será cómplice primario. Si lo aportado es, en esas circunstancias, un bien abundante, habrá complicidad secundaria" [361]. *Segundo*, al otorgar un aporte necesario al hecho, este sólo podrá prestarse en la *etapa de preparación*. Si en la etapa de ejecución se otorga un aporte sin el cual el hecho no podría realizarse, esto implica que el sujeto ha tenido dominio sobre el desarrollo del suceso, es decir, ha tenido dominio del hecho, y en este supuesto será coautor y no cómplice.

1179. Cómplice primario

Jurisprudencia [362]:

"Los dos elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) la intensidad objetiva del aporte al delito b) el momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo" [363].

---

[359] MIR PUIG, 2004, p. 412, num. 90.

[360] BACIGALUPO, 2004, p. 497.

[361] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 296. Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, p. 303.

[362] Otras jurisprudencias: "*La conducta delictiva del acusado es la de cómplice primario del delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia, por haberse posibilitado con su actitud el hecho delictivo, al hacer ingerir a la menor agraviada un somnífero a fin de que se duerma y sea violada por sus coacusados*". Ejecutoria Suprema del 31 de marzo de 1998, Exp. 590-98 Lima **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2000, p. 106. "*La participación de uno de los agentes consistió en proporcionar la visión del plan de ejecución del delito, con lo cual se facilitó la realización del mismo; siendo ello así, su condición es la de cómplice primario, correspondiéndole igual pena que al autor*". Ejecutoria Suprema del 28 de enero del 2000, R. N. 4231-99, **en** *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3, 2001, p. 527.

[363] Ejecutoría Suprema del 6 de octubre de 1999, Exp. 3086-99 Lima, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 87.

1180. Cómplice secundario

El **cómplice secundario** es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, por ello es indiferente la etapa en que pueda otorgar su aporte, pero siempre antes de la consumación.

Jurisprudencia [364]:

"La participación del procesado se limitó a una simple complicidad secundaria, toda vez que su comportamiento fue el de llevar víveres a la choza donde se encontraba la persona secuestrada, sin haber tomado parte de manera esencial en el ilícito" [365]. En otro caso: *"Tomar fotografía a una persona secuestrada por terroristas constituye participación en el delito de secuestro en el grado de complicidad secundaria"* [366].

1181. Punibilidad de la complicidad

En cuanto a la **punibilidad** que origina la complicidad, el Código Penal ha establecido que el cómplice primario (cooperador necesario) será reprimido con la pena prevista para el autor. Esto no significa que deba tener idéntica pena a la del autor, sino que simplemente debe ser sancionado dentro de los marcos penales establecidos en los tipos legales de la parte especial. En relación a la complicidad secundaria, se establece una *disminución prudencial* de la pena (artículo 25, segundo párrafo, Código penal). Sin embargo, la Exposición de Motivos del Código Penal señala que la reducción de pena debe ser por debajo del mínimo legal [367].

---

[364] Otra jurisprudencia: *"El hecho de haber proporcionado, a quienes ya tenían decidido cometer el hecho punible, la información de todo el movimiento económico y los lugares donde se encontraban las especie a sustraer, permite colegir que la calidad jurídica de los procesados no es la de cómplices primarios sino la de cómplices secundarios"*. Ejecutoría Suprema del 10 de noviembre de 1998, Exp. 4188-98 Callao **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 279.

[365] Ejecutoría Suprema del 19 de noviembre de 1997, Exp. 4614-97 Lima **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 551.

[366] Ejecutoria 630-93 Lima del 17 de junio de 1993 **en** INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 46.

[367] "La pena del cómplice secundario, que conforme al Código Penal en vigor es de atenuación facultativa, en el Proyecto que se motiva resulta de obligatoria disminución, debiendo imponerse la sanción por debajo del mínimo legal señalado para el delito cometido (artículo 21°) (*sic*)".

Capítulo XIII
ANTIJURIDICIDAD

Sumario: §76. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico. §77. La causas de justificación. §78. Legítima defensa. §79. Estados de necesidad agresivo. §80. Ejercicio legítimo de un derecho. §81. Justificación en los delitos imprudentes. §82. Justificación en los delitos omisivos.

Bibliografía

Julio Armaza Galdos: *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Adrus, Arequipa 2004; idem, *Estado agresivo y defensivo de necesidad*, **en** Anuario de Derecho Penal. Monográfico sobre «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Fondo Editorial PUCP, Lima 2003. / Enrique Bacigalupo: *Legítima defensa y estado de necesidad en la reforma penal*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 5, Año III, GC ediciones, Lima 1995. / Francisco Baldo Lavilla: *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona 1994. / Dino Carlos Caro Coria: *Legítima defensa*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / José Cerezo Mir: *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española*, **en** Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / Reiner Chocano Rodríguez: *La justificación en situaciones de legítima defensa*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004; idem, *Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo*, **en** Anuario de Derecho Penal. Monográfico sobre «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Lima 2003. / Norah Córdoba Alcántara: *Legítima defensa: doctrina, legislación, jurisprudencia, derecho comparado*, LEJ, Lima 2004. / Antonio Cuerda Riezu: *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid 1984; idem, *Sobre el concurso entre causas de justificación*, **en** Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / José Luis Diez Ripollés: *La categoría de la antijuridicidad*

en derecho penal, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / DAVID FELIP I SABORIT: *El objeto del conocimiento de la antijuridicidad*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 2, Instituto de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2001. / HANS-LUDWIG GÜNTHER: *La clasificación de las causas de justificación en derecho penal*, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / HANS JOACHIM HIRSCH: *La regulación del estado de necesidad*, en Derecho penal. Obras Completas. Libro Homenaje, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / SUSANA HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid 1984. / GÜNTHER JAKOBS: *Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2003. / DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995; IDEM, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona 1978. / SANTIAGO MIR PUIG: *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 15, Idemsa, julio 2004. / FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001. / CÉSAR NAKASAKI SERVIGÓN: *Obrar por disposición de la ley*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / CARLOS SANTIAGO NINO: *La legítima defensa*, Astrea, Buenos Aires 1982. / WALTER PERRON: *Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán*, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra 1995. / JORGE PERDOMO TORRES: *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa?*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2004. / HORACIO ROLDÁN BARBERO: *Estado de necesidad y colisión de intereses*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 20, Edersa, Madrid 1983. / CLAUS ROXIN: *Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 17, Edersa, Madrid 1982. / MAXIMILIANO ADOLFO RUSCONI: *La justificación en el Derecho penal, Algunos problemas actuales*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires 2001. / ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN: *Los elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona 1993. / RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES: *Breve apunte histórico sobre el elemento subjetivo en la legítima defensa en los Códigos penales españoles*, en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / JUAREZ E. X. TAVARES: *Direito penal da negligencia. Uma contribuição à teoría do crime culposo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2003. / CARLOS SHIKARA VÁSQUEZ SHIMAJUKO: *Estado de necesidad justificante*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Las agresiones extrapenales en la legítima defensa*, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 4, Nº 32, Trujillo 2003. / SERGIO VELA TREVIÑO: *Antijuridicidad y justificación*, 2ª ed., Trillas, México 1986.

§76. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico

1182. Tipicidad como indicio de la antijuridicidad

Para efectos de la imputación, el primer paso es verificar la tipicidad de la conducta, pero esto no basta y es necesario determinar si la conducta típica es antijurídica. Así, la tipicidad de la conducta se erige como **indi-**

cio de la antijuridicidad. Frecuentemente, la conducta típica es también antijurídica [1]. En este nivel valorativo, esencialmente se estudian los presupuestos de las «causas de justificación» bajo los cuales lo injusto puede excluirse o atenuarse. De esta manera, la constatación de la antijuridicidad se convierte en una investigación sobre la juridicidad de la conducta (sobre circunstancias de justificación), «con el efecto de desvirtuar aquel indicio, pese a haberse cumplido un tipo» [2].

Antijuridicidad significa «contradicción con el derecho» [3]. La conducta típica tiene que ser confrontada con los valores provenientes de todo el ordenamiento jurídico. Sólo producto de la graduación de valores de la antijuridicidad, se decide definitivamente si el hecho es antijurídico o conforme a derecho, si es que contradice o no al ordenamiento jurídico en su conjunto. Este es el sentido de la contradicción con el Derecho [4].

1183. Antijuridicidad

Se diferencia entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material [5]. La **antijuridicidad formal** es la relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, es decir, la oposición al mandato normativo, desobedeciendo el deber de actuar o de abstención que se establece mediante las normas jurídicas. La **antijuridicidad material** se concibe como la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger. Esta afección al bien jurídico puede ser una lesión o una puesta en peligro (artículo IV, Título Preliminar, Código penal). A nivel de la criminalización primaria y secundaria, este concepto implica precisar qué razones existen para conminar con pena un determinado comportamiento como «lesión intolerable del orden de la comunidad» o «com-

1184. Antijuridicidad formal y material

---

[1] Stratenwerth, 2005, p. 207, num. 1; Jescheck/Weigend, 2002, p. 348; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 304.

[2] Maurach/Zipf, 1994, p. 417.

[3] Jescheck/Weigend, 2002, p. 249; Mezger, 1958, p. 131.

[4] Jescheck/Weigend, 2002, p. 250.

[5] Esta dicotomía entre antijuridicidad formal y material, no siempre tuvo el mismo significado: antes se hacía mención al derecho positivo para indicar la antijuridicidad o al apoyo en la invocación de puntos extrajurídicos. *Vid.* Maurach/Zipf, 1994, pp. 421-422. Esta nueva distinción entre antijuridicidad formal y material se debe a Liszt, quien afirmaba que «materialmente antijurídica es la conducta socialmente dañosa (antisocial o al menos asocial) (...). La acción antijurídica es (...) lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (...)» (Liszt, **en** Roxin, 1999, p. 559, num. 5).

portamiento socialmente dañoso» [6]. La antijuridicidad material tiene importancia práctica [7]: permite realizar graduaciones del injusto y darle un provecho dogmático. Creemos que la antijuridicidad nace de la ley pero, en ciertos casos, se recurre a criterios materiales referidos a pautas sociales de conducta; la antijuridicidad es un **concepto único** que tiene un aspecto formal y otro material. Se trata de precisiones sobre un mismo fenómeno: es formal porque parte del ordenamiento jurídico y es material porque implica la afectación de un bien jurídico [8].

1185. Antijuridicidad e injusto

La **antijuridicidad** es un predicado de la conducta, una cualidad o propiedad que se le atribuye a la acción típica para precisar que es contraria al ordenamiento jurídico, a diferencia de lo **injusto**, que es un sustantivo que se utiliza para denominar a la acción típica luego que es calificada como antijurídica: es el objeto de valoración de la antijuridicidad [9]. Lo injusto es la imputación del hecho. La antijuridicidad es común a todo el orden jurídico y no puede ser mayor o menor, podrá estar limitada dentro del Derecho Penal, por regla general, va mucho más allá. A diferencia, lo injusto puede ser más o menos grave [10] o, puede ser penal, civil o laboral. En la práctica, la antijuridicidad es un procedimiento de constatación negativa de la misma para determinar si al caso concreto le alcanza alguna causa de justificación.

§77. Causas de justificación

1186. Causas de justificación

Las causas de justificación [11] son aquellas que excluyen la antijuridicidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a Derecho. Se admite que las causas de justificación no son un problema

---

[6] JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 250-251. *Vid.* BERDUGO *et al.*, 1999, p. 146.

[7] ROXIN, 1999, p. 559, num. 6.

[8] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 600; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 305. En el derecho penal peruano, HURTADO POZO considera que a estas dos perspectivas se le debe concebir de manera integral (2005, p. 516, num. 1342).

[9] ROXIN, 1999, p. 558, num. 3. Señala que esta diferenciación se impone a partir de WELZEL (*Ibidem*). *Vid.* WELZEL, 1976, p. 78. Al respecto, véase la crítica de MEZGER, 1958, pp. 132-133.

[10] BACIGALUPO, 2004, pp. 339-340.

[11] «Para la moderna teoría de la imputación objetiva, no existe una diferencia material entre ausencia de imputación objetiva y la aceptación de las estructuras de descargo de la imputación» (denominación usada para referirse a las causas de justificación) (GARCÍA CAVERO, 2003, p. 613).

específico del Derecho Penal sino del ordenamiento jurídico en general. Por tanto, el catálogo de causas de justificación es un *catálogo abierto* (*numerus apertus*) [12] pues el número de causas de justificación no puede determinarse de forma definitiva [13]. En consecuencia, no sólo están previstas en el artículo 20 del Código Penal sino que pueden ser procedentes de cualquier parte del ordenamiento jurídico, existiendo entre éstas y las normas típicas, que sólo se dan en el Derecho Penal, una auténtica relación complementaria [14].

1187. Causa de justificación y causa de inculpabilidad

Una de las diferencias entre una *causa de justificación* y una *causa de inculpabilidad* está en que la justificación además de impedir la pena, convierte el hecho en lícito, lo que no ocurre con la de inculpabilidad que sólo impide la pena. Sin embargo, esta diferenciación no es pacífica [15]. Lo que importa es establecer si la exclusión concierne a la valoración objetiva del hecho total o si elimina solamente el reproche personal, pese a existir injusto. De ahí la importancia de la distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante [16].

1188. Teoría monista de la justificación

Existen diferentes criterios para fundamentar un sistema de causas de justificación: teoría monista y teoría pluralista. La **teoría monista** tiende a utilizar criterios generales para todas las causas de justificación, reduciendo la fundamentación a un principio único totalmente abstracto. Ejemplo: «más utilidad que daño social» (SAUER), «utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico» (von LISZT, GRAF ZU DOHNA), «ponderación de valores» (NOLL) [17]. Esta teoría afirma que para encontrar la estructura y alcances de las causas de justificación en particular, sólo sirve un enfoque que destaque la variedad del contenido material de cada una de las causas de justificación [18]. Estos conceptos generales no permiten una clara distinción entre causas de justificación, por lo que han sido abandonados.

---

[12] STRATENWERTH, 2005, p. 208, num. 2. *Vid.* ROXIN, 1999, p. 575, num. 41.

[13] Cfr. ROXIN, 1999, p. 572, num. 37. No se puede aceptar la existencia de causas de justificación en el derecho consuetudinario, pues vulneraría el principio de legalidad (JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 351).

[14] Cfr. BAUMANN, 1981, p. 183.

[15] *Vid.* CEREZO MIR, 2001b.

[16] MEZGER, 1958, p. 160.

[17] BACIGALUPO, 1998, p. 253; IDEM, 1987, p. 219. BAUMANN, 1981, p. 184: «son muy importantes los intentos de MEZGER (...) de fundar las causa de justificación de las atribuciones del cargo y el estado de necesidad justificante (antes, supralegal) en el principio de conservar el bien jurídico preponderante y las causas de justificación del consentimiento y del consentimiento presunto en el de la falta de injusto».

[18] JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 348-349. *Vid.* también MAURACH/ZIPF, 1994, p. 426.

La teoría pluralista opera de manera diferente y señala que cada causa de justificación tiene su propia fundamentación. En este sentido, y considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses, se aceptan principios justificantes como: ausencia de interés (usada por MEZGER para fundamentar el consentimiento) [19] y principio del interés preponderante (estado de necesidad) [20], prevalecimiento del Derecho, principio de proporcionalidad, etc. Estas teorías pluralistas tratan de asignar un lugar autónomo en el sistema de causas de justificación al consentimiento. La elaboración de estos principios ordenadores de base social perfila la antijuridicidad material, pues la fundamentan en cada caso de causa de justificación delimitando los bienes jurídicos que son afectados. La combinación de los diferentes principios en las diversas causas de justificación «operan como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular como su contexto» [21][22].

1189. Teoría pluralista de la justificación

En la actualidad, se tiende a reducir la importancia explicativa de los principios que fundamentan a la justificación. En este sentido se afirma que «como consecuencia de la intervención de la norma justificante, tanto el desvalor de acción como el de resultado del hecho debe decaer o ser compensado en todo o en su mayor parte. Nada más puede decirse acerca de los principios comunes a todas las causas de justificación, pues cada una de ellas descansa sobre combinaciones completamente diversas de factores justificantes» [23].

1190. Fundamentación actual de la justificación

El moderno debate sobre las causas de justificación gira en torno si es posible trasladar una causa de justificación de un orden jurídico a otro. Esto implica discutir la existencia de una antijuridicidad específicamente penal. Bajo el marco de la unidad del orden jurídico, todos los efectos de las causas de justificación serían operativos en el orden jurídico en su totalidad. Ejemplo: el sujeto que actúo en estado de necesidad justifican-

1191. Unidad del orden jurídico y causas de justificación

---

[19] CHOCLÁN MONTALVO, **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 198.

[20] BACIGALUPO, 2004, p. 342. Cfr. BAUMANN, 1981, p. 184. Estas teorías surgen a partir de MEZGER, en muy parecido sentido que BLEI (Cfr. ROXIN, 1999, p. 573, num. 39).

[21] ROXIN, 1999, p. 575, num. 41.

[22] JAKOBS busca reconducir las causas de justificación a tres principios: a) *principio de responsabilidad* (o de ocasionamiento o provocación) *por parte de la víctima de la intromisión*, b) *principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intromisión*, y c) *principio de solidaridad*. Así, en el primer grupo se encuentra la legítima defensa, en el segundo la autorización justificante, y en el tercero el estado de necesidad agresivo (ROXIN, 1999, p. 576, num. 43). Estos criterios «no agotan los aspectos decisivos en la regulación, y además no son muy adecuados para la 'estructuración de las causas de justificación' emprendida por JAKOBS, sino que en parte se meten por en medio de ella» (*Ibidem*) Como por ejemplo el estado de necesidad, que tiene una combinación de estos principios (*Ibidem*).

[23] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 349.

te no tendría responsabilidad civil. En el presente, se sostiene que una causa de justificación no puede ser trasladada automáticamente de un ámbito jurídico al otro. En todo caso, la discusión plantea establecer cuáles son los criterios para trasladar una causa de justificación no penal al campo del Derecho Penal [24].

La ausencia de antijuridicidad tiene importantes *consecuencias*: *Primera*, se excluye la antijuridicidad, por tanto la acción sigue siendo típica pero está permitida. Esta es la diferencia con las demás eximentes de responsabilidad del artículo 20 del Código Penal y del ordenamiento jurídico. *Segunda*, contra una conducta justificada no cabe legítima defensa, pues la persona que agrede ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada [25]. *Tercera*, cuando el autor actúa justificado no se admite la sanción de otros sujetos como partícipes, como consecuencia del principio de accesoriedad limitada. *Cuarta*, la provocación intencional de una situación que permita invocar una causa de justificación excluye la justificación. *Quinta*, no es posible aplicar una medida de seguridad u otra sanción a una conducta justificada [26]. *Sexta*, cuando se comprueba la existencia de una causa de justificación, el juzgador está exento de verificar la culpabilidad del agente, ya que ésta sólo es verificable luego de comprobada la antijuridicidad de la conducta. *Séptima*, la conducta justificada excluye la responsabilidad civil en el campo penal, que es una consecuencia del delito. Esto tiene validez para el Derecho Penal pero no es necesariamente aplicable al Derecho Civil. *Octava*, las causas de justificación sólo toleran intromisiones en los bienes jurídicos a cuyo titular se refiere la proposición permisiva. En cambio, «las lesiones de intereses de terceros jurídicamente protegidos son, por el contrario, básicamente antijurídicas aun cuando tienen lugar como consecuencia de una desviación de la acción permitida» [27].

1192. Algunos efectos de las causas de justificación

Las causas de justificación tienen **aspectos objetivos y subjetivos**. Para justificar una conducta típica no es suficiente que se presente objetivamente la situación justificante. Se requiere, además, que el autor conozca esa situación justificante y quizá una voluntad específica, por lo menos en conductas dolosas [28]. Debido a esto, una acción típica no está justificada

1193. Aspectos objetivos y subjetivos de las causa de justificación

---

[24] *Vid.* Bacigalupo, 2004, pp. 343-344.

[25] Wessels, 1980, p. 84. Cfr. Maurach/Zipf, 1994, p. 430; Roxin, 1999, p. 602, num. 105; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 313.

[26] Muñoz Conde/García Arán, 2002, pp. 313-314.

[27] Jescheck/Weigend, 2002, p. 357.

[28] Para Rusconi nada impide que las causas de justificación tengan un funcionamiento ambivalente: justifica lo objetivo, lo subjetivo y lo objetivo más lo subjetivo

por el sólo hecho que existan los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino que el autor «debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante y sobre la base de las facultades que ésta le otorga» [29]. Ejemplo: para comprobar una legítima defensa no sólo basta probar que se defendió objetivamente, sino que, además, sabía que estaba repeliendo una agresión ilegítima y actuó con voluntad de defenderse [30].

1194. Justificación incompleta

La **justificación incompleta** o parcial se basa en la idea que la antijuridicidad es variable, es decir, en ciertos supuestos la conducta no estará plenamente justificada, porque no se presentan los elementos objetivos y subjetivos de la justificación específica (artículo 21 en relación con los artículos 20.3, 20.4 y 20.8, Código penal). Ejemplo: el sujeto que realiza una legítima defensa excediéndose en el marco de la racionalidad de los medios utilizados. Para estos casos el Derecho Penal peruano establece una atenuación de la pena.

1195. Concurrencia de justificaciones

En los supuestos que a una misma conducta le sean aplicables varias causas de justificación, creemos que no siempre se pueda resolver conforme a las reglas del concurso [31]. Así, en el supuesto de si la conducta cumple los requisitos de cualquiera de las causas de justificación, no es que se presente un *concurso real* con efecto justificante acumulado, sino que se deberá optar por cualquiera que justifica la conducta. Por otro lado, «es posible admitir el equivalente a un *concurso ideal* de causa de justificación (...) cuando en un hecho constitutivo de un delito complejo o compuesto cada uno de sus actos parciales le es aplicable una causa de justificación distinta» [32].

§78. Legítima defensa

1196. Legítima defensa

Es la defensa necesaria ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente (artículo 20 numeral 3, Código penal). La legítima defensa puede presentarse sobre la persona o sus derechos (**legítima defensa propia**), la

(2001, p. 45). ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2005, p. 465, num. 1 y ss.) afirman que la justificación no exige elementos subjetivos.

[29] WESSELS, 1980, p. 82.

[30] *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 313.

[31] Para CUERDA RIEZU (1995, p. 257) «el bagaje de conceptos que ofrece la teoría tradicional del concurso tiene un gran valor en el ámbito de las causas de justificación, pero a mi juicio ni los presupuestos concursales ni las consecuencias jurídicas concursales son exactamente equiparables en ambos casos».

[32] LUZÓN PEÑA, 1999, p. 581.

persona o derechos de terceros (**legítima defensa impropia**). Nuestra legislación ya no admite la llamada *legítima defensa presunta* prevista en el derogado código de 1924 (Ley 23404).

El *fundamento* de la legítima defensa estriba en la idea que el derecho no está en la situación de soportar (o ceder ante) lo injusto [33] [34]. Dos son las bases de esta idea fundamental: *principio de protección individual* o de autodefensa y *principio de mantenimiento del orden jurídico* (prevalecimiento del derecho, defensa del derecho) [35] [36]. El primero es el *aspecto individual* de protección de los propios bienes jurídicos. En este caso, la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado es irrelevante. Sólo importa la defensa contra la agresión antijurídica. De esto se desprende que al que es atacado antijurídicamente no se le exige que eluda la confrontación en determinados casos. Por otro lado, el segundo, el *aspecto supraindividual* (jurídico-social) de la legítima defensa está dirigida a la afirmación del derecho, defensa de terceros y a la restricción de la legítima defensa cuando no está orientada a afirmar el derecho. Esto significa que el sujeto que se defiende de una agresión ilegítima no sólo está protegiendo sus bienes jurídicos sino además está impidiendo se afecte al ordenamiento jurídico [37]. Incluso, este principio concede protección

1197. Fundamento de la legítima defensa

---

[33] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 360.

[34] Se han desarrollado diferentes fundamentos de la legítima defensa: Fundamentaciones que no conducen a la licitud de la defensa. 1) Perturbación del ánimo que llega a excluir la imputabilidad del autor (PUFENDORF); inculpabilidad por conflicto de motivaciones (entre el instinto de conservación y la motivación legal que pretendiera hacerle desistir de su defensa: UTELBACH, SCHMITZ); 2) el fundamento estaría en la idea de retribución misma, con lo que la legítima defensa se ubicaría como una causa de exclusión de la punibilidad (GEYER), analogía con la pena (MAYER, WEGNER) pero que la ubican como causa de justificación. Fundamentaciones que conducen a la licitud de la defensa: 1) fundamento evidente (la legítima defensa es un derecho natural, innato y tan antiguo como el hombre: RUEDA, SÁNCHEZ TEJERINA), falta de protección estatal (como fundamento: LEVITA, DOHNA, JIMÉNEZ DE ASÚA) (como presupuesto: FEUERBACH), instinto de conservación (PACHECO), protección del bien jurídico (MEYER, FINGER, JAGUSCH); enfrentamiento de derecho e injusto (LÖFFLER, KORN, MAURACH), «el derecho no necesita ceder al injusto» (BERNER), doble fundamento (que conjugan los aspectos individuales y *supra* individuales de la legítima defensa). *Vid.* LUZÓN PEÑA, 1978, pp. 17-61.

[35] *Vid.* CEREZO MIR, 2003, I, p. 207. Cfr. JESCHECK, 1993, pp. 302-303; MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 438 y ss.; LUZÓN PEÑA, 1999, p. 587; ROXIN, 1999, p. 608, num. 1.

[36] BINDER se refiere al principio de necesidad y de autotutela, es decir, aquellos casos en los cuales el Estado no puede garantizar la defensa del individuo y él queda librado nuevamente a sus propias fuerzas (2004, p. 190).

[37] ROXIN considera que hacer entrar en juego tanto la prevención especial como la prevención general posibilita conclusiones más precisas. «El principio de protec-

individual también en los casos en los que el mal repelido era menor al causado. Por eso, «el agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; pero además, para afirmar la vigencia del Derecho en la sociedad» [38]. Estos dos principios deben operar conjuntamente, pues las diferentes necesidades del prevalecimiento del derecho influyen de diferentes formas en la configuración de las facultades de protección [39]. Creemos que no es posible tomar a uno sólo de estos principios, pues elimina el equilibrio y limitación entre ellos [40].

Jurisprudencia:

«La legítima defensa se basa en dos principios: la protección (aspecto individual) y mantenimiento del orden jurídico (aspecto supraindividual)» [41]. En otro caso: *«Según la doctrina penal, la legítima defensa se funda en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto, por lo que el ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones sino también de normas permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley, pero que por causas justificadas son permitidos y por lo tanto no punibles; es decir, existen causas que excluyen la antijuridicidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico; y si un hecho o una acción no es antijurídica, esto es, no es contraria al orden jurídico porque la ley lo permite, entonces no es delito, y no siendo delito al que actúa en legítima defensa no se le puede sancionar»* [42].

---

ción sirve a la prevención especial, en el sentido que mediante la defensa por parte de los agredidos debe impedirse que un determinado agresor realice una acción antijurídica. El principio de defensa del derecho sirve a la prevención general, puesto que el rechazo de la agresión muestra a otros potenciales quebrantadores del derecho que no se puede agredir a alguien sin corre un riesgo» (ROXIN, 1982, p. 301; IDEM, 1999, p. 608 y ss. Cfr. BUSTOS, 1984, p. 233; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 227).

[38] ROXIN, 1999, p. 575, num. 41.

[39] Cfr. *Ibidem*, p. 609, num. 3.

[40] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 326. «Importa evitar la impresión de que se trata de una mera mezcla desarticulada de dos principios antagónicos. El elemento colectivo, de defensa y afirmación del orden jurídico, constituye el fundamento específico de la legítima defensa, que distingue esta figura del estado de necesidad. El elemento individual es el que otorga legitimación al particular para desempeñar en nombre del Estado la función de afirmación del Derecho. Podría decirse, según esto, que la legítima defensa encuentra su razón de ser en la defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales» (MIR PUIG, 2004, pp. 428-429).

[41] Exp. 4742-96 Lima **en** *Anales Judiciales*, T. LXXXIV, 1998, p. 269.

[42] Sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Junín de 17 de setiembre de 1996, Exp. 1655-91, **en** *Serie de Jurisprudencia* 3, 2000, p. 271.

La moderna doctrina penal se orienta hacia una cierta restricción de la legítima defensa [43]. Así, recientemente se viene ofreciendo una fundamentación exclusivamente individual a la facultad de defensa, la que es legitimada en la necesidad de «autoimposición de la propia libertad organizativa frente a comportamientos directamente encaminados a negarla. Por eso, el deber de tolerar la acción defensiva se basa en la responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros» [44].

1198. Deber de tolerancia del agresor

En el Derecho Penal peruano, los *requisitos* de la legítima defensa son: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y, falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende.

1199. Requisitos de la legítima defensa

Jurisprudencia:

«No existe ninguna posibilidad de imputación del resultado a quien hizo la defensa de su patrimonio y de su propia vida, porque no creó la situación de conflicto, constituyendo el supuesto de hecho una situación de legítima defensa prevista en el inciso tercero del artículo 20 del Código Penal, toda vez que concurren sus elementos configurativos; agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; por consiguiente la conducta del acusado debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente en consideración al contexto especial en que se desarrolló la agresión y la respuesta frente a ella, desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta» [45].

a. Agresión ilegítima

a.1. Agresión es conducta humana

La agresión es una conducta ilegítima que amenaza lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico [46]. En

1200. Agresiones conducta humana

---

[43] Mir Puig, 2004, p. 429, num. 41.

[44] Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 202. En esta misma línea, García Cavero, quien afirma que la fundamentación de la legítima defensa se encuentra en el ámbito de la normatividad pura. «Se trata concretamente de una organización responsable del agresor que amenaza la esfera de organización del defensor (agresión ilegítima del artículo 20, inciso 3, literal a del Código penal). La competencia de esta incorrecta organización recae sobre el agresor, de manera que a éste se le imputa los deberes de tolerancia de la acción de defensa» (2003, p. 623).

[45] Ejecutoria Suprema del 27 de abril de 1998, Exp. 4986-97 **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 94.

[46] Roxin, 1999, p. 611, num. 6; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2002, p. 618.

este sentido, cuando no existe conducta humana, no es posible calificar una agresión.

1201. Exclusión de la agresión

Como consecuencia se *excluyen* de la legítima defensa los siguientes supuestos: *Primero*, no se admite la legítima defensa contra los ataques de animales o cosas. En estos casos, debe resolverse como estado de necesidad [47]. *Segundo*, no es posible ejercer la legítima defensa contra personas jurídicas. *Tercero*, no existe agresión en los supuestos de ausencia de conducta; v. gr. el que ataca a otro bajo los efectos de fuerza física irresistible, acto reflejo, inconsciencia [48].

1202. Agresión de inimputables o por error

Es discutida la situación de los *menores de edad, inimputables* (anómalos psíquicos, etc.), y de los que *actúan en error*. En principio, se acepta que actúan en legítima defensa, pero frente a la agresión de tales sujetos debe obrarse con el mayor cuidado posible, pues no se le concede a nadie un derecho ilimitado de legítima defensa [49].

1203. Agresión por omisión

La agresión no es sólo un obrar activo (comisión) sino que también puede darse por *omisión propia* [50]. Ejemplo: el médico que omite prestar auxilio inmediato a un herido a quien encuentra en una carretera (omisión propia, artículo 127, Código penal), puede ser obligado a que preste auxilio. También creemos que la agresión puede ser una *omisión impropia* [51]. Para poder asumir la existencia de una agresión por omisión impropia es preciso que el sujeto se encuentre en una posición de garantía. Ejemplo: el sujeto que intencionalmente omite llamar o detener a su perro que ataca (posición de garante). Por el contrario, «el tercero que se encontrara en situación de intervenir o incluso pudiera estar obligado a hacerlo, no incurre en agresión por omisión» [52].

---

[47] *Vid.* GIMBERNAT, 1979, p. 56; LUZÓN PEÑA, 1999, pp. 591-592. Para CHOCANO RODRÍGUEZ (2004, p. 199) queda excluida la agresión si se mantiene dentro del riesgo permitido, así en el caso de agresiones de animales no existe legítima defensa sino un estado de necesidad agresivo. Antiguamente, el ataque podía provenir de cualquier ser viviente (Cfr. MEZGER, 1958, p. 169).

[48] MIR PUIG, 2004, p. 431, num. 49; ROXIN, 1999, p. 612, num. 8.

[49] CHOCANO RODRÍGUEZ (2004, p. 118), desde una perspectiva jurídico-social, afirma que está excluida la legítima defensa contra inimputables y que al agredido se le impone el deber de solidaridad de manera que estos casos deban resolverse en el ámbito del estado de necesidad agresivo.

[50] En contra, WELZEL, 1976, p. 122, LUZÓN PEÑA, 1999, p. 590; ROXIN, 1999, p. 614, num. 13.

[51] STRATENWERTH, 2005, p. 229, num. 61 (con restricciones); BUSTOS, 2004, I, p. 890; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 620. En contra: GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 336.

[52] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 441.

La agresión puede ser *dolosa* o *imprudente*. Entendemos que la expresión «agresión» no excluye literalmente la posibilidad de un actuación imprudente, además la ilegitimidad de un conducta puede ser tanto dolosa como culposa y no se descarta la posibilidad práctica que una agresión imprudente permita una reacción en legítima defensa según los requisitos que la ley exige [53].

1204. Agresión dolosa o imprudente

a.2. Actualidad de la agresión

La agresión ha de ser **actual** y esto ocurre desde el momento en que la agresión es inminente y mientras se siga desarrollando (impedir o repeler la agresión). El agredido puede defenderse antes que la agresión se consume, es decir, con ello se hace referencia a la decisión irrevocable del atacante de dar comienzo a la agresión [54], de modo análogo al comienzo de la tentativa [55]. La agresión desaparece cuando el delito está consumado o agotado, es decir, en consumación formal o material [56]. Sin embargo, seguirá siendo actual mientras perdure, como ocurre en el caso de los *delitos continuados* (ejemplo: injurias) y en los *delitos permanentes* (ejemplo: detención ilegal). También perdura la agresión, en los *delitos de estado*, si aún subsiste la posibilidad de evitar de manera inmediata que continúe el ataque al bien jurídico, pues aún no se agota materialmente. Ejemplo: persecución al ladrón en fuga. Sin embargo, desaparecidas las posibilidades de restablecimiento inmediato, también desaparece la posibilidad de legítima defensa [57]. Ejemplo: el sujeto que luego de haber sido herido, dispara a su agresor a la espalda cuando huía.

1205. Actualidad de la agresión

No existe agresión si esta es una *tentativa inidónea* [58], no porque falte el interés de prevalecimiento del derecho, sino porque no hay interés de protección. Habrá que tomar en cuenta la posibilidad de error en los presupuestos de una causa de justificación de parte del que se defiende.

1206. Agresión como tentativa inidónea

---

[53] Así también Quintero Olivares, 2000, p. 502; Jescheck/Weigend, 2002, p. 363; Mir Puig, 2004, p. 432; Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 203; Ruiz Vadillo, en AA.VV., 1997, I, p. 643. En sentido contrario: Gómez Benítez, 1987, p. 334; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 327; Chocano Rodríguez, 2004, p. 119. Cfr. Luzón, 1999, p. 591.

[54] Bacigalupo, 1998, p. 261. *Vid.* Costa Junior, 1987, p. 302.

[55] Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 204.

[56] Mir Puig, 2004, p. 433, num. 52.

[57] Maurach/Zipf, 1994, p. 448.

[58] Roxin, 1999, p. 612, num. 9.

a.3. La ilegitimidad de la agresión

1207. Ilegitimidad de la agresión

La agresión ilegítima es equivalente a la agresión antijurídica. En este sentido, cualquier *bien jurídico* puede ser agredido [59]. Esta agresión no tiene que ser necesariamente contra un bien jurídico penalmente protegido, ya que puede ser cualquier interés jurídicamente reconocido [60]. En consecuencia, no es necesario que la agresión sea típica, es decir, que constituya un delito [61] [62]. Esta es una solución político-criminal preferible, pues, por ejemplo: sería insatisfactorio negarla frente a un hurto, aunque sólo constituya falta o, frente a quien desea perjudicar a otro agrediendo derechos reconocidos por la ley civil o la ley laboral. Es cierto que en estas agresiones menos graves o de «bagatela», los límites de la legítima defensa deben ser más estrictos de manera que, por ejemplo, agresiones de la vida social consideradas socialmente tolerables o que sean riesgos permitidos quedan excluidas de la legítima defensa [63].

1208. Defensa contra conductas justificadas

Por otro lado, es inaceptable la legítima defensa contra las conductas conforme a derecho (justificada); por ejemplo: no hay legítima defensa contra quien actúa en legítima defensa, estado de necesidad justificante, etc. [64]

No se acepta la protección de los llamados «bienes supra-personales», «comunitarios» o «colectivos», por ejemplo, el orden público [65]. Sin

---

[59] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 364; ROXIN, 1999, p. 623, num. 29. *Vid.* TOLEDO, 1987, p. 187.

[60] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 441. Cfr. ROXIN, 1999, p. 623, num. 29.

[61] *Vid.* GIMBERNAT, 1979, p. 54. Dif. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 328; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 228; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 442. La posición defendida por SCHMIDHÄUSER limita radicalmente la legítima defensa por una exagerada consideración de la faz social de la legítima defensa, pues, además de la agresión, se requiere que ésta ponga en duda abierta el orden jurídico (MAURACH/ZIPF, 1994, pp. 444-445).

[62] «Considerar que la agresión debe ser típica es insostenible (...) El alto volumen de un equipo de música es una clara agresión constitucionalmente antijurídica, pues atenta contra el descanso y la tranquilidad de los que todos tenemos derechos y que han sido consagrados en el art. 2 inc. 22 C.P.E. De esto se desprende que si la afectada por el alto volumen de su compañera es agredida ilegítimamente cabe legítima defensa» (VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2003, p. 176).

[63] CHOCANO RODRÍGUEZ, 2004, p. 127.

[64] CHOCLÁN MONTALVO, en CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 203. Sí es admisible la legítima defensa en caso de exceso en la legítima defensa, cfr. MEZGER, 1958, p. 170.

[65] El Estado cuenta con organismos que tienen encargada la tarea de defenderlos. Ejemplo: la policía que interviene en manifestaciones que alteran el Orden Público, por eso, «no es deseable dotar de modo general a la población de facultades

embargo, sería posible aceptar su defensa siempre que «la salvaguardia de un bien individual requiera su protección simultánea» [66]. También, cuando los bienes jurídicos agredidos pertenezcan al Estado en su condición de persona jurídica [67].

1209. Defensa de bienes jurídicos colectivos

a.4. Realidad de la agresión

Para la legítima defensa, la agresión debe ser **real** [68]. No es suficiente que el que se defienda se imagine la agresión. Si la agresión es imaginaria para quien se defiende, estaremos ante un caso de **legítima defensa putativa**. Creemos que el tratamiento que corresponde es el de error de prohibición vencible o invencible de acuerdo a las circunstancias [69] (artículo 14, segundo párrafo, Código penal).

1210. Legítima defensa putativa

b. Necesidad de la defensa

Sólo los *bienes jurídicos* del agresor pueden ser afectados por la *defensa*, siempre que le sirvan para la agresión. Cualquier bien jurídico puede ser afectado por la defensa (v. gr. vida, salud, libertad ambulatoria, etc.). Diferente es la situación si el agresor utiliza a una tercera persona o a sus bienes jurídicos. En los casos de utilización de la persona de un tercero, puede distinguirse dos situaciones: si se emplea la fuerza física irresistible sobre el tercero para que agreda a otro, el que se defiende actúa en estado de necesidad exculpante. Ejemplo: el que empuja a un tercero, quien pierde el equilibrio, con la finalidad que al caer lesione a otro. Si se utili-

1211. Necesidad de la defensa

---

policiales mediante el rodeo de la legítima defensa» (Roxin, 1999, p. 627, num. 38). En la justificación del uso de violencia de parte de particulares en defensa de bienes superiores del Estado, puede tratarse de un estado de necesidad justificante (Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 365).

[66] Hurtado Pozo, 2005, p. 532, num. 1384. Precisa además que el derecho a la insurgencia establecido en el artículo 46 numeral 2 de la Constitución Política no es un supuesto de legítima defensa del Estado de derecho sino que se trata del reconocimiento del ejercicio de los derechos políticos del ciudadano, asemejándose al estado de necesidad (*Ibidem*, num. 1386).

[67] Gómez Benítez, 1987, p. 331. Roxin, 1999, p. 627, num. 39. Novoa Monreal (1960, I, p. 354) afirmaba que el Estado considerado desde el derecho público es también una persona y, por tanto, no puede rechazarse la posibilidad de su legítima defensa. *Vid.* Jescheck/Weigend, 2002, pp. 364-365. Opinión contraria en: Maurach/Zipf, 1994, p. 442.

[68] Berdugo *et al.*, 1999, p. 227.

[69] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 329.

za la *coacción* sobre un tercero para que agreda a otro, el que se defiende actuará en legítima defensa, pues el tercero realiza un acto voluntario [70]. Ejemplo: quien amenaza con matar al hijo de un tercero y lo obliga de esta manera a robar, pero cuando el tercero practicaba el robo es repelido y lesionado por la víctima.

1212. Racionalidad de la defensa

Defensa es aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria y, por ende, esta debe ser **racional**, es decir, la adecuada para impedir o repeler la agresión. La defensa debe ser *idónea* y representar el medio menos perjudicial para el agresor [71]. Lo racional «hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta para cualquier persona de las característica del autor colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*)» [72]. En ese sentido, debe tenerse en cuenta la totalidad de los datos personales y circunstanciales que concurrieron en el hecho [73], las circunstancias que rodearon a la agresión y a la defensa: intensidad del ataque, peligrosidad del agresor y de su actuar, medios disponibles para la defensa [74]. Ejemplo: será racional aquella defensa del que es agredido con un puñal si lo único que tenía para defenderse era un arma de fuego. La exigencia de la racionalidad de la defensa permite excluir aquellas conductas supuestamente defensivas que son abusivas, grotescas, insoportables o innecesariamente desproporcionadas. Ejemplo: dar muerte al ladrón que huía en el conocimiento que la cartera que había sustraído estaba vacía.

Jurisprudencia:

«Para la configuración de la legítima defensa, como causa de justificación, no se requiere que exista una proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa, sino que ésta sea racional. Por lo tanto actúa en el supuesto de legítima defensa el inculpado que repele el ataque mediante un disparo al aire y posteriormente dispara a la pierna de su agresor, en tanto no tenía otro instrumento»[75]. En otro caso: *«La necesidad racional del medio empleado no puede exigir una proporcionalidad material entre el ataque y la defensa, por el contrario debe valorarse de acuerdo a las circunstancias, ya que la utilización de un arma de fuego no puede considerarse excesiva, si los agresores siendo varios trataban de quitarle el arma de fuego y estaban premunidos de armas*

[70] BUSTOS, 2004, I, p. 895.

[71] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 368.

[72] MIR PUIG, 2004, p. 436, num. 65. Cfr. CARO CORIA, 2004a, p. 682.

[73] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 353.

[74] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 368.

[75] Sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Junín del 17 de setiembre de 1996, Exp. 1655-91 en Serie de Jurisprudencias 3, 2000, p. 271.

punzo cortantes»[76]. En otro caso: «*No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarlas es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño*»[77].

En la jurisprudencia y en la doctrina peruanas [78] se ha observado que la interpretación del término «*racionalidad*» ha sido entendida como «*proporcionalidad*» (término que no usa nuestro texto legal). Hablar de **proporcionalidad** estaría en función a decidir sobre la probable jerarquía de bienes jurídicos en conflicto y la lesión objetiva de los mismos. Tal situación no se presenta en la legítima defensa [79]. Esta situación motivó que el legislador a través de la Ley 27936 agregara en el artículo 20, numeral 3 del actual Código Penal, un párrafo en el sentido que «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 que se disponga para la defensa». Esta misma fórmula se mantiene en el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (artículo 20, numeral 3). Nosotros consideramos que esta aclaración, si bien no deja de ser correcta, pues la racionalidad del medio no puede estar

1213. Proporcionalidad de medios

[76] Ejecutoria Suprema del 10 de febrero de 1992, Exp. 1336-91 Lima **en** Rojjasi Pella, 1997, p. 92.

[77] Ejecutoria Suprema del 14 de junio de 1999, Exp. 1985-99 Lima **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 94.

[78] Véase la evolución doctrinal peruana **en** Armaza Galdos, 2004, p. 76. Cfr. Chocano Rodríguez, 2004, p. 123.

[79] Bustos, 2004, I, pp. 895-896. Roxin, 1999, p. 632, num. 46; en sentido contrario, Muñoz Conde/García Arán, 2002, pp. 330-331. «El principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo. Por tanto no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no está seguro de salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no tiene éxito, ser víctima de la agresión» (Roxin, 1999, p. 629, num. 42). «La cuestión depende de si tras la advertencia o tras imponer un medio defensivo menos peligroso, y en caso de que esto no tenga éxito, sigue siendo una defensa segura con un medio más duro; en tal caso habrá que utilizar medios de contención más considerados aunque siga siendo dudosa su eficacia» (*Ibidem*). Si no funciona la advertencia ni el medio menos lesivo, entonces se puede ejercer la legítima defensa con un medio más lesivo, pero más seguro, por ejemplo, un arma de fuego.

sujeta a una idea de proporcionalidad aritmética, sin embargo, resulta innecesaria, pues en la actualidad ha sido descartada [80].

Jurisprudencia que asume la proporcionalidad:

«Para eximir al encausado de responsabilidad por la causal de legítima defensa, el medio empleado para repeler el ataque debe ser proporcional entre el ataque y la repulsa; en caso de exceso, la concurrencia de tal causal de justificación es incompleta por lo que la pena a imponérsele podrá estar por debajo del mínimo legal»[81].

1214. Necesidad en abstracto y en concreto de la defensa

La necesidad racional se entiende en una doble perspectiva que no sólo limita al medio sino también a la misma defensa. Así, se requiere verificar tanto la **necesidad en abstracto de la defensa** (si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos), como la necesidad del medio defensivo concretamente utilizado (**necesidad en concreto de la defensa**) [82]. Es importante esta diferenciación porque si falta la necesidad de defensa en abstracto o en concreto, habrá que descartar una *legítima defensa perfecta* (podría ser una eximente incompleta, artículo 21 Código penal). Ejemplo: frente a la agresión inofensiva de un niño o de un ebrio, no hay necesidad racional de defensa y basta con esquivar la agresión.

1215. Exceso intensivo y extensivo

Se diferencia entre **exceso extensivo** y **exceso intensivo**, el primero es un exceso en la *duración* (tiempo) de una defensa necesaria, y el segundo es un exceso en la *intensidad lesiva* de la defensa que dada la agresión debía ser menor. El exceso extensivo excluye toda forma de legítima defensa mientras el exceso intensivo permitiría la eximente incompleta (artículo 21, Código penal) [83].

1216. Obligación de huir

No se exige en el sujeto una *obligación de huir (turpis fuga)* [84], pues admitir la fuga como exigencia implicaría imponer al agredido una obligación de hacer lo que no quiere, por ende, violentar su libertad individual; y, la exigencia de fuga sería inexigible a un agredido físicamente incapaz de huir (v. gr. un cojo o una mujer embarazada).

---

[80] Cfr. CARO CORIA, 2004a, p. 682; CHOCANO RODRÍGUEZ, 2004, p. 124.

[81] Exp. 279-93 Lima, en *Anales Judiciales*, T. LXXXII, 1998, p. 182.

[82] BUSTOS, 2004, I, p. 895. Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 435, num. 62; CARO CORIA, 2004a, p. 683.

[83] MIR PUIG, 2004, p. 436, num. 63.

[84] ARMAZA GALDOS, 2004, p. 45.

c. Falta de provocación suficiente

El sujeto que se defiende no debe haber provocado la agresión [85]. Ejemplo: el que insultó de manera grave a otro, no puede alegar legítima defensa si es agredido levemente por éste. La provocación es una acción u omisión anterior a la agresión. No es necesario que la acción esté dirigida a desencadenar la respuesta agresiva [86]. Existe una tendencia doctrinal que promueve la eliminación de este requisito, entendiendo que la provocación suficiente equivaldría a la agresión ilegítima, con lo que el requisito sería redundante [87]. En el Anteproyecto de la parte general del Código Penal se mantiene este requisito.

1217. Falta de provocación suficiente

La provocación es suficiente «cuando hace previsible una agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales antisociales del agresor» [88]. La suficiencia no sólo se entiende como el factor de producción causal de la agresión, pues además significa que no es posible invocar la legítima defensa «1) cuando la provocación *intencionada*, en cuyo caso como se verá, se excluye la posible justificación de la conducta (...); 2) cuando la acción provocadora constituye en sí misma una agresión ilegítima que determine que la reacción del lesionado no constituya una agresión antijurídica por estar amparada en la legítima defensa (no cabe legítima defensa frente a una acción de defensa legítima). Pero la provocación imprudente de una agresión antijurídica (no amparada en legítima defensa) no es suficiente para impedir la defensa legítima» [89].

1218. Suficiencia de la provocación

Si el autor ha provocado *intencionalmente* la agresión (para encontrarse en una situación de defensa y poder producir una lesión al agresor, de manera justificada), se considera que debe excluirse totalmente la legítima defensa. En el caso de provocación *no voluntaria* (ejemplo: burlas que perturban el ánimo del agresor) no necesariamente desaparece por completo la necesidad de legítima defensa, pues el propósito de la burla no era originar una agresión [90].

1219. Provocaciones intencional y no voluntaria

---

[85] Sobre el fundamento y contenido de la provocación, Chocano Rodríguez la considera «como aquella injerencia en la esfera ajena, en la que entran en juego intersubjetivamente la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias» (2004, p. 131).

[86] Cerezo Mir, 2003, II, p. 240.

[87] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 484, num. 1 (rechaza este criterio).

[88] Zaffaroni, 1987, p. 493. *Vid.* idem, *Tratado*, 1981, III, p. 608.

[89] Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 208.

[90] *Loc. cit.*

1220. Tercero no provocado

En el supuesto que el tercero que no provocó pero defiende en legítima defensa al provocador agredido, consideramos que la acción de defensa del tercero será una legítima defensa, pues ni contribuyó a que la situación llegase a tal estado ni realizó acción ilícita alguna y más bien está evitando una agresión provocada que sin lugar a dudas es antijurídica. Sin embargo, quien provoca suficientemente la agresión no puede alegar legítima defensa [91]. Ejemplo: el sujeto que defiende a un pariente, quien provocó suficientemente a un tercero que agredió, actúa en legítima defensa, pues la provocación sólo perjudica al pariente.

d. Elemento subjetivo de la legítima defensa

1221. Elementos subjetivos de la legítima defensa

La acción defensiva debe responder a una voluntad de defensa (*animus defendendi*) y puede estar acompañada de otro elemento subjetivo (venganza, odio, etc.) [92]. Es preciso el conocimiento de la situación de defensa y la voluntad de defenderse [93]. Ejemplo: el sujeto que mata a su enemigo por venganza en circunstancias que la víctima estaba preparada y esperando para matarlo. Tampoco actúa con voluntad defensiva la persona que provoca intencionalmente la agresión.

e. Legítima defensa incompleta (artículo 21, Código penal) y legítima defensa putativa

1222. Legítima defensa incompleta

La atenuante de la **eximente incompleta** (artículo 21, Código penal) es aplicable cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad.

Jurisprudencia:

«El ataque del agraviado a la acusada por delito de homicidio se halla verificado con el respectivo certificado médico; que siendo así, la procesada se ha defendido de una agresión ilegítima, defensa realizada con la misma arma que tenía su agresor, además de haber empleado piedras recogidas del camino, lo que significa que la necesidad del uso de estos medios fue racional dentro de las circunstancias iniciales en que se produjeron los hechos; sin embargo al haberse excedido en la defensa una vez que fuera ayudado por otra persona y luego de haber desarmado al agresor, no concurren los requisitos necesarios para configurar una eximente de la responsabilidad penal de la acusada» [94].

---

[91] ARMAZA GALDOS, 2004, p. 85; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 597-598.

[92] STRATENWERTH, 2005, p. 241, num. 90.

[93] *Loc. cit.*; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 368; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 449.

[94] Ejecutoria Suprema del 9 de noviembre de 1990, Exp. 122-90 Callao **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 95.

Para aplicar esta regla es necesaria la presencia de la agresión ilegítima pues sin ella no existen las bases para la existencia de una legítima defensa. Así, si la agresión es sólo *imaginaria* para el que cree defenderse (**legítima defensa putativa**) no se puede aplicar el artículo 21 del Código Penal sino que se trata de un *error de prohibición* a resolver de acuerdo al artículo 14, segundo párrafo, del Código Penal.

1223. Legítima defensa putativa

Presente la agresión ilegítima y si no concurren alguno de los otros requisitos, puede aplicarse la eximente incompleta. Sobre la naturaleza de esta atenuante es el *Acuerdo Plenario 4/99* que señala que «(...) su configuración determina la aplicación obligatoria de la atenuación, operando la disminución prudencial de la pena desde el mínimo hacia abajo» [95].

1224. Atenuación de la pena

f. Defensa con medios mecánicos u otros

En el derecho penal peruano existen diferencias sobre la ubicación sistemática y naturaleza jurídica de la defensa con medios mecánicos (o defensa predispuestas): como defensa de la propiedad (ejercicio legítimo de un derecho) [96] o como legítima defensa [97]. «Se trata de medidas preventivas con efecto ofensivo previamente programado, las que asumen funciones de reacción defensiva sólo al ocurrir la agresión» [98].

1225. Defensa con medios mecánicos

Los *medios mecánicos* utilizados como dispositivos físicos de defensa son muy variados (incluyen a las llamadas *offendiculas*). Ejemplo: dispositivos mecánicos, electrónicos u otros más sofisticados. No siempre será justificado el uso de estos medios, ya que ello dependerá de la individualización en su funcionamiento: un disparador automático opera no sólo contra el ladrón de gallinas, sino también contra el huésped que ha confundido la puerta de entrada [99].

1226. Medios mecánicos de defensa

Se discute la presencia del requisito de la actualidad o inminencia de la agresión, que impediría aceptar a los medios mecánicos como actos de

---

[95] *Vid.* Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Penal 1999-Iquitos. Tema 4 en su primer considerando. El Pleno acordó, en el tema 4, primera conclusión, que «(...) Por unanimidad. La circunstancia atenuante prevista en el art. 21º del Código Penal es de aplicación obligatoria. En tal caso, la disminución prudencial de la pena opera del mínimo legal hacia abajo» (Cit. Villavicencio, 2002, p. 790).

[96] Peña Cabrera, 1983, p. 191.

[97] Hurtado Pozo, 2005, p. 531, num. 1381.

[98] Maurach/Zipf, 1994, p. 458.

[99] *Loc. cit.*

1227. Actualidad de la agresión y defensa mecánica

defensa cuando estos medios tienen carácter permanente, pues no están en relación a una agresión actual o inminente. Creemos que puede aceptarse la legítima defensa si la instalación de estos medios ha sido realizada sólo para que funcione en el momento de la agresión [100].

1228. Uso del medio mecánico menos lesivo

También debe discutirse la necesidad racional del medio empleado en estos casos. Es necesario valorar *ex ante* del punto de vista del sujeto que se defiende: es suficiente utilizar el *medio mecánico menos lesivo.* La instalación exagerada de medios mecánicos de defensa originada por miedo u otras perturbaciones anímicas en el sujeto, pueden llegar a ser situaciones de inculpabilidad.

g. Legítima defensa de terceros

1229. Legítima defensa de terceros

El texto legal acepta esta forma de legítima defensa (artículo 20, numeral 3, Código penal: «propios o de terceros»). En general, para el tercero que ejerce una acción de salvaguarda rigen los requisitos comunes de la legítima defensa, salvo algunas circunstancias especiales. Importa en estos casos la voluntad de defensa de quien auxilia y del agredido, pues nadie puede imponerle a otro su defensa si éste no desea defenderse o quiere prescindir de la ayuda de un tercero. Esto es un derecho no una obligación. Pero puede serlo en caso de evitar el resultado en delitos de omisión impropia. Ejemplo: las obligaciones en el ámbito familiar [101].

h. Legítima defensa presunta

1230. Legítima defensa presunta

Fue un supuesto especial previsto en el artículo 1º de la Ley 23404 (27 de mayo de 1982) que adicionaba un párrafo final al inciso 2 del artículo 85 del Código Penal de 1924 en el sentido que «se encuentra comprendido en el párrafo anterior el que obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese a su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticiamente, o usando violencia». Ejemplo: el sujeto que dispara su arma de fuego contra el delincuente que durante la noche y subrepticiamente, ingresó a su domicilio a robar. Esta fórmula constituía una innecesaria repetición de la fórmula básica, pues era evidente que para realizar esta valoración debía recurrirse a los requisitos generales de la legítima defensa. En el Código Penal de 1991 esta figura fue eliminada. En consecuencia, para realizar la evaluación de la legítima defensa en esos casos, deberá recurrirse a los criterios generales señalados en el artículo 20 numeral 3 del Código Penal. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 tampoco lo recoge.

---

[100] La «exigencia de la actualidad de la agresión no excluye la defensa con perros feroces, mecanismos de disparo automático, cepos o cebos envenenados dado que el rechazo no se produce efectivamente hasta el momento de la realización del ataque. Con todo, los riesgos que ello comporta corren a cargo de quien se defiende de esa forma» (JESCHECK, 1993, p. 307; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 447).

[101] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 459.

§79. Estado de necesidad agresivo

El estado de necesidad es una circunstancia de peligro actual para legítimos intereses reconocidos que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona [102]. Esta es la definición más usual, sin embargo, es un concepto muy amplio en el que cabrían otras causas de justificación, por ejemplo la legítima defensa [103]. Ejemplo: el que fuga de un sujeto que pretende matarlo y para salvar su vida tiene que dañar la propiedad de su vecino, actúa en estado de necesidad.

1231. Estado de necesidad

Jurisprudencia:

«La participación de los acusados en un juicio popular, en calidad de espectadores, al ser obligados bajo amenazas de muerte por elementos subversivos, no configura el delito de terrorismo, al presentarse en tal contexto de acción un estado de necesidad justificante que exime de responsabilidad» [104]. En otro caso: *«La conducta de quien asiste a reuniones por los senderistas bajo amenaza y coacción se encuentra bajo los alcances del estado de necesidad justificante»*[105].

Consideramos que el **fundamento** [106] de la justificación del estado de necesidad es el *interés preponderante* [107], de tal manera que se excluye la

1232. Fundamento del estado de necesidad

[102] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 379. *Vid.* WESSELS, 1980, p. 86; MAURACH/ZIPF, 1994, p. 464.

[103] MIR PUIG, 2004, p. 445, num. 2. Acerca de la evolución del concepto, *vid.* JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 379-380 [La teoría de la equidad y la teoría de la diferenciación son de GOLDSCHMIDT].

[104] Ejecutoria Suprema del 5 de julio de 1999, Exp. 386-99 Lambayeque **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 96.

[105] Ejecutoria del 2 de octubre de 1995, Exp. 431-95 Junín, **en** INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 44.

[106] La evolución histórica del estado de necesidad ofrece tres fundamentos: teoría de la adecuidad (no se sanciona por razones de equidad debido a la **coacción psicológica** en que actúa el sujeto), teoría de la colisión (mayor valor objetivo de los bienes que se salvan en comparación con el que se sacrifica) y, teoría de la diferenciación, que es la dominante en la actualidad. *Vid.* MIR PUIG, 2004, pp. 449-450. Cfr. COUSIÑO, 1979, pp. 337 y ss.

[107] STRATENWERTH, 2005, num. 100: interés «esencialmente» preponderante. En la doctrina nacional: ARMAZA GALDOS, 2004, p. 103; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2004a, p. 695.

antijuridicidad por la necesidad de la lesión en relación a la menor importancia del bien que se sacrifica respecto del que se salva [108].

1233. Diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad

Los límites de actuación en la legítima defensa son mucho más amplios que los del estado de necesidad. «Así se pone de manifiesto que en la legítima defensa no se requiere la proporcionalidad entre los bienes o valores que exige el estado de necesidad; lo que es perfectamente comprensible, pues si en el estado de necesidad hay un conflicto entre dos bienes igualmente protegidos por el derecho, es lógico que éste no admita que se salve un bien de menor valor a costa de otro de mayor valor; en cambio, en la legítima defensa no se exige que el bien que se lesiona sea de menor valor que el que se quiere salvar pues, por un lado, los bienes del agresor pierden en parte su valor al salirse aquél fuera de la órbita jurídica, y por otro lado la defensa no sólo protege un bien particular del agredido sino al orden jurídico mismo» [109]. En el estado de necesidad se da una colisión de diversos intereses reconocidos, esta es su diferencia con la legítima defensa: aquí no hay una pérdida de pretensión de protección de uno de los intereses. El estado de necesidad se caracteriza por la urgencia de sacrificar bienes dignos de protección a favor de un interés social, por eso, generalmente el estado de necesidad afecta a bienes no involucrados [110].

1234. Estado de necesidad defensivo y agresivo

Se diferencia entre estado de necesidad defensivo y agresivo. En el **estado de necesidad defensivo** «el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción de estado de necesidad» [111] [112]. El **estado de necesidad agresivo** se da cuando «el sujeto que obra en estado de necesidad ataca el bien jurídico de una persona no implicada para salvarse o salvar a otro de un peli-

---

[108] GIMBERNAT (1979, p. 62) precisa que la tesis dominante es la de la diferenciación, pero que el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales es también una causa de justificación (1979, p. 63; IDEM, 1981, p. 169).

[109] LUZÓN PEÑA, 1978, p. 73. Sobre otras diferencias *Vid.* IDEM, pp. 69 y ss.

[110] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 468.

[111] ROXIN, 1999, p. 705, num. 62. «Únicamente concurre cuando la víctima de la intervención es responsable del peligro, es decir, tiene el deber de eliminar el peligro ella misma o si no lo tiene es porque le falta la capacidad» (JAKOBS, 1995, p. 521, num. 47).

[112] Para ARMAZA GALDOS (2004, pp. 142-143), los supuestos de estado de necesidad defensivo serían: a) ataque de quien obra o arremete en error de tipo vencible (ya que eventualmente esa agresión es culposa), b) acometimiento de menores de edad, c)agresiones de un loco, oligofrénico, ebrio o drogado que no tenga capacidad de darse cuenta que su conducta es antijurídica, d) ataques de quien obra en error de prohibición o en error de comprensión culturalmente condicionado, e) peligros derivados de agresiones imprudentes.

gro» [113]. Esto origina que se presenten diferentes fundamentos para estas formas de estado de necesidad: en el primero, es la responsabilidad del titular del bien afectado que ha generado la situación de peligro, y en el segundo, es el *deber de solidaridad* que el ordenamiento jurídico impone en ciertos supuestos [114]. Es criterio dominante que el estado de necesidad defensivo comparte su estructura con la *legítima defensa* [115]. En este sentido, el desarrollo que sigue sólo corresponde al estado de necesidad agresivo.

1235. Estado de necesidad justificante y exculpante

Por otro lado, en el Derecho Penal peruano se distingue entre **estado de necesidad justificante** y **exculpante**, adoptándose la teoría de la diferenciación [116]. El Código Penal de 1991 también sigue esta línea al precisar fórmulas legales para cada una de ellas (artículo 20, numerales 4 y 5). En este mismo sentido se muestra el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004.

1236. Estado de necesidad justificante

Estado de necesidad justificante. Se sacrifica un interés de menor valor al salvado. Ejemplo: el sujeto atacado por un animal peligroso que, para salvar su vida, destroza un armario con el objeto de sustraer un arma de fuego. Se basa en el principio del interés preponderante: la acción salvadora se presenta sobre la base de la evaluación del valor y de los intereses como el medio adecuado para alcanzar un fin legítimo [117].

Jurisprudencia:

«Hay estado de necesidad justificante cuando el agente lesiona un bien jurídico penalmente tutelado de menos importancia como la tranquilidad pública para salvar otro bien jurídico de mayor jerarquía como la vida humana» [118].

Estado de necesidad exculpante. Aquí el interés sacrificado es del mismo valor que el salvado. Se trata de una causa de exculpación [119]. Ejemplo:

---

[113] Roxin, 1999, p. 705, num. 62. Cfr. Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 212.

[114] Bacigalupo, 2004, p. 357.

[115] García Cavero, 2003, p. 628; Armaza Galdos, 2004, p. 143; Jakobs, 1995, pp. 520-521, num. 46.

[116] Bramont Arias, 1966, p. 179; Peña Cabrera, 1983, p. 187 (justificante) p. 233 (exculpante); Hurtado Pozo, 2005, p. 546 y ss. (estado de necesidad justificante), p. 672 y ss. (estado de necesidad exculpante).

[117] Wessels, 1980, p. 86.

[118] Ejecutoria del 20 de setiembre de 1995, Exp. 281-95 Junín, **en** Instituto de Defensa Legal, 1996, p. 42.

[119] García Cavero considera que los supuestos agrupados en el estado de necesidad exculpante no excluyen propiamente la culpabilidad, pues el sujeto mantiene su capacidad de imputación (2003, p. 629).

1237. Estado de necesidad exculpante

el náufrago que mata al otro pues una tabla sólo resiste el peso de uno de ellos. No se le exige al autor una conducta acorde a las normas [120]. Esta figura la desarrollamos más adelante [121].

1238. Críticas a la teoría de la diferenciación

Esta diferenciación no está exenta de críticas pues este «planteamiento exclusivamente cuantitativo del estado de necesidad, que responde al *principio de ponderación de intereses*, conduciría a soluciones injustas» [122]. «A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad sólo descansa sobre el principio de la conservación del interés amenazado de mayor valor, por lo que el pensamiento de la afirmación del Derecho no desempeña ningún papel (teoría de la ponderación de intereses). De ahí que, a ser posible, el peligro debe ser evitado y la ponderación de intereses viene a constituirse en el fundamento decisivo de la justificación» [123].

a. La situación de peligro

1239. Situación de peligro

Es el primer requisito del estado de necesidad justificante agresivo. La situación de peligro puede ser actual o inminente y además real, como expresamos al desarrollar la legítima defensa [124]. El peligro no deja de ser actual por el hecho de ser permanente o continuo [125].

1240. Bienes jurídicos en situación de peligro

Cualquier *bien jurídico* puede encontrarse en situación de peligro. En este sentido, el artículo 20 numeral 4 del Código Penal de 1991 se refiere a «la vida, integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico (...)». Aun así, «sigue siendo problemático determinar la medida en que los bienes jurídicos deben estar concretados e individualizados (...). Mientras más general sea un interés digno de protección, más cerca de metas políticas, culturales y sociales de carácter general, siendo con ello más difícil una solución de situaciones de colisión mediante las reglas sobre el estado de necesidad» [126].

---

[120] WESSELS, 1980, p. 86.

[121] *Vid. infra.* núms. margs. 1406-1410.

[122] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 334. Ejemplo: quitar un paraguas a un obrero para evitar que la lluvia dañe el valioso traje del «play-boy» (2002, p. 334). Este autor considera que no sólo es cuestión de ponderación de intereses en juego. Sobre la ponderación de intereses en lugar de ponderación de bienes, *vid.* ROLDÁN BARBERO, 1983, pp. 514 y ss.

[123] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 387.

[124] *Vid. supra* núms. margs. 1205 y 1210.

[125] BUSTOS, 2004, I, p. 912. *Vid.* MIR PUIG, 2004, p. 455, num. 35.

[126] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 469.

El peligro será *inminente* cuando la afectación al bien jurídico sea de muy alta probabilidad o segura. «Para decidir si concurre la probabilidad inminente, el juez debe retrotraerse al momento en que actuó el agente (*ex ante*) y enjuiciar la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente» [127]. No obstante el juicio *ex ante* sigue teniendo un contenido objetivo: la suposición errónea del autor no puede fundar una situación de peligro, al igual que el desconocimiento de un peligro no lo hace desaparecer [128].

1241. Peligro inminente

Resulta indiferente el *origen* del peligro: de una persona (acción antijurídica o no) o de fuerzas de la naturaleza. Ejemplo: sed, hambre, etc.

1242. Origen del peligro

El Código Penal no hace referencia a que el sujeto no tenga la obligación legal de sacrificio (v. gr. bombero, policía, salvavidas, etc.) ni que el agente no deba haber provocado intencionalmente la situación de peligro [129]. Este código se refiere a estas condiciones en el párrafo que corresponde al estado de necesidad exculpante (artículo 20, numeral 5 *in fine*).

1243. No hay obligación de sacrificio

b. Acción necesaria

La *acción de defensa* debe ser necesaria, es decir, «para que concurra un estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza» [130]. En este sentido, se expresa el artículo 20 numeral 4 del Código Penal («*un peligro actual e insuperable de otro modo*»). Ejemplo: si es posible huir de la situación de peligro, debe hacerlo.

1244. Acción necesaria

Dada la redacción del texto legal, se admite la protección de bienes pertenecientes a terceros [131]. Esta situación no se presentaba en el anterior Código Penal de 1924.

1245. Estado de necesidad de terceros

El bien que se salva debe ser de mayor jerarquía que el que se sacrifica [132]. Es necesaria una completa ponderación de los intereses en juego (princi-

---

[127] Mir Puig, 2004, p. 455, num. 36.

[128] Maurach/Zipf, 1994, p. 470.

[129] Para el derecho peruano, Hurtado Pozo afirma que se le puede considerar implícita en la expresión «emplear un medio adecuado para vencer el peligro» que utiliza el artículo 20 inciso 5 párrafo 1, «ya que el medio adecuado sólo puede determinarse si se tiene en cuenta cuál es el deber del sujeto» (2005, p. 559, num. 1454).

[130] Mir Puig, 2004, p. 460, num. 54.

[131] Cfr. Hurtado Pozo, 2005, p. 552, num. 1437.

[132] Santos, 1985, p. 92.

pio de ponderación de intereses) en relación a las circunstancias relevantes en la situación concreta. El Código Penal de 1991 hace expresa referencia (artículo 20, numeral 4, inciso a): «cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado» [133]. En este mismo sentido se expresa el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004.

1246. Ponderación de bienes en conflicto

La diferencia valorativa de los intereses debe ser marcada. Particularmente compleja resulta la ponderación de los bienes individuales o personalísimos. Ejemplo: extraer un riñón a una persona para salvar la vida de otra. En este supuesto debe rechazarse el estado de necesidad. «La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en estado de necesidad, debe constituir 'un medio adecuado socialmente' para la resolución del conflicto» [134].

1247. Ponderación de intereses personalísimos

c. Elemento subjetivo

El estado de necesidad también requiere de un *elemento subjetivo*: el conocimiento de la situación de peligro y la voluntad de defensa para evitar el mal grave. Además, este elemento subjetivo puede estar acompañado de otras intenciones o estados anímicos [135].

1248. Elemento subjetivo del estado de necesidad

d. Estado de necesidad incompleto y putativo

Para aplicar la atenuante a la eximente imperfecta (artículo 21, Código penal), es preciso que se haya producido un *estado de necesidad agresivo parcialmente justificado.*

1249. Necesidad parcialmente justificada

No será aplicable para el caso de una situación de necesidad imaginaria, que deberá resolverse de acuerdo a las reglas del error de prohibición (**estado de necesidad putativo**) [136] (artículo 14, segundo párrafo, Código penal).

1250. Estado de necesidad putativo

---

[133] BUSTOS considera que esta ponderación de intereses requiere tomar en cuenta diversos factores: a) orden jerárquico abstracto de los bienes jurídicos en juego, b) forma de protección, c) procedencia del mal, d) propio interés del sujeto dueño del bien (2004, I, p. 914). *Vid.* BACIGALUPO, 1998, p. 272. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 494, num. 6.

[134] BACIGALUPO, 1998, p. 273.

[135] *Supra* núm. marg. 1221.

[136] Cfr. BUSTOS, 2004, I, p. 922.

§80. Ejercicio legítimo de un derecho

Ejercen legítimamente sus derechos (artículo 20, numeral 8, Código penal) los sujetos que realizan conductas no prohibidas. Sin embargo, esto se deduce también del principio constitucional de reserva (artículo 2, numeral 24, inciso a, Constitución Política: «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»). Ejemplo: no comete el delito de violación de domicilio (artículo 230, Código Penal) quien ingresa a su propia casa. Esta justificación es consecuencia del *principio de la unidad del ordenamiento jurídico*, ya que lo que está legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente en otra. En realidad, el ejercicio legítimo de un derecho es una regla general que envía el análisis en busca de disposiciones permisivas a cualquier otro sector del orden jurídico. Se trata entonces de ubicar aquellas autorizaciones o permisos específicos y ciertamente particulares para la realización de un tipo.

1251. Ejercicio legítimo de un derecho

Aparentemente, esta causa de justificación sería superflua e innecesaria [137]. Sin embargo, «este precepto no se limita, pues como se ha dicho, a expresar un principio tan obvio como el de que quien obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente, puesto que podría resultar dudoso si el (...) derecho establecido por una ley no penal puede justificar el hecho desplazando la ley penal que en general lo castiga»[138].

1252. ¿Justificación superflua?

Se presenta esta eximente para la justificación de lesiones al honor (difamación: artículo 132, Código penal) que son las producidas como consecuencia del ejercicio legítimo del **derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento** (artículo 2, numeral 4, Constitución política), especialmente en el ejercicio de la profesión de periodistas [139]. La conducta estará amparada cuando producto de una *ponderación de intereses* prevalezca la libertad de expresión o información sobre el derecho al honor, o la intimidad.

1253. Ejercicio legítimo del derecho de información y opinión

Jurisprudencia (delitos contra el honor):

«La importancia de la libertad de expresión e información radica fundamentalmente por constituir una libertad pública que forma parte de los principios esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, debe señalarse algunos de los

---

[137] Bacigalupo, 2004, p. 365.

[138] Mir Puig, 2004, p. 477, num. 5.

[139] En el caso del ejercicio profesional de la abogacía, no se comete difamación cuando se trata de ofensas proferidas con ánimo de defensa por abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez (artículo 133, numeral 1, Código penal).

presupuestos en los cuales se encuadran dichos derechos; esto es: a) persecución de un interés general (social) y no particular; b) no utilización de términos directamente injuriosos en la exposición de opiniones y; c) veracidad, es decir, que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad» [140]. *En otro caso: «La información materia de la difusión televisiva está referida tanto a procesos penales fenecidos como en trámite, todos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, evento que por su propia naturaleza y mandato expreso de la Constitución Política del Estado debe ventilarse con la garantía de la publicidad, esto es, que no está vedada su información y publicidad; que siendo esto así y tratándose un delito cuya interdicción es de interés nacional e inclusive internacional, la prensa al informar sobre el mismo no hace sino otorgar preeminencia al interés comunitario frente al interés particular o individual; siendo esto así, los querellados han actuado en el legítimo ejercicio de un derecho»* [141].

Jurisprudencia (Violación a la intimidad):

«En el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad; pues, el reportaje televisado 'Las Prostivedettes' exhibe a (...) [la víctima] manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público: más reprochable y desvalorada resulta la conducta sub examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado 'contacto' para que oficie de instigador» [142].

1254. Ejercicio legítimo del derecho de denunciar

La jurisprudencia también reconoce el **derecho de denunciar** [143] que ejercen los ofendidos por un delito (derecho a la tutela jurisdiccional: artículo 139, numeral 3, Constitución política), que constituye una causa de justificación frente al delito de denuncia calumniosa (artículo 402, Código penal).

Jurisprudencia:

«El efectuar una denuncia por la comisión de un delito constituye el ejercicio legítimo de un derecho, no constituyéndose delito. Para la existencia del delito de denuncia calumniosa se requiere que la persona efectúe la denuncia sabiendo que el delito no existe, por

---

[140] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de 1 de diciembre de 1997, Exp. 6971-97 **en** LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, 1999, p. 115.

[141] Voto en minoría, Ejecutoria Suprema del 23 de abril de 1998, Sala B, Exp. 6500-97 Lima **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 155.

[142] Ejecutoria Suprema del 28 de abril de 2005, R. N. 3301-04 Lima, noveno considerando.

[143] «Tratándose del Ministerio Público se erige en un deber cuando ésta es legalmente procedente: tipicidad del hecho y causa probable; y tratándose del ofendido importa el ejercicio de un derecho fundamental, que puede o no ejercer» (SAN MARTÍN CASTRO, 2003, I, p. 315).

lo que al existir éste, pero no haberse demostrado la responsabilidad del denunciado, no se configura el mismo» [144]. En otro caso: *«Para que se configure el delito de denuncia calumniosa es necesario que el sujeto activo del delito denuncie un hecho a sabiendas que no se ha cometido, presupuesto no probado en autos, máxime si al recurrir el encausado a la autoridad judicial, lo hace ejerciendo un derecho que le asiste como ciudadano»*[145].

Otro supuesto se presenta en el ejercicio del **derecho de corrección** que autoriza al sujeto, titular de la patria potestad, a corregir moderadamente al menor (artículo 423, inciso 3, Código civil; artículo 74, inciso d, Código de los Niños y Adolescentes). La definición de *moderación* de la conducta correctiva es relativa y se condiciona a las circunstancias culturales y sociales, pero en especial atención, a la minoría de edad [146]. La exposición a peligro de la vida o la salud colocada bajo su dependencia *abusando de los medios de corrección* (artículo 128 del Código Penal). De tal manera que la justificación corresponde a conductas de corrección leves y moderadas y que se realicen con *animus corrigendi*, es decir, castigo corporal moderado o una leve privación de libertad [147]. La corrección de niños ajenos está condicionada a la delegación o consentimiento de padres o tutores, siendo dudoso el supuesto de consentimiento presunto de los padres. La corrección ejercida por los maestros es considerada un deber de profesión, sin embargo, en el derecho comparado la tendencia es a rechazar este derecho frente a los alumnos, prohibiéndose el castigo corporal.

1255. Ejercicio legítimo del derecho de corrección

Otros ejemplos pueden ser el **derecho de retención** del acreedor sobre los bienes del deudor (artículo 1123 y 1127.1, Código civil) que constituye un supuesto de justificación frente al delito de apropiación ilícita (artículo 190, Código penal), o el **derecho de huelga** (artículo 55, Constitución Política) en relación al tipo de lo injusto de la usurpación (artículo 202, Código penal).

1256. Ejercicio legítimo del derecho de retención y de huelga

§81. Justificación en los delitos imprudentes

En los delitos imprudentes también se admiten *causales de justificación*. La razón de reconocer esta posibilidad de justificación se basa en que la

---

[144] Exp. 62-96 Ancash, **en** Academia de la Magistratura, 2000, p. 467.

[145] Exp. 5676-97. Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima de 17 de diciembre de 1997, **en** Rojas Vargas, 1999, p. 879.

[146] Mir Puig, 2004, p. 485, num. 42. *Vid.* Revilla Llaza, 2004, p. 795.

[147] Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 220.

impunidad de una comisión típica no dolosa solamente se entiende en algunos supuestos bajo el presupuesto de un caso de justificación y, por ello, no se puede interpretar como exclusión del tipo [148]. Es relevante el aspecto normativo de dichas causales, la defensa racional en la legítima defensa, la proporcionalidad de intereses en el estado de necesidad. Por ello es importante observar la actuación del sujeto en relación a lo exigido (deber de cuidado) [149]. Nuestro Código Penal contiene una relación de causas de justificación que no sólo se pueden aplicar en casos intencionales, sino también imprudentes. No existe prohibición expresa. Es evidente, que se trata de hipótesis excepcionales [150] que no ocurren frecuentemente, quizá por ello nuestra jurisprudencia no las ha tratado.

1257. Justificación en delitos imprudentes

Pero aún esta afirmación [151], no todas las causales de justificación son aplicables [152]. «En todo caso, habrá que negarlas en los supuestos en que una acción que objetivamente es por sí misma incorrecta resulte aprobada por el Ordenamiento jurídico en atención a la finalidad perseguida, pues aquí al autor se le exige como mínimo un examen concienzudo de la situación y que puede estar justificada una acción que desde un principio resulta contraria al cuidado debido» [153].

1258. Excepcionalidad de la justificación en delitos imprudentes

a. Legítima defensa

Deben presentarse los tres requisitos: agresión ilegítima, defensa racional y falta de provocación suficiente [154]. Aquí la defensa es imprudente y tendrá sentido en la medida que, conforme a la situación objetiva, también hubiera resultado justificada una defensa intencional. Ejemplo: el individuo que reacciona con un palo de escoba ante la agresión de un

1259. Legítima defensa en delitos imprudentes

---

[148] ROXIN, 1999, p. 1031, num. 92.

[149] STRATENWERTH, 2005, p. 511, num. 33.

[150] TERRAGNI, 1984, p. 102.

[151] *Vid.* VILLAVICENCIO, 1990, p. 267.

[152] HURTADO POZO (2005, p. 731, num. 1892) quien considera difícil de imaginar la justificación por el ejercicio de un cargo o el obrar por disposición de la ley.

[153] JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 633-634.

[154] La situación de legítima defensa puede presentar tres hipótesis: a) El agresor actúa culposamente y pone en peligro un bien jurídico ajeno, siendo repelido por el agredido voluntariamente; b) El agresor actúa dolosamente pero es repelido a través de una conducta negligente de la víctima o de un tercero; c) el agresor actúa culposamente y es repelido por la víctima o por un tercero también a través de una acción u omisión negligente. La primera hipótesis se refiere al delito doloso y las dos últimas son situaciones de hechos culposos (TAVARES, 2003, p. 360).

tercero, quien lo agrede intencionalmente con un arma blanca, pero no se percata que el palo tiene un clavo oxidado causando la muerte por tétano al agresor.

1260. Agresión ilegítima en delitos imprudentes

La agresión ilegítima puede también ser imprudente y, en todo caso, lo que importa es la manera cómo reacciona el sujeto en relación al deber de cuidado que se le exige. Ejemplo: en un parque zonal un padre cuida a su menor hijo y, de pronto, advierte que un joven circula en una bicicleta en forma tan descuidada que con seguridad atropellará a su hijo, reacciona y logra desviar el timón tratando de detenerlo o cambiar el rumbo, pero realiza la conducta con tanta fuerza que el joven conductor cae y se lesiona [155].

b. Estado de necesidad agresivo

1261. Estado de necesidad agresivo en delitos imprudentes

Al igual que en los delitos dolosos, en los imprudentes puede admitirse un *estado de necesidad justificante* cuando se trata de evitar un mal grave inminente al que el agente es extraño. Es muy importante determinar la proporcionalidad de los bienes en conflicto. Es preciso averiguar si esta conducta descuidada, era realmente necesaria en relación a la previsibilidad del resultado y su situación personal. Ejemplo: El sujeto herido de bala que está desangrándose pero aún puede conducir su vehículo rumbo a un hospital, decide introducirse por una vía más cercana al hospital contra el sentido del tránsito, arrollando a un anciano que sufre lesiones.

§82. Justificación en los delitos omisivos

1262. Justificación en delitos omisivos

Los delitos omisivos (propios e impropios) admiten las mismas causas de justificación que los delitos comisivos [156]. La *legítima defensa* (artículo 20, numeral 3, Código penal) puede presentarse en el supuesto que una persona deje de prestar auxilio a otro, quien es su enemigo y que ha caído en el fondo de un pozo, pero que esté dispuesto a dispararle si él se asoma (legítima defensa en delito de omisión propia: artículo 127 del Código Penal). El *estado de necesidad agresivo* (artículo 20, numeral 4, Código penal) estaría presente en el caso del funcionario que ilegalmente omitiere o rehusare un acto de su cargo (artículo 377, Código penal), debido a que unos delincuentes amenazan lesionarlo gravemente.

---

[155] Malamud, 1976, pp. 54 y ss.

[156] Bustos, 2004, I, p. 1008. Cfr. Cury, 1985, p. 310. En sentido diferente: Hurtado Pozo, 2005, p. 770, num. 1984.

Capítulo XIV
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL

Sumario: §83. Concepto de culpabilidad. **§84.** Evolución histórica del concepto de culpabilidad.

Bibliografía

HANS ACHENBACH: *Riflessioni storico-dogmatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, trad. Sergio Moccia en Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1981. / ERNEST BELING: *Esquema de derecho penal y doctrina del delito tipo*, trad. de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944. / JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad*, en Obras Completas, T. II (Control social y otros estudios), Ara, Lima 2004; IDEM, *Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad*, en Obras Completas, T. II (Control social y otros estudios), Ara, Lima 2004. / GIOVANNI CARMIGNANI: *Elementos de derecho criminal*, Temis, Bogotá 1979. / FRANCESCO CARRARA: *Programa de derecho criminal. Parte general*, Volumen I, trad. de José Ortega/ Jorge Guerrero, Temis, Bogotá 1971; IDEM, *Programa del Curso de derecho criminal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires s/f. / JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Principio del hecho propio-proscripción de responsabilidad objetiva*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / FERNANDO JORGE CÓRDOBA: *La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad*, en Nuevas formulaciones a las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Roxin, Lerner-La Lectura, Córdoba 2001. / PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO: *El concepto material de culpabilidad*, en Revista Jurídica del Perú, Volumen LI, Nº 27, octubre, Lima 2001. / FERNANDO DÍAZ PALOS: *Teoría general de la imputabilidad*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1965. / REINHARD FRANK: *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. de Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario del Derecho Penal, Universidad de Chile, Santiago 1966. / BERTHOLD FREUDENTHAL: *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, trad. de José Luis Guzmán Dálbora, Julio César Faira Editor, Buenos Aires 2003. / ALEXANDER GRAF ZU DOHNA: *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra/Eduardo Friker, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1959. / GONZALO D. FERNÁNDEZ: *Culpabilidad y teoría del delito*, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires 1995. / FRANCO FERRACUTI: *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Nº XIII, Psichiatria forense generale e penale (con la collaborazione di Francesco Bruno e Maria Cristina Giannini), Giuffrè, Milano 1990. / ENRICO FERRI:

Principii di Diritto Criminale, UTET, Torino 1928; IDEM, *Los nuevos horizontes del derecho y procedimiento penal*, Centro Editorial Góngora, Madrid 1887. / P. J. A. R. VON FEUERBACH: *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. de la 14ª ed. alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni/Irma Hagemeier, Hammurabi, Buenos Aires 1989. / JAMES GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarithe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Depalma, Buenos Aires 1943. / GERALD GRÜNWALD: *Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada*, **en** El error en el derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / WINFREID HASSEMER: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, **en** Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Temis, Bogotá 1999. / HEINRICH HENKEL: *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. de José Luis Guzmán Dálbora, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires 2005. / HANS JOACHIM HIRSCH: *El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal*, **en** Derecho penal. Obras completas. Libro Homenaje, T. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 1999. / GÜNTHER JAKOBS: *El lado subjetivo del hecho*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; IDEM, *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría de la Imputación)*, Marcial Pons, Madrid 1995. / HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. renovada y ampliada, Comares, Granada 2002; IDEM, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada 1993. / URS KINDHÄUSER: *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, **en** Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid 1999; IDEM, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996. / HEIKO HARTMUT LESCH: *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. de Ramon Ragües, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá 2001. / FRANZ VON LISZT: *La idea de fin en el Derecho penal*, Edeval, Valparaíso 1984; IDEM, *Tratado de derecho penal*, T. II, trad. de la 20ª ed. alemana de Luis Jiménez de Asúa, Reus Madrid s/f. / TERESA MANSO PORTO: *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid 1999. / MAX ERNST MAYER: *Normas jurídicas y normas de cultura*, trad. José Luis Guzmán Dálbora, Hammurabi, Buenos Aires 2000. / MARIANO MELENDO PARDOS: *Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / EDMUND MEZGER: *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958. / SANTIAGO MIR PUIG: *Culpabilidad e imputación personal en la teoría del delito*, **en** Estudios penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 12, Madrid 1980. / RICARDO NÚÑEZ: *Bosquejo de la culpabilidad*, **en** La concepción normativa de la culpabilidad, Depalma, Buenos Aires 1943. / ROBERTO ANDRÉS OCHOA ROMERO: *Breve nota en relación a la evolución del concepto normativo de la culpabilidad. Especial referencia al pensamiento de Reinhard Frank y Edmund Mezger*, **en** Cuadernos de Políticas Criminal, Nº 78, julio, Madrid 2002. / CARLOS PARMA: *Culpabilidad. Categoría necesaria*, **en** XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Lima 2004; IDEM, *Pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001. / RAÚL PEÑA CABRERA: *La culpabilidad*, **en** Debate Penal, Nº 4, Lima 1988. / ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS/CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/MANUEL CANCIO MELIÁ: *La función de la culpabilidad en un sistema teleológico del derecho penal*, **en** Un nuevo sistema del derecho penal, Grijley, Lima 1998. / ALFREDO REYES ECHANDÍA: *Culpabilidad*, 3ª ed., Temis, Bogotá 1988. / CLAUS ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, T. I, trad. a la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, reimpresión a la 1ª ed., Civitas, Madrid 1999; IDEM, *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Ma-

nuel A. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima 1998; IDEM, *Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales*, **en** Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976; IDEM, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid 1980. / BERND SCHÜNEMANN: *La culpabilidad: Estado de la cuestión*, **en** Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid 2000. / GÜNTHER STRATENWERTH: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, trad. Enrique Bacigalupo - Agustín Zugaldía, Madrid 1980. / JUAN M. TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*, **en** Anuario de Derecho Penal. Monográfico sobre los «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Fondo Editorial PUCP, Lima 2003; IDEM, *Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el derecho penal español*, **en** Nuevas formulaciones a las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Lerner-La lectura, Córdoba 2001. / ÁNGEL TORIO LÓPEZ: *El concepto individual de culpabilidad*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVIII, Fascículo II, mayo-agosto, MCMLXXXV, Madrid 1985. / SERGIO VELA TREVIÑO: *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, 4ª reimpr., Trillas, México 1987. / WALTER VILCAPOMA BUJAICO: *Recensión* a la Obra de Raúl Eugenio Zaffaroni/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2003. / JAVIER VILLA STEIN: *La culpabilidad*, Ediciones Jurídicas, Lima 1997. / FELIPE A. VILLAVICENCIO TERREROS: *Hacia un concepto de culpabilidad*, **en** XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNMSM, Lima 2004. / HELLMUTH VON WEBER: *Para la estructuración del sistema del derecho penal*, trad., Zaffaroni, **en** Nuevo Foro Penal, Nº 13, 1982. / HANS WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de la 6ª ed. alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires 1976; IDEM, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, Ariel, Barcelona 1964.

§83. Concepto de culpabilidad

1263. Principio de culpabilidad

Una concepción de culpabilidad orientada a limitar al poder penal debe surgir a partir de las garantías del **principio de culpabilidad** para obtener legitimación democrática [1]. Se trata de una culpabilidad por el hecho y no por la conducta de vida o por el carácter o por el ánimo. Para ello, la doctrina moderna insiste en identificar un aspecto formal y material del concepto de culpabilidad [2].

1264. Aspecto formal y material de la culpabilidad

El **aspecto formal** «equivale al conjunto de elementos contemplados como presupuestos subjetivos de la imputación en un sistema de Derecho penal históricamente dado» [3]. Pero no basta señalar a la culpabilidad como un juicio de reproche, se requiere identificar el contenido

[1] *Vid.* QUINTERO OLIVARES, 2000, pp. 381-382.

[2] Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 395.

[3] JESCHECK, 1993, p. 380. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 453.

de los presupuestos en que se fundamenta, a esto se denomina el **aspecto material** de la culpabilidad [4]. Así, se descubre el por qué de la imputación personal. Es en este último aspecto donde la dogmática penal ha construido diferentes fórmulas en su labor de brindar fundamento a la culpabilidad.

1265. Culpabilidad y pena

Las diferentes fórmulas conceptuales se han ligado a las teorías de la pena, y así se ha identificado el fundamento de la culpabilidad: las concepciones referidas al libre albedrío son propias de las teorías absolutas, las concepciones asentadas por el carácter del autor o por la conducta de su vida y la tendencia que se expresa en el hecho realizado corresponden con las teorías preventivo-especiales; concepciones bajo aspectos de infidelidad al derecho se derivan de las teorías de prevención general [5].

1266. Culpabilidad

Por nuestra parte, creemos que el *fundamento* de la culpabilidad se orienta a los fines preventivos de la pena, pero no sobre la base de un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación de la persona [6] frente al cúmulo de *condicionamientos* [7] [8], es decir, su capacidad de po-

---

[4] Cfr. JESCHECK, 1993, p. 380.

[5] Cfr. BACIGALUPO, 2004, p. 397.

[6] No creemos que deba plantearse un concepto de persona en el sentido de JAKOBS (*vid. supra* núm. marg. 556), pues si bien este concepto está inserto en una determinada sociedad, sin embargo se le debe reconocer su carácter natural, es decir, el hecho de ser un *ser humano* (artículo 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todos los *seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...) (cursiva nuestra).

[7] «La persona que será responsable debe haber realizado *su acción como parte del ejercicio de su libertad personal* (...) lo que llamamos libertad (...) es haber tenido una opción de superar los condicionamientos que provienen de las esferas naturales, sociales, psicológicas, históricas y biográficas (...) la libertad no es un atributo abstracto, *sino una especial posición del sujeto frente al conjunto de condicionamientos*. No se trata de decir que una persona es libre en general y en todas las situaciones, sino *si ha sido libre en tal circunstancia*. Con ello queremos decir que, en la situación que nos interesa, ha tenido alguna posibilidad real (repetimos, no meramente hipotética o abstracta) de superar el conjunto de condicionamientos y orientar su acción en un sentido diferente al que marcaban esos condicionamientos» (BINDER, 2004, pp. 244, 245).

[8] «La libertad de un ser humano normal para comportarse en una situación normal de una manera u otra y, por tanto, para comportarse también conforme a Derecho se asienta firmemente en nuestra realidad (que esta constituida lingüísticamente y que es ineludible para cualquier función social vinculada al len-

der dirigir la conducta hacia objetos de referencia y actuar conforme a la norma. En este sentido, es evidente que la situación de desventaja que la persona tiene frente al Estado debe ser un aspecto central al momento de determinar la imputación personal [9]. En realidades como la nuestra, se debe contar con un concepto de culpabilidad que comprenda la situación del sujeto frente al Estado y, de éste frente a la situación personal del sujeto y su diversidad de condicionamientos. La culpabilidad no debe ser un exclusivo instrumento de convalidación del poder penal, sino que debe tender a proteger a la persona de dicho poder, otorgándole al individuo la oportunidad de mostrar su situación personal de desventaja (v. gr. diversidad cultural, marginación social, etc.) [10]. Para efectuar esta imputación, el juez debe atender al carácter comunicativo de la conducta realizada (en el sentido de comunicación personal y no instrumental) [11], y apreciar la perspectiva de los participantes [12] en ese proceso de comunicación, e incluso la de la persona lesionada [13]. Es pues un examen humano [14], y dado que se trata de apreciar esta respuesta del individuo, la *exigibilidad* [15], como instrumento de graduación de la culpabilidad, se debe constituir en el más importante fundamento del concepto de culpabilidad. Para nosotros, *culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto* [16] *a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social.*

---

guaje) no como una mera ficción o una aserción normativa, sino como una parte de la realidad social» (SCHÜNEMANN, 2000, pp. 112-113).

[9] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 624 y ss. Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, p. 460.

[10] *Vid.* VILLAVICENCIO, 2000, p. 241.

[11] PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1998, p. 76.

[12] KINDHÄUSER, 2005, p. 113.

[13] GÜNTHER, **en** PORTILLA CONTRERAS, 2003, p. 109, cit., p. 29.

[14] *Vid.* SILVESTRONI, 2004, p. 335: «de persona a persona». El autor se refiere a que «ese juicio de valor solo puede llevarlo de forma aséptica un jurado popular» (*ibidem*). Por nuestra parte creemos que el modelo acusatorio puede cumplir esa función y ello, entre otras razones, fundamenta la implementación del nuevo modelo del Código procesal penal del 2004.

[15] BUSTOS, *Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad*, **en** BUSTOS, 2004, II, p. 770. *Vid.* IDEM, *Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad*, **en** BUSTOS, 2004, II, pp. 641 y ss.

[16] Entiéndase como culpabilidad de acto.

§84. Evolución histórica del concepto de culpabilidad

Este elemento del delito es uno de los más debatidos en la dogmática penal. Su evolución incluye la responsabilidad por el resultado, la responsabilidad por culpa, e incluso las concepciones influenciadas por el hegelianismo. Samuel PUFENDORF (siglo XVII) denomina *imputatio* a «la acción libre que se reputa como perteneciente al autor, en la cual se funda la responsabilidad como *imputatio*»[17]. Lo entendía FEUERBACH (1799) como «fundamento subjetivo de la punibilidad». Con la entrada del positivismo se produce una escisión de la imputación (*Zurechnung*) a partir del siglo XIX [18], separándose la imputación en objetiva (o externa) y subjetiva (o interna). Von IHERING [19] postula un concepto de culpabilidad desde el ángulo del Derecho Civil, que distingue una parte objetiva pura (lo injusto) y otra subjetiva (la culpabilidad) [20]. A esto se suma la influencia del positivismo italiano, el que por consideraciones biopsíquicas plantea la polémica de si existe o no el libre albedrío y si es que el delincuente ya está determinado para serlo.

1267. Antecedentes de la teoría psicológica

a. Concepción psicológica de la culpabilidad

Antes de la introducción del modelo naturalístico de la culpabilidad, dominaba la doctrina, ya en principio normativa, de la imputación jurídica o subjetiva derivada de la época del iusnaturalismo y la doctrina hegeliana de la acción, no menos normativa. Franz von LISZT recibe la influencia del positivismo italiano, pero prefiere eludir el debate entre los liberoarbitristas y los deterministas. Bajo la influencia de von LISZT, el concepto naturalístico de culpabilidad, como relación subjetiva con el hecho, alcanzó una cierta afirmación, se pretendía reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales: esto es el «**concepto psicológico de la culpabilidad**». La más antigua concepción de la culpabilidad como esencia de la libertad del querer, fue todavía sostenida en el ámbito de la escuela clásica [21]. En este período fue todavía predominante la construcción jurídico-conceptual de un simple concepto de género y sus especies el dolo y la culpa [22].

1268. Concepto psicológico de culpabilidad

---

[17] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 391.

[18] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 628; WELZEL, 1976, pp. 198-199.

[19] IHERING, **en** VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 391.

[20] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 391.

[21] ACHENBACH, 1981, pp. 845-846.

[22] En su época, FEUERBACH entendía que un crimen atendiendo el fundamento que proporciona la determinación de la voluntad puede ser cometido de dos maneras, por dolo y por culpa (1989, p. 54). Este autor afirmaba que «la relación de un hecho punible (objetivo, como efecto) con una determinación de la voluntad del autor contraria a la ley penal (como causa de la misma) se llama imputación y el estado exterior e interior de una persona, en virtud de la cual puede imputársele un hecho, imputabilidad».

En el marco de los autores positivistas, von LISZT entendía que la culpabilidad «es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado» [23]. La culpabilidad en un sentido estricto comprende la relación subjetiva entre el acto y el autor, esta relación «sólo puede ser psicológica» [24]. Entiende que el «acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable» [25]. Precisaba LISZT que «de la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; éste radica en el carácter asocial del autor cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial)» [26], por lo que también se le puede llamar *teoría caracterológica* [27].

1269. Culpabilidad en Liszt

La más importante de las formas de la culpabilidad es el *dolo* entendido como el «conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley» [28]. El dolo queda excluido por el error [29] y la conciencia de la ilegalidad no es un elemento esencial del concepto del dolo [30].

1270. Dolo como forma de culpabilidad

En el sistema de LISZT, la segunda forma de culpabilidad es la *culpa* (*Fahrlässigkeit*), formalmente entendida como «la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad; es previsible el resultado, cuando el autor hubiera podido y debido preverlo» [31]. ZAFFARONI precisa que el concepto psicológico de LISZT le hizo concesiones a la ética tradicional al considerar a la imputabilidad como presupuesto de la imputación subjetiva, definiéndola como «capacidad de motivación normal» [32], con arreglo a las exigencias de la vida común, por lo que todo hombre con desarrollo mental normal puede ser imputable.

1271. Culpa como forma de culpabilidad

Sin embargo, la teoría psicológica, como producto del **positivismo**, lo que hacía era mostrar como libre de valoración lo que en verdad había desvalorado [33]. El propio LISZT lo reconoce cuando afirma que «la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica, pero si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa)» [34].

1272. Concepto psicológico producto del positivismo

---

[23] LISZT, s/f, p. 375.

[24] *Ibidem*, p. 376.

[25] *Loc cit.*

[26] LISZT, s/f; de la misma forma RADBRUCH, cfr. JAKOBS, 1995, p. 569.

[27] REYES ECHANDÍA, 1988, p. 6.

[28] LISZT, s/f, p. 397.

[29] *Ibidem*, pp. 405 a 410.

[30] *Ibidem*, pp. 411 y ss.

[31] *Ibidem*, p. 418.

[32] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 618.

[33] ZAFFARONI, 1982, p. 18.

[34] LISZT, s/f, p. 376. En este sentido «el psicologismo siempre fue un ardid para reemplazar a la culpabilidad por la peligrosidad llamando culpabilidad a la parte subjetiva del injusto y haciendo ocupar a la peligrosidad el lugar que la culpabilidad

Otro representante fue Ernst von BELING, que también entendía que si bien la antijuridicidad de la acción es necesaria, no resulta suficiente; de manera tal que una acción antijurídica debe haberse producido también culpablemente [35]. A través del juicio de valor según el cual una acción es antijurídica, sólo se caracteriza la fase externa (comportamiento corporal) como contradicción con el orden jurídico. «Por el contrario, el juicio de que alguien ha actuado 'culpablemente' expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual o 'subjetiva') de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico y por eso, por esa deficiencia le es 'reprochable' su 'acción'» [36]. Distingue grados de culpabilidad (*dolus* y culpa en sentido estricto). Si bien BELING entendía que toda acción antijurídica se basa en una resolución del agente en el sentido de la «voluntariedad» (mover el cuerpo, dejarlo quieto, de lo contrario no habría acción), sin embargo, «la disposición anímica del autor, con relación al contenido ilícito de la acción, puede ser muy distinta, y conforme con ello se resuelve si el actor es reprochable y, en caso afirmativo, en qué medida» [37]. La más grave reprobación o grado mayor de culpabilidad es el *dolus*, intención; una reprobación menor o grado menor de culpabilidad es la culpa, imprudencia. Consideraba culpable al que no supo ni pudo saber que su conducta fuera ilícita [38].

1273. Culpabilidad en Beling

No obstante, esta teoría tiene el mérito de haber enfrentado a la antigua concepción de la responsabilidad objetiva y la enfoca en el hombre más que en el resultado de un acto [39]. La teoría psicológica no dominó absolutamente el siglo XIX, ni el último decenio de este. Era simplemente la concepción sostenida en la escuela naturalista con von LISZT a la cabeza [40]. Aunque afrontó importantes problemas, particularmente el de la *culpa inconsciente*, pues a ella le falta precisamente toda relación psíquica con el resultado [41]. LISZT admitió que la culpa inconsciente ofrecía dificultades en su construcción como forma de culpabilidad, «que sólo pueden ser vencidas si vuelve al valor material de la culpabilidad (...) y si se considera la no previsión del resultado como consecuencia de la indiferencia de la gente ante las exigencias de la vida social». Luego precisaba que «aquel que exija en la culpabilidad la relación concreta y subjetiva con el resultado, debe llegar, pues, con KOHLRAUSCH a negar a la culpa la cualidad de forma de culpabilidad» [42]. Por el camino de KOHLRAUSCH se llegaba a

1274. Problemática de la culpa inconsciente

---

dejaba hueco en la teoría del delito, con sus lógicas consecuencias para la pena, o bien, dejando ese lugar hueco y haciendo de lo que llamaba «culpabilidad» un mero síntoma de una «culpabilidad material» en la que –más o menos camuflada– iba la peligrosidad» (ZAFFARONI, 1982, pp. 18-19).

[35] BELING, 1944, pp. 29-30.

[36] *Ibidem*, p. 30.

[37] *Ibidem*, p. 35.

[38] *Ibidem*, p. 36.

[39] REYES ECHANDÍA, 1988, p. 5.

[40] ACHENBACH, 1981, p. 845.

[41] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 451.

[42] LISZT, s/f, p. 418.

eliminar la culpa inconsciente del Derecho Penal y además la culpa consciente era asimilada al dolo con una puesta en peligro dolosa.

1275. Dolo como única forma de culpabilidad

Para KOHLRAUSCH, dolo y culpa consciente no eran diferentes formas de culpabilidad sino iguales contravenciones culpables de diferentes clases de normas, concluyendo que sólo existía una forma de culpabilidad, que «sólo hay una forma de culpabilidad que es idéntica con la que se llama dolo»[43], lo que trae como consecuencia que la intención sea igual que la imprudencia.

1276. Críticas a la concepción psicológica de la culpabilidad

La teoría psicológica tampoco estaba en condiciones de explicar algunas causas de exculpación que no excluyen el dolo, ya que si bien estas conductas no son «merecedoras» de pena no significa que el autor de dicha acción no las haya realizado con intención y conocimiento. Ejemplo: sujetos en estado de necesidad disculpante en los que falta la culpabilidad pese a que concurre el nexo psicológico entre el resultado y el autor [44]. FRANK indica, en este sentido, que si el concepto de culpabilidad sólo está compuesto de dolo e imprudencia –producción consciente o descuidada de un resultado–, el estado de necesidad disculpante no sería compatible con este concepto, pues el que actúa bajo uno de sus supuestos actuaría inculpablemente ya que también el sujeto que actúa en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que hace. «Desconocer que en él se da dolo en el sentido corriente importa sencillamente falta de lógica» [45]. De igual manera expresó que «también el enfermo mental puede querer la acción y así representarse los caracteres que la hacen delictuosa y hasta puede saber que es un delito» [46]. Tampoco explica con éxito qué hechos psicológicos son relevantes para la culpabilidad [47]. Otra crítica se orienta en el sentido que el carácter graduable de la culpabilidad no era posible de ser fundamentado, pues dicha cuantificación no puede hacerse con relación al vínculo psicológico cuya inmutabilidad es manifiesta [48]: o es dolo o no lo es (o es culpable o no). Por último, esta concepción hacía demasiado énfasis en la persona del autor de la obra en cuanto obra suya, aunque no sabía decir por qué el sujeto debe responder de su acción [49].

---

[43] KOHLRAUSCH, **en** BUSTOS RAMÍREZ, 1989, p. 311.

[44] MIR PUIG, 1998, p. 542.

[45] FRANK, 1966, p. 16.

[46] *Ibidem*, p. 21.

[47] Al respecto, JAKOBS afirma que: «Las mayores dificultades en el distanciamiento con respecto a la concepción psicologizante de la culpabilidad las ha deparado la conciencia del injusto. En particular no ha dejado de discutirse la posibilidad de la índole culpable de un comportamiento sin conocimiento actual del injusto; (...). KRÜMPELMANN: «Quien obra sin comprensión actual del injusto, no se ha decidido contra el deber (...); su proceso motivador es jurídicamente neutro». Por eso KRÜMPELMANN pretende buscar la culpabilidad en un momento anterior. Consecuentemente sus reparos se dirigen también contra la culpabilidad del delito imprudente. Pero incluso el *dolus malus* presente no es nada como dato psíquico, sino una condición (reemplazable) de la responsabilidad del autor por el hecho de infringir la norma. Esta responsabilidad se da también sin conciencia actual del injusto. Un dato psíquico no es para la culpabilidad necesaria ni suficiente» (1995, p. 569).

[48] CURY URZÚA, 1985, p. 11.

[49] MAGGIORE, **en** REYES ECHANDÍA, 1988, p. 5.

b. La explicación en el positivismo italiano

El positivismo italiano fue la fuente de inspiración del positivismo alemán, aunque no estén dispuestos a aceptarlo [50]. Considera muchos aspectos psicológicos en la culpabilidad (todavía incluyen en su esquema al dolo y la culpa) pero sin negarle la valorización que fue negada –de forma muy imprecisa– por los psicologistas del positivismo alemán. Tiene como antecedente a la corriente clásica italiana, la que le sirve como inspiración para redefinir la concepción que hasta ese momento se tenía de la culpabilidad, partiendo de los presupuestos clásicos. Giovanni CARMIGNANI [51] sostenía que el delito era el resultado de dos fuerzas o acciones que tienen que darse necesariamente juntas para considerar un hecho delito. A saber: la fuerza o acción moral (intención o voluntad del autor de querer el resultado contrario a la ley) y la fuerza o acción física (cómo exterioriza su voluntad y ejecuta los actos) [52].

1277. Culpabilidad en Carmignani

La naturaleza moral de la intención «es, pues, aquello por lo cual los efectos físicos de la misma pueden y deben ser imputados como queridos por el agente, a su autor reconocido como tal»[53]. Se da cuando se presentan las siguientes condiciones: *Primero*, que el agente conozca la existencia de la ley. *Segundo*, que haya previsto el efecto de la acción. *Tercero*, que haya tenido la voluntad de obrar. *Cuarto*, que haya escogido lo que más le convenía hacer [54]. El principal elemento es la manifestación de voluntad, la cual debe estar guiada por el entendimiento y acompañada por la libertad [55]. Incluye en su esquema al dolo y a la culpa. De no contar con estos elementos no sería imputable moralmente. CARMIGNANI ya hablaba de reproche como elemento de la culpabilidad, al que llamaba imputación civil [56] donde estaba incluida la imputabilidad moral [57], que es la calidad de poder imputarle un hecho al agente por haberlo realizado con intención (y libertad) de querer hacer un daño social. Incluyó este criterio valorativo en la imputación del «delito civil» que debe tener como presupuesto la imputación moral, es decir, un reproche moral.

---

[50] RIVACOBA afirmó respecto a LISZT que «cabe sospechar que debe a los positivistas italianos, y especialmente a FERRI (...), más que lo que gusta de reconocer», **en** LISZT, 1984, p. 14.

[51] CARMIGNANI, 1979.

[52] *Ibidem*, p. 41.

[53] PUFENDORFF: «*De jure naturae et gentium*», **en** CARMIGNANI, 1979, p. 43.

[54] CARMIGNANI, 1979, p. 44.

[55] *Loc. cit.*

[56] Se imputaba civilmente un hecho que podía ser imputable políticamente, es decir, que atentaba contra el orden establecido y la seguridad de la sociedad (*Ibidem*, p. 34).

[57] «El hombre es el sujeto de las leyes en cuanto es un ente gobernable: pero ninguna acción es gobernable, si no procede de un agente normal [...] ninguna acción puede ser civilmente imputada, si no es al mismo tiempo moralmente imputable». Cita de FILANGIERI tomada por CARMIGNANI, 1979, p. 37.

Francesco CARRARA («Programa del Curso de Derecho Criminal» dictado en la Universidad de Pisa) siguiendo la teoría defendida por CARMIGNANI, considera también la existencia de dos fuerzas en el delito: la fuerza física y la fuerza moral; y de su suma, se origina un delito, el cual no existiría si alguna de estas dos fuerzas estuviera ausente. Algunas veces, una de estas dos fuerzas se presenta en mayor o en menor proporción que la otra, lo que puede originar un aumento o una disminución de la imputación de un hecho. Para él, la intención del acto es el esfuerzo de la voluntad hacia un fin: el delito [58]. Esta intención es el producto de dos concursos: el concurso de la inteligencia y el concurso de la voluntad [59], bases de la fuerza moral subjetiva [60]. El concurso de la inteligencia resulta de la concurrencia del conocimiento de la ley y de la previsión de los efectos que traería su acción [61], los cuales, señala CARRARA, pueden presentarse incluso potencialmente, sin desaparecer la imputabilidad, pero sí disminuyéndola. Diferente tratamiento se da a los elementos del concurso de la voluntad, que son voluntad de obrar y libertad de escoger lo más conveniente por hacer [62], pues éstos sí tienen que presentarse actualmente, porque de no ser así podría declararse la inimputabilidad [63].

1278. Culpabilidad en Carrara

CARRARA aceptaba la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre [64] como fundamento de la culpabilidad. Precisaba que «la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de modo que ésta no puede existir sin aquella, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad» [65]. Entendía que «suprimida del todo la libertad, no hay lugar a pena. Si el grado de libertad disminuye, proporcionalmente disminuirá la pena»[66]. El hombre tiene la facultad de determinarse en sus acciones, ya que puede preferir a su agrado, obrar o no obrar según las apreciaciones de su inteligencia. Esta facultad es la que constituye su libertad de elección, y precisamente en virtud de ella se le pide cuenta de los actos a que se determina»[67]. «La libertad de elegir, como potencia abstracta del alma, jamás puede quitársele al hombre, pues aun en el que cae desde una altura, mientras cae y se da cuenta que cae, no quisiera caer. La libertad como idea sigue permaneciendo en él, pero le es imposible la realización de esa idea»[68].

1279. Fundamento de la culpabilidad en Carrara

Constituyen, pues, ambos autores los antecedentes más próximos de la escuela positivista italiana, la que parte desde el mismo supuesto de la responsabilidad moral para criticarla y descartarla como presupuesto de culpabilidad.

1280. Responsabilidad moral

---

[58] CARRARA, s/f, p. 69.

[59] *Ibidem*, p. 68.

[60] *Loc. cit.*

[61] *Loc. cit.*

[62] *Ibidem*, p. 69.

[63] *Ibidem*, p. 68.

[64] CARRARA, 1971, I, p. 32.

[65] *Ibidem*, I, p. 71.

[66] *Ibidem*, I, p. 34.

[67] *Ibidem*, I, p. 192.

[68] *Ibidem*, I, p. 193.

FERRI es el que tiene una mejor crítica sobre CARRARA, la que plasma en su obra *Principii di Diritto Criminale*. La escuela positivista italiana criticó al libre albedrío. En el Medioevo e incluso después, los criminalistas pusieron como condición necesaria de imputabilidad la normalidad de la conciencia e inteligencia y la libertad de elección volitiva. Las críticas de la escuela positivista revelaron que la existencia del libre albedrío no podría ser científicamente demostrado y fue negada por teólogos y filósofos y que, de ningún modo, puede la justicia penal ser condicionada a la creencia en el libre albedrío del delincuente. En el Código Penal italiano de 1890 (artículo 45) se redujo aquella distinción a la voluntariedad del hecho [69]. El pensamiento positivista enfrentaba al libre albedrío con el determinismo en el sentido que el delincuente era un sujeto determinado al delito. Para FERRI, desde el punto de vista natural, sólo puede ser delincuente quien sea un anormal. Dos razones aludían FERRI y la escuela positivista: *Primera*, que la fisiopsicología positivista descartaba la existencia del libre albedrío por ser una pura ilusión de la observación psicológica subjetiva. *Segunda*, que la aplicación a casos específicos de la imputabilidad moral, por su falta de sustento teórico, podría acarrear grandes equivocaciones en la administración de justicia [70].

1281. Culpabilidad en Ferri

FERRI afirmaba que incumbe al Estado la defensa represiva subordinada a la readaptación del delincuente a la vida social. Concretó su pensamiento en el artículo 18 de su proyecto de Código Penal en el que el hombre es responsable siempre de sus actos sólo porque vive en sociedad [71], pues, por ser la sociedad un organismo vivo, como todo orden natural tendría que defenderse de elementos nocivos a él, es decir, posee un derecho a defenderse (mal llamado por la sociedad derecho de «punir»), por el cual todo individuo (ya no considerado por su «libertad moral», sino por su «peligrosidad») que atentara contra este orden recibirá una sanción adecuada a su personalidad [72]. De esta manera, el fundamento no era el libre albedrío sino la defensa social, en consecuencia, la medida de las sanciones que se impongan en defensa de la sociedad no podía basarse en la culpabilidad, sino en la *peligrosidad*, la que supone tener en cuenta la mayor o menor temibilidad o readaptabilidad social del sujeto, lo que nos lleva a un derecho de represión no basado en el acto punible, sino en el sujeto agente, significando dicho acto sólo un síntoma de su personalidad. Lo que legitima un Derecho Penal de autor. Así, FERRI revolucionó el Derecho Penal de su época resaltando la importancia de una prevención especial, pero llevando de forma muy discutible al Derecho Penal a un Derecho Penal de autor y sin alterar la estructura de la culpabilidad reinante en mucho, pues aún considera dentro de ésta al dolo, por lo que se le podría considerar a su teoría un psicologismo «normativizado», basado en un determinismo dogmático.

1282. Peligrosidad en Ferri

---

[69] «Nel medio evo ed anche dopo, i criminalisti posero come condizione necesaria di imputabilità la normalita della conscienza ed intelligenza e la libertà di elezionme volitiva». Luego agrega que «In seguito alle critiche della scuola positivista per cui si relevò che l'esistenza del libero arbitrio non e che, ad ogni modo, non può la giustizia penale essere condizionata alla credenza nel libero arbitrio del delinquente, le più recenti legislazioni penali, a cominciare dal Codice Penale italiano del 1890, ridussero quella distinzione alla volontarietà del fatto» (FERRI, 1928, pp. 215-216).

[70] Cfr. FERRI, 1887, pp. 24 y ss.

[71] FERRI, 1887, pp. 89 y ss.

[72] Al respecto, ver FERRI, 1887.

c. Evolución de la concepción normativa de la culpabilidad

1283. Concepción normativa de la culpabilidad

Debido a las deficiencias que presentaba el concepto psicológico de culpabilidad, se desarrollaron diferentes teorías, según las cuales el concepto de culpabilidad no sólo comprendía elementos psíquicos sino también normativos [73]. La superación del concepto naturalístico de culpabilidad no es consecuencia de una concepción normativa bien estructurada, sino del importante proceso ocurrido a fines del siglo XIX de la remeditación metodológica a la que fue sometido el positivismo. Las nuevas ideas sostenidas en la filosofía neokantiana de la independencia metodológica de la jurisprudencia como ciencia de valores, en contraposición a la ciencia naturalística, originaron un cambio en el ámbito del concepto sistemático. Este período se caracteriza por una tendencia generalizada a la introducción del concepto del juicio de valor [74].

1284. Diversas tendencias de la concepción normativa

Según ACHENBACH, es posible reunir varios grupos del modo siguiente: *Primero*, el grupo «normativo», conformado por Ernst MAYER, GRAF ZU DOHNA y STURM, quienes se refieren –con diferente fundamento metodológico– a «la contrariedad a la obligación» (*Pflichtwidrigkeit*) en sentido ético como núcleo de la culpabilidad. *Segundo*, el grupo conformado por quienes dieron al concepto de culpabilidad un carácter jurídico normativo y no ético. Esto fue anticipado por BELING e introducido por el término «reprochabilidad» en la obra de FRANK. Siguieron este camino MITTERMAIER y HEGLER [75]. La última variante no extendió la normatividad a toda la culpabilidad, sino que incluyó un elemento normativo. Esta idea fue precisamente connotada sólo con la obra de James GOLDSCHMIDT. No se apartaron al contexto en discusión MERKEL, LIEPMANN y FINGER (teoría caracterológica) y la concepción generalizada de la culpabilidad de Hold von FERNECK.

1285. Culpabilidad en Frank

En el ámbito de la evolución de la dòctrina de la culpabilidad, ocupa una importancia central la obra de Reinhard FRANK: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, publicada en 1907 (*Gießen*). En esta obra, FRANK asume decididamente una posición contra la doctrina dominante de la culpabilidad entendida como relación psíquica. Señala FRANK: «y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia y si éstos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante), pues también el autor que obra en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que está haciendo» [76]. Para FRANK el dolo y la culpa importan indirectamente, culpabilidad es reprochabilidad [77]. Para este autor el concepto de culpabilidad contiene tres elementos de igual rango: *Primero*, normalidad mental del sujeto (si es imputable o no). *Segundo*, concreta relación psíquica o la posibilidad de la misma (dolo o culpa). *Tercero*, normalidad con la que obró el autor (circunstancias concomitantes-*Begleitende Umstände*) [78].

---

[73] STRATENWERTH, 2005, p. 273, num. 3.

[74] ACHENBACH, 1981, p. 864.

[75] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 570, num. 8.

[76] Cit. por JAKOBS, 1995, p. 569, num. 7.

[77] FRANK, 1966, p. 29.

[78] FRANK reexaminó su posición sostenida en el *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, en las sucesivas ediciones de su Comentario al StGB (*Kommentar*). El primer cambio

Fueron también importantes los aportes de GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL. James GOLDSCHMIDT (*Der Notstand, ein schuld problem*, 1913) destacó la tendencia normativa en la teoría de la culpabilidad al tratar de comprobar que el estado de necesidad para el que sería decisivo un motivo irresistible es una causa de exculpación. Pero fue en su obra *Normativer Schuldbegriff* [79] en el que desarrolló a fondo su concepción normativa y la defendió de los ataques de los juristas alemanes [80]. GOLDSCHMIDT explicaba que «al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior» [81]; dicha norma de deber está implícita en la norma jurídica e impone «disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa» [82]. GOLDSCHMIDT descarga a la culpabilidad de sus elementos de hecho colocando a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal como presupuestos de la culpabilidad. En su teoría, la culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de la «**exigibilidad**» (deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la «no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad». En la doctrina de GOLDSCHMIDT, los elementos de hecho de la culpabilidad de la teoría de MEZGER son sólo presupuestos de la culpabilidad, porque sobre ellos «descansa el 'poder' (de actuar en conformidad al deber jurídico) que presupone la exigibilidad» [83]. GOLDSCHMIDT ligó su teoría a la metafísica kantiana.

1286. Exigibilidad en Goldschmidt

Aquí se encuentra el origen de la «*norma del deber*» o «*norma de motivación*», que independiente de la norma jurídica o «*norma de la acción*» fue aportada por este autor a la teoría normativa de la culpabilidad. «Para GOLDSCHMIDT, una acción tiene frente a la ley penal dos aspectos: por un lado, el de su legalidad (la conformidad o no conformidad con la norma de la acción que la manda o la prohíbe objetivamente), por otro lado, el de su exigibilidad (si la norma de deber obliga o no obliga al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico)» [84]. Sin embargo, la de GOLDSCHMIDT no era una doctrina ética como la de KANT pues la «norma del deber»

1287. Norma de deber o norma de motivación en Goldschmidt

---

fue realizado por FRANK en 1911 de la octava a la décima edición del comentario, cuando producto de las variadas críticas, renunció a las «normales circunstancias concomitantes» y las reemplazó por la «motivación normal» (*normale motivierung*); de la undécima a la decimocuarta edición del comentario (1914) abandona el concepto de la «motivación normal», como elemento positivo de la culpabilidad. En la decimoquinta edición, al lado del dolo o culpa aparece un amplio elemento positivo de la culpabilidad que FRANK define como *Freiheit* (libertad). En la última edición del comentario, la 18a, su definición de la culpabilidad tenía el siguiente tenor: «reprochabilidad de un comportamiento antijurídico fundado sobre la libertad, el fin y el resultado conocido o cognoscible» (*Vid.* ACHENBACH, 1981, pp. 851-852).

[79] GOLDSCHMIDT, 1943.

[80] *Vid. Ibidem*, prefacio, pp. VIII-IX.

[81] *Ibidem*, p. 10.

[82] GOLDSCHMIDT, **en** ROXIN, 1999, p. 796.

[83] NÚÑEZ, 1943.

[84] *Ibidem*, p. XXXII.

no es un imperativo categórico sino una norma «hipotética» en el sentido que «sólo exige al individuo que se motive por la representación del deber jurídico, si no está ya decidido a obedecer a la ley por otros motivos» [85].

1288. Inexigibilidad de la conducta en Freudenthal

Por su parte, Berthold FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf im geltenden strafrecht*, Tübingen, 1922) aportó la idea que para fundar la reprochabilidad se requiere la exigibilidad de otra conducta adecuada al derecho [86], de manera que la **inexigibilidad de la conducta** aparece como causa general de exclusión de la culpabilidad [87]. Este autor afirmaba que «si hay que admitir o, como sucede en este trabajo, rechazar la culpabilidad, una vez que se niegue la exigibilidad de otra conducta» [88].

1289. Actitud asocial del autor en Schmidt

Eb. SCHMIDT plantea un componente más generalizador incluso como la «*actitud asocial del autor*», donde el autor tuvo la posibilidad de percatarse de la dañosidad social de su actuar y, en relación normativa se le puede exigir una conducta conforme a Derecho [89].

1290. Culpabilidad en Mezger

MEZGER desarrolló el trabajo de ordenación y crítica de la contribución de los teóricos alemanes. Para este autor «la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido» [90]. En MEZGER, la culpabilidad es una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica. «Se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho de la culpabilidad (...). La culpabilidad es una situación de hecho psicológica» [91]. Pero también, «al propio tiempo, un juicio valorativo acerca de esta situación de hecho» [92]. La estructura del concepto de culpabilidad requiere una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, la llamada imputabilidad, una referencia psicológica del autor al acto: dolo o culpa (la llamada forma de la culpabilidad) y la configuración de las circunstancias internas y externas de la acción: la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad [93]. MEZGER en cierta época consideró a la no exigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad de una manera bastante amplia: «no actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta a la realizada» [94], sin embargo, posteriormente abandonó esta po-

---

[85] *Loc. cit.*

[86] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 631; MIR PUIG, 1998, p. 542.

[87] JESCHECK, 1993, p. 379. JAKOBS (1995, p. 571, num. 10) señala que este concepto en la práctica no tuvo importancia por ser inviable si se ha de exculpar por circunstancias concomitantes, el origen del conflicto es desplazado por el autor hacia estas causas, de lo que se deriva que para que pueda asimilar no depende sólo del autor sino de la modificación de las circunstancias.

[88] FREUDENTHAL, 2003, p. 88.

[89] Cfr. JAKOBS, 1995, pp. 571-572, num. 11.

[90] MEZGER, 1958, p. 189.

[91] *Ibidem*, p. 190.

[92] *Loc. cit.*

[93] *Loc. cit.*

[94] MEZGER, 1949, p. 203.

sición pues llegó a admitir la no exigibilidad sólo en los casos conforme a derecho: «no procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar»[95]. Reconocía que una formulación general de la no exigibilidad encerraba el peligro de una justificación excesivamente amplia de la acción típica [96] [97].

1291. Tipo complejo que incluye al dolo

En la ciencia alemana, un avance importante se dio con la estructuración del *tipo complejo* que incluía el dolo, que en el anterior sistema pertenecía a la culpabilidad. En este sentido son importantes las contribuciones de Hellmuth von WEBER y Alexander GRAF ZU DOHNA.

Hellmuth von WEBER se preguntaba qué es lo que deberá entenderse como propio de la culpabilidad: «Si ubicamos el actuar doloso en el injusto y con ello lo sustraemos del ámbito de la culpabilidad» [98]. Con esto WEBER negaba el principio que enviaba todo lo objetivo a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, luego precisaba que «todo intento de buscar la esencia de la culpabilidad en el contenido de la conducta, colocando al lado de la norma jurídica lesionada una paralela norma de deber lesionada, se adelanta y yerra el camino. Nosotros, en vez, erigimos el reproche cuando el autor «puede algo para eso», cuando ha realizado la acción punible que le era evitable, cuando no le era un destino ineludible. De este modo antijurídicamente, no obstante que pudo conducirse conforme a derecho»[99]. La culpabilidad se halla en el poder, la antijuridicidad en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetiva lo ocupa el deber y el poder [100].

1292. Dolo en lo injusto en Weber

1293. Dolo en el tipo subjetivo en zu Dohna

Alexander GRAF ZU DOHNA diferenciaba el objeto de la valoración [101] de la valoración del objeto [102] en el tipo objetivo y en el tipo subjetivo. Precisamente, en el tipo subjetivo desarrollaba la teoría del dolo afirmando que «para el delito no es esencial una relación psíquica del autor con su hecho» [103]. En la valoración del objeto, estudiaba la valoración del tipo subjetivo: la doctrina de la culpabilidad «la culpabilidad es, por tanto, la determinación de la voluntad contraria al deber» [104]. Entendía «con-

---

[95] MEZGER, 1958, p. 272.

[96] *Loc. cit.*

[97] Dentro de la evolución de la concepción normativa de la culpabilidad también debe mencionarse el aporte de Heinrich HENKEL, que entendía que este principio regulativo operaba para resolver problemas interpretativos en casos límite, incidiendo a nivel de la tipicidad (dolosa, culposa y omisiva), en el ámbito de la exclusión de lo injusto (justificación) y en la culpabilidad. Así, entendía el sentido de *cláusula general de la exigibilidad. Vid.* Estudio introductorio de Gonzalo Fernández y José Luis Guzmán Dálbora (HENKEL, 2005, p. 33).

[98] WEBER, 1982, p. 575.

[99] *Loc. cit.*

[100] *Loc. cit.*

[101] DOHNA, 1959, p. 14.

[102] *Ibidem*, p. 40.

[103] *Ibidem*, p. 32.

[104] *Ibidem*, p. 60.

traria al deber a una voluntad que está dirigida hacia la realización de un resultado antijurídico» [105]. «La idea de la exigibilidad y de la contrariedad al deber son idénticas, en el sentido de que la infracción a las normas de derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma» [106]. En su esquema la capacidad de imputación es un presupuesto de la culpabilidad [107]. De manera independiente desarrolla la culpabilidad en los delitos dolosos [108] y la culpabilidad en la ausencia del dolo (doctrina de la culpa) [109].

En la doctrina alemana, este desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad derivó en la obra de Hans WELZEL, quien le proporcionó una fundamentación coherente al advertir que el dolo «pertenece ya a la acción y al tipo de lo injusto» [110]. En 1931, en su artículo «*Causalidad y acción*» deducía «la imposibilidad de separar completamente el tipo subjetivo del objetivo» [111]. «Incluso la teoría de la culpabilidad podría recibir, desde este punto de vista, nuevas luces, en tanto al mostrar la determinación intencional, el propio objeto del reproche de culpabilidad pueda manifestarse claramente» [112]. Para WELZEL, la culpabilidad es «la reprochabilidad de la resolución de la voluntad» [113]. La culpabilidad supone que el sujeto «hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este «poder en lugar de ello» del autor respecto de la configuración antijurídica reside la esencia de la culpabilidad» [114]. Luego precisaba que «el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma» [115]. La concepción de WELZEL de la culpabilidad basada en el poder actuar de otro modo ha sido criticada [116].

1294. Culpabilidad en Welzel

Los *presupuestos de la reprochabilidad* son dos: presupuestos existenciales de la reprochabilidad (imputabilidad) y presupuestos especiales de la reprochabilidad (la posibilidad de comprensión de lo injusto) [117]. Si bien son suficientes estos presu-

1295. Reprochabilidad en Welzel

---

[105] *Ibidem*, p. 61.

[106] *Loc. cit.*

[107] *Ibidem*, p. 66.

[108] *Ibidem*, p. 69.

[109] *Ibidem*, p. 82.

[110] WELZEL, 1964, p. 107.

[111] WELZEL, 1975, p. 211.

[112] *Loc. cit.*

[113] WELZEL, 1964, p. 85; 1976, p. 198.

[114] WELZEL, 1976, p. 197.

[115] *Ibidem*, p. 201.

[116] *Vid.* MIR PUIG, 2004, p. 595, nums. 13-14.

[117] WELZEL, 1976, p. 197. *Vid.* imputabilidad, pp. 214 y ss., posibilidad de comprensión del injusto, pp. 221 y ss.

puestos para encontrar establecida la culpabilidad, para renunciar al reproche de culpabilidad WELZEL propone se consideren situaciones extraordinarias de motivación «en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de una motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad» [118]. Por este camino, en WELZEL la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho aparece como una causa de exculpación (el caso más importante, el estado de necesidad exculpante) [119].

1296. Dolo en Welzel

El *dolo* está claramente ubicado en el tipo subjetivo como momento final de la acción [120], en lo injusto de los delitos dolosos.

1297. Culpa en Welzel

Para la reprochabilidad en los delitos *culposos* rigen los mismos principios que para los dolosos. En estos, la posibilidad de conocimiento del injusto significa «posibilidad individual de conocimiento de la contravención del cuidado de la acción del autor» [121]. También admitía casos de no exigibilidad de la conducta conforme a derecho (estados de cansancio y excitación) [122].

1298. Culpabilidad de la omisión en Welzel

Entendía la culpabilidad en los *delitos de omisión* «cuando el deber de actuar le era reconocible al omitente y su cumplimiento le era exigible» [123]. También admitía la causa de exculpación de la no exigibilidad de la obediencia al derecho «si el omitente contraviene un deber de impedir el resultado, porque su cumplimiento sólo habría sido posible mediante el sacrificio de un interés personal en sí mismo de menor valor no procede la reprochabilidad de la lesión al deber» [124].

1299. Libre albedrío en Welzel

Dado que WELZEL estructuraba la reprochabilidad sobre la base de la imputabilidad y la posibilidad de comprensión de lo injusto, precisamente respecto de ambos problemas discutía si era concebible y de qué manera la posibilidad de estructuración de una voluntad responsable y de acuerdo a la norma. El problema del *libre albedrío* lo desarrolló diferenciando tres aspectos: antropológico, caracterológico y categorial [125].

1300. Crítica al concepto finalista de culpabilidad

La corriente afirmación que la teoría final de la acción proporcionó una concepción «puramente» normativa de la culpabilidad [126] ha sido atacada «porque en ella permanecen, de un lado, la imputabilidad, cuya naturaleza de capacidad psíquica (para la valoración de la propia conducta) resulta insoslayable, y, del otro, el

---

[118] WELZEL, 1976, p. 248.

[119] *Ibidem*, pp. 250 y ss.

[120] *Ibidem*, p. 94.

[121] *Ibidem*, p. 244.

[122] *Ibidem*, p. 255.

[123] *Ibidem*, p. 283; *vid.* p. 302.

[124] *Ibidem*, p. 304.

[125] *Vid.* el *aspecto antropológico* apoyado en las investigaciones de psicología animal (STORCH, LORENZ, SCHELER) (WELZEL, 1976, pp. 202 y ss.); lo caracterológico (*Ibidem*, pp. 204 y ss.); lo categorial rechazando al determinismo tradicional que entendía que existía una forma de determinación representada por la causalidad, esto es, el monismo causal (*Ibidem*, p. 207), adoptando una posición intermedia del pensamiento basado en una infraestructura causal y en fundamentos inteligibles (*Ibidem*, p. 208).

[126] JESCHECK, 1993, p. 379.

«potencial conocimiento del injusto» (que sea cualquiera su presentación, no puede consistir en algo distinto a la captación mental o psíquica del desvalor socio-jurídico de la acción punible). El concepto de culpabilidad finalista se mantiene, pues, con un carácter tan mixto (a la vez psicológico y valorativo), como en los neoclásicos» [127]. En nuestro medio es influyente esta construcción conceptual de la culpabilidad [128].

d. La concepción funcionalista de culpabilidad

A lo largo del siglo XX se ha aceptado la teoría normativa de la culpabilidad, y como uno de sus presupuestos la exigibilidad de la conducta debida basado en que el hombre elige entre realizar lo injusto o hacer una conducta conforme a derecho. A mediados de la década de los sesenta del siglo pasado, la reforma de la parte general del Código Penal alemán (StGB) motivó la presentación de un proyecto alternativo elaborado por profesores encabezados por Claus ROXIN, en el que se ubica a la culpabilidad en el libre albedrío y la libera de cualquier consideración metafísica [129]. De esta manera, se empieza a negar la relación *libre albedrío-reproche-retribución* como coordenadas de la culpabilidad capaces de servir de enlace entre lo injusto y la pena, y se basa la culpabilidad en consideraciones político-criminales, reconociéndose dos modelos de estructuras de culpabilidad: un modelo «complementario» entre las necesidades preventivas del Estado y el concepto de culpabilidad, donde este último limita a la primera (ROXIN); y el esquema donde se reemplaza a la culpabilidad, pues la prevención se limita a sí misma (JAKOBS).

1301. Concepción funcionalista de culpabilidad

d.1. La «responsabilidad» en Roxin

El concepto «reprochabilidad» desarrollado por la concepción normativa de la culpabilidad resulta incompleto, ya que la valoración se orienta sólo hacia la culpabilidad. «La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídico-penales, ha de hacérsele responsable de su conducta»[130]. Se perfecciona el concepto normativo bajo la dirección de una concepción normativa de

1302. «Responsabilidad» en Roxin

---

[127] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, I, p. 280.

[128] Cfr. BRAMONT ARIAS L. A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2001, p. 54; PEÑA CABRERA, Alonso, 2003, pp. 310-311.

[129] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 242.

[130] ROXIN, 1999, p. 797, num. 13.

responsabilidad [131]. Algunos autores nacionales han recepcionado esta forma de concepción de culpabilidad [132].

1303. Culpabilidad y la necesidad preventiva de sanción penal

La **responsabilidad penal** depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la *culpabilidad* del sujeto y la *necesidad preventiva de sanción penal*, que hay que deducir de la ley. Señala ROXIN que «el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho» [133]. Comportamientos culpables como estos precisan también de una sanción penal por razones preventivas [134], la que no necesita de una fundamentación especial, por lo que la responsabilidad generalmente se da con la existencia de la culpabilidad. Aparece así la culpabilidad como una condición imprescindible en la imposición punitiva, siendo además justificada por intereses preventivos [135].

1304. Culpabilidad en Roxin

Con respecto a la *culpabilidad*, ROXIN la define, desde una perspectiva material, como una «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa» [136]. Se afirma la culpabilidad cuando el sujeto «estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles 'posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma', cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones

---

[131] Lo valorado es la acción responsable, concebida aquí como «*la unidad de la valoración y lo valorado*», es decir, el supuesto de hecho de la responsabilidad y el juicio de responsabilidad. En el supuesto de hecho de la responsabilidad, en sentido estricto, se encuentran las circunstancias que más allá del injusto son determinantes para la responsabilidad: la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la inexigibilidad. El injusto mismo de forma mediata, en sentido amplio, pertenece a la culpabilidad (ROXIN, 1999, pp. 797-798, num. 14). El término «*responsabilidad*» encierra, también en sentido estricto, el predicado de la valoración, no el mismo supuesto de hecho valorado (*Ibidem*, p. 798, num. 15).

[132] PEÑA CABRERA, 1997, pp. 463-465; HUERTA BARRÓN, 2000, p. 106; HURTADO POZO, 2005, p. 598, num. 1556.

[133] ROXIN, 1999, p. 792, num. 3.

[134] Cfr. *Loc. cit*

[135] TERRADILLOS BASOCO, 2001, p. 237.

[136] ROXIN, 1999, p. 807, num. 34.

existía en el caso concreto» [137]. Esto no constituye una hipótesis indemostrable, más bien resulta ser un fenómeno científico empírico [138].

Ante la existencia de la *asequibilidad normativa* se parte de la idea que el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma, por lo que se convierte en culpable por no adoptar ninguna de las posibilidades de comportamiento en principio psíquicamente asequibles para él [139]. ROXIN no afirma, pero tampoco niega la existencia del libre albedrío, pues para él existe ya libertad cuando hay «una capacidad de control intacta y con ello asequibilidad normativa» [140]. Para ROXIN, la libertad es una aserción normativa, «una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales» [141]. Es una regla de juego social entendida como imposición normativa y principio jurídico de regulación [142]. «Si se puede comprobar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma («asequible normativamente»), y era receptible a la posibilidad normal de ser determinado por motivos –lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente– partimos de que éste, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente» [143].

1305. Asequibilidad normativa

Sobre la libertad, ZAFFARONI precisa que considerarla como un «principio regulativo» la hace una suerte de ficción que limitaría a las necesidades preventivas del Estado [144], y una ficción «no puede tener más límite que el impuesto por ella misma, porque en la medida que no abarque una realidad o carezca de otro contenido que ella misma, quedaría autosostenido» [145], y afirma que «no es posible medir una ficción, porque se trata de una no realidad» [146]. Establecer a la libertad (y a la responsabilidad) del hombre como una ficción significaría que el plano jurídico-constitucional y el político se fundamentan en ficciones y que toda

1306. Crítica al concepto «libertad» en Roxin

---

[137] *Loc. cit.*

[138] *Loc. cit.*

[139] *Ibidem*, pp. 808-809, num. 35.

[140] *Ibidem*, p. 808, num. 35.

[141] Cfr. ROXIN, 1999, pp. 808-809, num. 37; la crítica de DREHER.

[142] ROXIN, 1998, p. 175.

[143] *Loc. cit.*

[144] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 637.

[145] *Ibidem*, pp. 673-638.

[146] *Loc. cit.*

la conciencia jurídica universal es pura ficción [147]. Para TERRADILLOS BASOCO es «mantener como corolario –o presupuesto– de la dignidad de la persona una capacidad de decisión, que no es omnímoda, ni ciega, no carente de causa, sino tributaria de un tiempo y un espacio, de una cultura y de un sistema en el que el sujeto se mueve. Esa capacidad de autodeterminación –que no se identifica con el libre albedrío– es la única adverada por los hechos, y por eso es la única que puede servir de base al juicio de culpabilidad. Por otra parte sólo ese concepto es democrático, en la medida en que permite situar al individuo y sus comportamientos en la dimensión social, sin la que ni aquél ni éstos serían comprensibles» [148].

1307. Culpabilidad empírico-normativa en Roxin

La concepción de la culpabilidad de ROXIN es mixta: empírico-normativa. «Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos). En cambio, se atribuye normativamente –en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista– la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho» [149].

1308. Concepto dialéctico de culpabilidad en Roxin

Además, esta concepción de culpabilidad «tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente». Cuando alguien infringe las leyes penales se da una «conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto» [150]. Siendo así, el concepto de culpabilidad de ROXIN se apoya en una justifica-

---

[147] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 638. Añade además: «Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de DD.HH. es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia sería resultado de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción, que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, lo rechazaría» (*loc. cit*). Ante dicha crítica, TERRADILLOS BASOCO pretende matizarla señalando que ROXIN «no acomete la construcción teórica de un concepto de dignidad que sirva de base a los derechos humanos que reconocen todos nuestros modelos constitucionales, ni mucho menos, pretende rebajarla a la categoría de 'ficción'. Simplemente ofrece un concepto de libertad de decisión que pueda ser útil a los efectos garantizadores, dogmáticos y político-criminales que, confesadamente, persigue» (TERRADILLOS BASOCO, 2001, pp. 239-240).

[148] TERRADILLOS BASOCO, 2001, p. 240.

[149] ROXIN, 1999, p. 810, num. 39.

[150] *Ibidem*, num. 40.

ción social de la pena [151]. «Sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídico-penal, puede la dogmática jurídico-penal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal» [152]. Si falta la culpabilidad o no existen necesidades preventivas que justifiquen la pena, se excluye la misma; no significa esto que haya inseguridad jurídica. «No se trata de posibilitar al juez una exención de pena conforme con sus propias representaciones político-criminales, sino que se deben averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley» [153]. No le da mayor libertad. No merma el principio de culpabilidad ni sus efectos protectores. Es simplemente la «relación dialéctica» [154] que existe entre la culpabilidad y las necesidades preventivo-generales que tiene el Estado, donde la primera sirve de límite para la segunda, garantizando de esta manera, en vez de mermar, al principio de culpabilidad que la pena presupone: «Ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad» [155]. Sin embargo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN precisan que «no hay por qué disociar la culpabilidad de los fines de la pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho» [156].

d.2. El concepto funcional de la culpabilidad de Jakobs

1309. Culpabilidad en Jakobs

El modelo que propone JAKOBS presenta como fin rector y determinante de la culpabilidad a la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva [157] [158]. Así, existe responsabilidad

---

[151] *Ibidem*, num. 41. Se asemeja a la concepción de culpabilidad por el carácter y a la concepción de culpabilidad de JAKOBS (*Ibidem*).

[152] *Ibidem*, pp. 792-793, num. 4.

[153] *Ibidem*, p. 793, num. 5.

[154] También se le conoce a la culpabilidad como «Concepto dialéctico de la culpabilidad». Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, pp. 360-361.

[155] *Loc. cit.*

[156] *Ibidem*, p. 361.

[157] La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad es la de «caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto» (JAKOBS, 1995, p. 579, num. 18). ROXIN, 1999, p. 805, num. 31.

[158] La estructura conceptual de JAKOBS responde a un tipo de culpabilidad que contiene a su vez un tipo positivo de culpabilidad (inimputabilidad, conciencia de lo

«cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma» [159]. Esta falta de motivación por la norma, se entiende tanto si el autor no tuvo disposición o estuviera obligado a ella, «es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación» [160]. Se entiende que la culpabilidad, como una *infidelidad al Derecho* [161], es un menoscabo a la confianza que se tiene en la norma, para lo que debe desarrollarse un determinado «tipo de culpabilidad»: el autor debe comportarse antijurídicamente; debe ser capaz de cuestionar la validez de la norma; debe actuar sin respetar el fundamento de validez de las normas; y en algunas oportunidades, acompañar elementos especiales de culpabilidad que dependen del tipo de delito.

1310. Infidelidad al derecho

Ante la comprobación de la infidelidad al Derecho o un déficit de motivación jurídica el castigo al autor es inminente, esto en razón al *mantenimiento de la confianza general en la norma*, para ejercitar su reconocimiento general [162].

1311. Culpabilidad y prevención general

El *cuándo* se fija la necesaria disposición a obedecer a la norma y el *cuándo* se aclara la falta de suficiente disposición, dependerá del *fin de la pena*, de las condiciones para ejercitar en el reconocimiento general de la norma [163]. Para JAKOBS el fin es preventivo-general. Las necesidades preventivas del Estado disponen cuándo es necesario obedecer a la norma para no caer en una infidelidad al Derecho que lesionaría la confianza general que se tiene en la norma [164].

---

ilícito y especiales elementos de la culpabilidad) y un tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad) (Cfr. JAKOBS, 1995, pp. 598-602).

[159] JAKOBS, 1995, p. 566, num. 1.

[160] BACIGALUPO, 2004, p. 399. QUINTERO OLIVARES/PRATS CANUT (2000, p. 389) establecen que incidir en la relevancia de una motivación defectuosa implica «un intento de disculpar a quien ha podido acceder al conocimiento del derecho, y, por lo tanto, como el ordenamiento tiene la legítima pretensión de ser respetado puede también considerar que los ciudadanos han podido y han debido motivarse».

[161] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 566, num. 1.

[162] *Ibidem*, p. 581, num. 18.

[163] Cfr. *Ibidem*, p. 567, num. 3.

[164] «En la culpabilidad no se trata de si el autor tiene una alternativa real de realización de la conducta, sino de si existe una alternativa de organización que fuera preferible a la imputación del hecho al autor. La alternativa de otra conducta, por lo tanto, se determinará normativamente» (BACIGALUPO, 2004, p. 400).

1312. Culpabilidad y constitución social

Pero no sólo basta el fin de la pena, depende también de «la constitución de la sociedad en que han de distinguirse Derecho e injusto» [165], por ende, el contenido de la culpabilidad se determina también por la *constitución social.*

1313. Estructura funcional de culpabilidad

Esta dependencia del concepto de culpabilidad con respecto a la función que debe desempeñar, distinta según el fin de la pena y la constitución de la sociedad, es el *concepto funcional de culpabilidad* [166]. Se configura funcionalmente la culpabilidad como «concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de una estructura determinada» [167].

1314. Críticas al concepto de culpabilidad de Jakobs

Se critica a la tesis de JAKOBS por abandonar la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general. Al respecto, ROXIN considera que «la punibilidad del particular no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento» [168]. Esta «instrumentalización» del ser humano, que sacrifica su libertad en pro de la estabilidad del ordenamiento jurídico y de la sociedad es ya criticada por KANT: «El ser humano no puede ser nunca utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de las cosas, contra lo cual se protege su personalidad innata» [169]. Afirma además ROXIN que se convierte al ciudadano en un juguete de las circunstancias pues la pena no depende ya de lo que uno ha hecho, sino de lo que al juez le parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento y que se puede negar si es que hay medidas terapéuticas para la solución del caso, como por ejemplo en casos de enfermos mentales que ya no serían exculpados si es que la medicina encuentra una solución a sus problemas [170]. Producto de la absoluta normativización del concepto de culpabilidad, a este autor también se le objeta falta de precisión y manipulabilidad de los parámetros establecidos

---

[165] JAKOBS, 1995, p. 567, num. 3. Tanto el fin de la pena como la constitución social «no se pueden combinar con cualesquiera contenidos, sino que tienen que acomodarse uno de otra» (*loc. cit*).

[166] *Loc. cit.*

[167] *Ibidem*, p. 584, num. 22.

[168] ROXIN, 1999, p. 806, num. 32.

[169] *Loc. cit.*

[170] Cfr. *Ibidem*, p. 807, num. 33.

(necesidad de estabilización de la confianza en la norma, posibilidades de procesamiento alternativo del conflicto) [171] [172]. La concepción funcionalista de culpabilidad también es recepcionada parcialmente por algunos autores nacionales [173].

e. Culpabilidad en la teoría penal Latinoamericana

e.1. Culpabilidad por la vulnerabilidad

1315. Culpabilidad por vulnerabilidad en Zaffaroni

Para ZAFFARONI un concepto de culpabilidad debe impedir que el poder punitivo «se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formulársele al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de la vulnerabilidad» [174]. Se basa en el dato de la selectividad y la selección del poder punitivo conforme a la vulnerabilidad del sujeto y no a su autodeterminación.

1316. Estado de vulnerabilidad

Se consideran para ello los siguientes conceptos: *Primero*, la determinación del vínculo personal del injusto con el autor depende de la manera en que opera la peligrosidad del sistema penal. Esta se define como «la mayor o menor probabilidad de criminalización secundaria que recae sobre una persona» [175]. *Segundo*, el grado de peligrosidad del sistema penal para cada persona. Por lo general, se establece en razón a los componentes del estado de vulnerabilidad de ésta al sistema penal [176]. *Tercero*, el estado de vulnerabilidad se integra con los datos que hacen por su posición dentro de la escala social [177]. *Cuarto*, «el poder punitivo no se

---

[171] PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1998, p. 68.

[172] Resaltan QUINTERO OLIVARES/PRATS CANUT que la concepción de JAKOBS presenta «de una parte un neto cariz autoritario, pero de otra también una confianza intrínseca en la corrección del Estado de derecho democrático» (2000, p. 389). *Vid.* también Carlos PARMA, 2001, pp. 157 y ss.

[173] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, pp. 235 y 239. De manera diferente, GARCÍA CAVERO expresa que la configuración de la imputación personal debe hacerse partiendo de dos aspectos de la persona: la **individualidad**, que significa atribuir a la persona libertad, y reconocer la capacidad de expresarla; y la **socialidad**, donde se requiere la presencia de responsabilidad, lo que el sistema social necesita para el mantenimiento de su identidad respondiendo ante el sentido expresado por la persona (negación del orden social) (2003, pp. 656-660).

[174] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 623.

[175] *Loc. cit.*

[176] *Loc. cit.*

[177] *Loc. cit.*

distribuye sólo por el estado de vulnerabilidad, por que si bien todas las personas que comporten un mismo estado de vulnerabilidad padecen pareja frecuencia de riesgos de criminalización, el poder punitivo también selecciona entre ellas a quienes criminaliza. Así es posible afirmar en general que entre las personas de mayores rentas y más cercanas al poder, el riesgo de criminalización es escaso (bajo estado de vulnerabilidad o alta cobertura) e inversamente, entre los de menores rentas y más lejanos al poder, el riesgo es considerable (alto estado de vulnerabilidad y baja o nula cobertura). No obstante, algunos de los primeros son seleccionados; y entre los últimos, si bien se selecciona con mucha mayor frecuencia, siempre se trata de una ínfima minoría» [178].

Tomando en consideración que la peligrosidad no se precisa en la criminalización sólo por el estado de vulnerabilidad del sujeto, se requiere de algo más del sujeto para ser criminalizado. Para ZAFFARONI ese algo «es lo que cubre la distancia entre la probabilidad de criminalización que indica su estado de vulnerabilidad y la concretización en una criminalización secundaria, que tiene lugar en una determinada situación de vulnerabilidad» [179]. Esto no es más que «el esfuerzo personal del sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad» [180]. Así, se entiende que la culpabilidad es el «reproche del esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo». Donde un Derecho Penal reducto no realiza un reproche legitimante del poder punitivo sino del Derecho Penal mismo, en el que ejerce su poder reductor contraselectivamente y administrándolo racionalmente en la medida de sus límites[181]. «El derecho penal reducto se encuentra ante el panorama de una población amenazada por la peligrosidad del poder punitivo, pero no dispone de los medios para recoger a todos, por lo que debe proceder a una contraselección. En esta emergencia es legítimo su reproche del esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad, porque ésa es la medida del esfuerzo que la persona realiza conspirando contra el propio derecho penal, en cuanto a su cometido pacificador y reductor de violencia»[182]. Se entiende así que el esfuerzo por la vulnerabilidad se constituye como la contribución personal del individuo a las pretensiones legitimantes del poder punitivo, siendo contrario a la la-

1317. Reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad

[178] *Ibidem*, p. 624.

[179] *Loc. cit.*

[180] *Loc. cit.*

[181] *Loc. cit.*

[182] *Loc. cit.*

bor reductora y pacifica del Derecho Penal[183]. Así, la esencia de una culpabilidad reductora es el *reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad* [184].

1318. Reproche formalmente ético

ZAFFARONI identifica, dentro del reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad, un presupuesto moral: la posibilidad de formulación de un *reproche formalmente ético* [185]. Sin este elemento, «el reproche por la vulnerabilidad se traduciría en una monstruosidad inaceptable: importaría la exigencia de abstenerse de situaciones riesgosas para quienes están más expuestos a éstas, o sea, que la desventaja social aumentaría la exigencia del cuidado frente al riesgo del sistema penal»[186].

1319. Concepto de culpabilidad en Zaffaroni

Se concluye que «la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar una situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad» [187]. Creemos que en el Derecho Penal peruano una aproximación a esta lectura estaría representada por el artículo 45 del Código Penal que establece que al momento de fundamentar y determinar la pena, el juez deberá tener en cuenta las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultu-

---

[183] *Loc. cit.*

[184] *Loc. cit.*

[185] *Ibidem*, p. 625.

[186] *Loc. cit.* Señala además: «La culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche ético, sino un paso superador de ésta que –como todo proceso dialéctico– la conserva en su síntesis. Afirmada la culpabilidad ética como culpabilidad pura por el hecho, conforme al ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo deliberar y señalando conforme a ella un cierto grado de reproche, la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, como atenuante de su desconsideración de la selectividad y, en la medida que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa que puede reducirlo pero nunca ampliarlo. La culpabilidad normativa resultante de la síntesis traduce el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico penal por reducir (hasta donde su poder alcance) el resultado de la culpabilidad formalmente ética» (*loc. cit*).

[187] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 626. «La culpabilidad por la vulnerabilidad es la propia culpabilidad del delito y no un mero correctivo a la culpabilidad normativa tradicional por el hecho que podría operar fuera de la teoría del delito, en el plano de la teoría de la responsabilidad» (*Ibidem*, p. 625).

ra y costumbres y los intereses de la víctima, es decir, su vulnerabilidad frente al sistema penal [188].

e.2. Culpabilidad como teoría del sujeto responsable

BUSTOS entiende que la culpabilidad no constituye una exigencia necesaria para establecer el hecho punible (como la tipicidad o la antijuridicidad), sino una exigencia al sujeto mismo como autor de dicho hecho que ya ha sido jurídicamente precisado [189]. Así, expresa que la teoría de la culpabilidad da lugar a una teoría *diferente* del delito o del injusto, planteando una *teoría sobre el sujeto responsable* [190]. «Por eso hay una teoría del injusto (el delito) y en forma diferente y autónoma una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente), en que ambas están unidas por un mismo elemento común, que tanto el injusto ha de referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de su hecho (y no respecto al sujeto en relación a su personalidad, carácter o forma de vida)» [191].

1320. Sujeto responsable en Bustos

BUSTOS señala que para constituir el contenido de la culpabilidad es requerible partir del *individuo en sociedad*, pues sólo será comprendido en cuanto vive socialmente. Pero siendo esta afirmación demasiado amplia, y para fundamentar la culpabilidad, BUSTOS prefiere utilizar la definición de RÜTHER («Comportamiento desviado es un comportamiento que es definido como tal») [192]. Aún así, se requiere además precisar a los órganos de control que identifican qué es comportamiento desviado, y debe hallarse integrada dentro de un proceso social de asignación o imputación [193]. Lo que precisa *BUSTOS* es que no se debe tratar sólo de un hombre en sociedad, sino el *hombre concreto*, en el mínimo social concreto, «que es su relación social concreta, en que se da su comportamiento como una forma de vinculación» [194]. Mientras que en lo injusto se busca definir al bien jurídico como una síntesis normativa de una relación social

1321. El hombre como actor en la relación social

---

[188] VILCAPOMA BUJAICO considera que no se atribuye «finalidad alguna a la culpabilidad más que el ser un dato innegable de la selectividad del poder punitivo. Con ella no se reprocha el acto de la persona sino su peligrosidad» (2003, p. 606).

[189] BUSTOS, 2004, I, p. 1099.

[190] *Loc. cit.*

[191] *Ibidem*, p. 1124.

[192] *Ibidem*, p. 1121.

[193] *Loc. cit.*

[194] *Ibidem*, pp. 1121-1122.

determinada, en la culpabilidad «se trata de considerar al hombre concreto que se vincula dentro de esa relación social concreta; es la consideración de ese hombre no como simple sujeto, sino como actor dentro de ella, esto es, que cumple determinado papel asignado, pero realizado por él. El hombre no es entonces un simple sujeto de la relación social, sino además actor. Luego, desarrolla en ella un papel, que es dado tanto por la relación social misma como por la sociedad toda, pero en la que interviene además con todas sus potencialidades» [195].

Para BUSTOS, culpabilidad es *responsabilidad*, pero con una dimensión mucho más profunda. Entiende que cuando se plantea la responsabilidad, es de considerar a la de la sociedad, sea por el papel que esta ha designado en el sujeto responsable como por los diferentes controles que le ha impuesto [196]. En este sentido, la conciencia del hombre surge por su relación social, entonces la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre. «La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo, su conciencia» [197].

1322. Responsabilidad en Bustos

«Responsabilidad implica que el hombre es actor; esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él; pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella» [198]. Con ello, BUSTOS considera que el límite de la reacción social que se ejerce sobre el sujeto se halla en su conciencia, pero como ha señalado que ésta se determina socialmente, también la sociedad toda responderá sobre ello [199].

Asimismo, BUSTOS plantea que lo que importa es la persona responsable frente al sistema penal-criminal, es decir, que ésta pueda responder frente a las tareas concretas que le exige el sistema. Por ello, considera que responsabilidad implica **exigibilidad**. «Se trata de qué es lo que puede exigir el sistema social, el Estado en definitiva, de una persona frente a una situación concreta. Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos. El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por los demás exigida también por el siste-

1323. Exigibilidad en Bustos

---

[195] *Ibidem*, p. 1122.

[196] *Loc. cit.*

[197] *Loc. cit.*

[198] *Ibidem*, p. 1123.

[199] *Loc. cit.*

ma» [200]. La visión de la culpabilidad como exigibilidad consiste no en la capacidad del sujeto para dar una respuesta determinada, sino de la capacidad del Estado para exigir esa respuesta.

Aún así, BUSTOS considera que «en todo caso, resulta más propio en un Estado social y democrático de derecho, en lugar de culpabilidad, hablar de responsabilidad de la persona por la carga moralizante y estigmatizadora que tiene este concepto» [201]. La cuestión consiste en determinar «en qué medida el Estado puede exigirle una determinada respuesta a una persona determinada en una situación concreta. En definitiva, mejor que culpabilidad, responsabilidad es igual a exigibilidad» [202].

1324. Culpabilidad es exigibilidad

La responsabilidad del sujeto conlleva a tres condiciones: *Primero*, la exigibilidad sistémica o inimputabilidad. *Segundo*, la exigibilidad de la conciencia del injusto. *Tercero*, la exigibilidad de la conducta [203].

1325. Tres condiciones de la responsabilidad

[200] *Ibidem*, p. 1124.

[201] *Ibidem*, p. 1126.

[202] *Loc. cit.*

[203] *Loc. cit.*

Capítulo XV
IMPUTABILIDAD

Sumario: §85. Concepto. §86. Minoría de edad. §87. Causas de inimputabilidad. §88. La imputabilidad disminuida.

Bibliografía

José Antonio Alonso Fernández: *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad: análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación*, Bosch, Barcelona 1999. / Carbonell Mateu, J. C.; Gómez Colomer, J. L.; Mengual I Lull, J.B.: *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid 1987. / José Luis Castillo Alva: *Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / José Cerezo Mir: *El tratamiento de los semiimputables*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001; idem, *Alteraciones en la percepción*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001; idem, *La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001; idem, *Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica*, en Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2001. / Fernando Jorge Córdoba: *La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, Lerner-La Lectura, Córdoba 2001. / María del Mar Díaz Pita: *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*, Tirant lo blanch, Valencia 2002. / Marta Beatriz Falcioni: *Imputabilidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987. / Jesús Ignacio García Valencia: *Las causales de inculpabilidad*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1994. / Hans Joachim Hirsch: *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 9, Gráfica Horizonte, Lima 2000; idem, *Acerca de la actio libera in causa*, en Derecho penal, Obras completas. Libro Homenaje, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / Hernán Hormazábal Malarée: *La actio libera y la actio illicitus in causa: dos supuestos en que la acción precedente es fuente de responsabilidad penal*, en Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003; idem, *La doctrina de la actio libera in causa y su incorporación al derecho español*, en La ciencia del derecho penal ante

el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / GÜNTHER JAKOBS: *La denominada actio libera in causa*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 2, Instituto de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2001. / UJALA JOSHI JUBERT: *La doctrina de la actio libera in causa en derecho penal (ausencia de acción, inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, Barcelona 1992. / A. LUNA MALDONADO; J. GARCÍA GARCÍA; J. ESCRIBANO FERNÁNDEZ: *Problemas periciales médicos en la culpabilidad*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 55, Edersa Madrid 1995. / MARÍA ISABEL MARTÍNEZ GONZÁLEZ: *La minoría de edad*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 23, Edersa, Madrid 1984. / JAIME NÁQUIRA RIVEROS: *Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: De su objeto, contenido y relación*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 55, Edersa Madrid 1995. / DANIEL O'DONNELL: *Protección Internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1988. / HEITOR PIEDADE JUNIOR: *Personalidade psicopática, semiimputabilidad e medida de segurança*, Forense, Rio de Janeiro 1982. / PERCY REVILLA LLAZA: *Minoría de edad*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / ROBERTO CARLOS RINALDI ROMÁN: *La doctrina de la actio libera in causa y su aplicación en el derecho penal peruano*, **en** www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Actio_libera_in_causa.pdf. / CLAUS ROXIN: *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*, **en** Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penales Nº 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima 2000. / BERND SCHÜNEMANN, *La culpabilidad: estado de la cuestión*, **en** Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid 2000. / ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: *Aspectos psicopatológicos de la inimputabilidad*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales. Nº 4, Año II, Grijley, julio-diciembre, Lima 1994. / JUAN TERRADILLOS BASOCO: *La culpabilidad*, México 2002. / ANTONIO TORÍO LÓPEZ: *Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / PATRICIA ZIFFER: *La discusión en torno al concepto de culpabilidad*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales. Nº 3, Año II, Grijley, enero-junio, Lima 1994.

§85. Concepto

1326. Concepto de imputabilidad

La realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas *condiciones mínimas* –psíquicas y físicas– que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad. Así, **imputabilidad** o capacidad de culpabilidad es la «suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal» [1]. En este sentido, no padezca de anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o de la percepción, posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para afirmar su responsabilidad [2][3],

[1] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 248.

[2] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 465.

[3] Jurisprudencia: «*La imputabilidad es la capacidad síquica de culpabilidad y por consiguiente su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y el reproche; que aquel sujeto que comete*

en consecuencia, este hecho origina que, frente al poder penal, la persona se encuentre en una situación de *inexigibilidad*.

Jurisprudencia:

«La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, o sea, del hecho típico, antijurídico tiene las facultades psíquicas y físicas mínimas para comprender el carácter delictuoso de ese acto. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener madurez suficiente o por tener graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable, y por consiguiente no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos» [4].

1327. Capacidad de motivación

La **capacidad de motivación** es de naturaleza normativa y no debe confundirse como una explicación médico o psiquiátrica, aunque es evidente que alguno de sus conceptos requieren el soporte de las explicaciones de la ciencia [5]. Se ha puesto en duda que la capacidad de motivación sea empíricamente demostrable en el caso particular [6]. Así, para el funcionalismo, la determinación de la culpabilidad se basa en el rol del ciudadano fiel al derecho, es decir, la persona que se espera se motive suficientemente para cumplir las normas [7].

La imputabilidad requiere dos *elementos*: la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamien-

---

un injusto penal en estado de inimputabilidad, no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, por lo que no es posible reprocharle su decisión; sin embargo, debemos reconocer que existen grados de reprochabilidad puesto que siempre hay grados de autodeterminación que corresponde al Derecho Penal establecer cuáles son los límites en los que desaparece la exigibilidad». Ejecutoria Suprema de 29 de setiembre de 1993, Exp. 1297-93 Lima **en** Rojjasi Pella, 1997, p. 85.

[4] Ejecutoria Superior de 30 de setiembre de 1996, Exp. 1400-95 Junín **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 36, setiembre, Lima 2001, p. 58.

[5] Para Mir Puig, la imputabilidad debe definirse en función de la normalidad motivacional del sujeto (2004, p. 558, num. 7). La responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal que puede afectar la normalidad del sujeto. Peña Cabrera admite esta interpretación cuando dice que «la capacidad de reaccionar o motivarse de acuerdo a los mandatos normativos viene a ser la esencia de la imputabilidad» (1997, p. 648). Si no se comprueba esta motivación o si se ve ésta afectada por falta de madurez o defectos psíquicos, se excluye la culpabilidad. Por eso «la noción de imputabilidad es una criba para discriminar qué hechos antijurídicos pueden ser endilgados a su autor» (*Ibidem*, p. 647; de igual modo: Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 371), para que luego pueda estar en condiciones de responder por ellos.

[6] Córdoba, 2001, pp. 186-187.

[7] *Ibidem*, p. 189.

1328. Elementos de la imputabilidad

to de acuerdo con esa comprensión [8]. En este sentido, se expresa nuestro Código Penal cuando en el artículo 20 numeral 1 señala que el sujeto «no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión» como consecuencia, por ejemplo, de la anomalía psíquica que padece.

1329. Libertad afectada por condicionamientos

Creemos que la imputabilidad no debe fundamentarse en el sentido abstracto del libre albedrío, sino en un concepto de *libertad* individual que no esté afectada por algún *condicionamiento*, por ejemplo, biológico, psicológico, o psiquiátrico, de manera que sea posible exigirle al sujeto que pueda «actuar de conformidad con la norma que advierte» [9]. En este sentido, de lo que se trata es de una posibilidad de «normalidad motivacional» del sujeto. De tal manera que no existirá responsabilidad penal cuando el sujeto estuvo bajo el influjo de una motivación anormal (v. gr. una que afecte la normalidad psíquica del sujeto). Por ende, este juicio de imputabilidad no es de carácter abstracto penal sino siempre individual y concretado a una situación determinada.

§ 86. Minoría de edad

1330. Minoría de edad

La evolución del tratamiento jurídico-penal de los menores de edad, muestra una progresiva restricción en la aplicación del Derecho Penal. En la ciencia penal, no existe acuerdo sobre el fundamento de la irresponsabilidad del menor de edad, ni en la edad cronológica. Existen tres criterios propuestos para la fijación de la minoría de edad: biológico, intelectual y mixto [10]. El *criterio biológico* entiende que en la minoría de edad se carece de capacidad suficiente como para distinguir entre lo justo y lo injusto (ello resulta inútil en los casos de niños con habilidades precoces) [11]. El *criterio intelectual* se basa en la demostración del discernimiento del sujeto. Sin embargo, creemos que la exclusión de la responsabilidad de los menores es una presunción legal de que el sujeto no ha alcanzado la madurez suficiente para poder comportarse conforme a derecho, por este motivo, quizá esta circunstancia debería estudiarse fuera del capítulo de la imputabilidad (como capacidad de motivación), y

---

[8] BACIGALUPO, 2004, p. 423; MIR PUIG, 2004, pp. 556-557, num. 1.

[9] MIR PUIG, 2004, p. 558, num. 6; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 372; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 247.

[10] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 247.

[11] *Ibidem*, p. 560.

sea una excepción del principio de igualdad (aplicación personal de la ley penal) [12].

Jurisprudencia que la considera como causa de inimputabilidad:

«La minoría de edad constituye una causal de inimputabilidad criminal, cuya importancia normativa supone una presunción jure et de jure *que incide en una dimensión biológica de la persona, por lo que bastará la sola constatación de que el sujeto no haya alcanzado la mayoría de edad para fundar la exclusión de su responsabilidad penal»* [13].

Algunos consideran que la minoría de edad debe regularse por razones de seguridad jurídica, aun así se aprecia esta irresponsabilidad como relativa, de manera que desde una determinada edad, inferior a los dieciocho años, el sujeto puede ya responder por los hechos cometidos, pero de manera atenuada [14]. Para otros, se fundamenta «en que las vivencias culturales del menor, su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría un enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con esas mismas características; de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instrucciones y reglas que se avengan con su racionalidad» [15]. Por nuestra parte, consideramos que la irresponsabilidad de los menores de edad se fundamenta en las razones de seguridad jurídica [16], pero también reconocemos que un menor de edad puede comprender el carácter ilícito de su acto y adecuar su conducta de acuerdo con esa comprensión. En este último sentido, políticocriminalmente resulta más adecuado el tratamiento educativo específico que el puro castigo. Estimamos que es necesario que exista un ordenamiento jurídico-penal especial para el tratamiento de los menores de 18 años. En todo caso, debe estudiarse la posibilidad de elaboración de una *ley penal del menor.*

1331. Fundamento de la ausencia de responsabilidad en los menores

El Código Penal peruano considera que está exento de responsabilidad penal el menor de 18 años, encontrándose el menor sujeto a las disposiciones tutelares del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337).

1332. Minoría de edad a los 18 años

---

[12] Cfr. Bacigalupo, 2004, p. 424.

[13] Ejecutoria Suprema de 12 de abril de 1999, Exp. 0387-99 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia,* Año 6, Nº 27, diciembre 2000, p. 140. Vid tab. Ejecutoria Suprema de 29 de octubre de 1999, Exp. 2920-99 Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia,* Año II, Nº 4, 2000, p. 401.

[14] Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, pp. 375-376.

[15] Bustos, 2004, I, pp. 1154-1155.

[16] Cfr. Villa Stein, 1998, p. 368.

Jurisprudencia:

«Los jueces de los niños y adolescentes son competentes para conocer las infracciones penales cometidas por los menores de dieciocho años» [17].

1333. Crítica a la reducción de la edad mínima

Fue criticable la reforma del artículo 20, numeral 2 del Código Penal (realizada por el Decreto Ley 25564 de 20 de junio de 1992), que indicaba que está exento de responsabilidad penal el menor de 18 años «con excepción de aquel que sea autor o haya participado en hechos tipificados como delito de terrorismo, en cuyo caso deberá ser menor de 15 años», pues afectaba el principio de igualdad ante la ley. La Ley 26447 restituyó la edad mínima a los 18 años de edad. En la actualidad, creemos equivocado que el Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General del 2004 esté proponiendo reducir el límite de edad a los 16 años (artículo 20, numeral 2) [18].

1334. Minoría de edad y Derecho Internacional de los derechos humanos

Es de agregar que tanto la *Convención Americana de Derechos Humanos* como el *Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos* prohíben la aplicación de la pena de muerte a los menores de 18 años de edad en el momento de la comisión del delito, pero «no es posible sostener que el derecho internacional obliga a los países a reconocer los 18 años» [19]. La Convención Americana en su artículo 5, consagra el derecho del menor a ser juzgado por tribunales especializados, por lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado la conveniencia de respetar la competencia privativa y especializada de los tribunales de los menores, aun durante estados de excepción. También la *Convención sobre los Derechos del Niño* expresa que «no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad» (artículo 37, inciso a). Por su parte, el *Estatuto de Roma* declara (artículo 26) que los menores de dieciocho años están excluidos de la competencia de la Corte Penal Internacional.

§87. Causas de inimputabilidad

1335. Causa de inimputabilidad

Las *causas de inimputabilidad* que señala nuestro Código Penal en su artículo 20 son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, la alteración de la percepción (numeral 1). El Código Penal en el artículo

---

[17] Ejecutoria 115-94 Lambayeque, **en** INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 16.

[18] *Vid.* Prólogo, p. 16.

[19] O'DONNELL, 1988, p. 325.

20, numeral 1, se funda en un criterio mixto (biológico-normativo) [20]. Así, no sólo es necesaria la presencia de una anomalía psíquica, sino que además esta anomalía incapacite al sujeto de comprender la antijuridicidad de su acción y de comportarse de acuerdo a la misma [21].

En realidad, lo que importa no es tanto la causa científica de la anormalidad (y la difícil diferenciación con la normalidad). De lo que se trata es de determinar el efecto que produce dicha anormalidad sobre el sujeto [22]. Por ello, el juez y el perito psiquiátrico deberán de analizar, en el caso concreto, tanto la base orgánica (también puede ser psicológica) como el ulterior juicio acerca de la capacidad de comprensión y de inhibición del individuo.

1336. Anormalidad

a. Anomalía psíquica

Se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y otras [23] [24].

1337. Anomalía psíquica

Jurisprudencia:

«El acusado se halla exento de responsabilidad por anomalía mental, en mérito al dictamen pericial de sicología forense y pericia psiquiátrica ratificada en audiencia pública,

---

[20] Cfr. Roxin, 1999, p. 823, num. 2. Se trata de un método biológico-psicológico de constatación de la inimputabilidad; pero, muchos estados de conciencia (estado pasional intenso, oligofrenia normal psicológica y anomalía psíquica grave: psicopatía, neurosis, anomalías de los instintos) no se deben a manifestaciones de deficiencias corporales orgánicas (biológicas) (*ibidem*, p. 823).

[21] En la ciencia penal alemana existen dos niveles de análisis de la imputabilidad: primero, se comprueba si existe un trastorno psicológico patológico (trastorno profundo de la conciencia, oligofrenia, anomalía psíquica grave); y en segundo lugar se determina si debido a este trastorno psicológico patológico fue incapaz de comprender el injusto (se basa en una aserción normativa) (Roxin, 1999, p. 823, num. 2).

[22] Quintero Olivares, 2000, p. 536.

[23] Jescheck/Weigend, 2002, p. 470.

[24] Existe una gran discusión en torno a la clasificación de las enfermedades mentales. Incluso la Antisiquiatría señala que no se trata de enfermedades en sentido biológico sino de agudos procesos de conflicto social, lo que ha afectado a las clasificaciones biológico-psiquiátricas, las mismas que todavía siguen teniendo fuerte influencia en la Psiquiatría (*Vid. Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales* 1978, en Bustos Ramírez, 2004, I, p. 1144).

que concluye señalando que presenta episodios depresivos graves con síntomas sicóticos que conlleva que altere sus facultades, haciendo que pierda contacto con la realidad, requiriendo tratamiento especial» [25].

1338. Principio de Naciones Unidas para la protección de enfermos mentales

En los «Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental» de las Naciones Unidas, se han establecido cinco criterios delimitantes tanto del concepto de enfermedad mental como garantías para el ciudadano calificado como enfermo mental: *Primero*, la determinación que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente. *Segundo*, la determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental. *Tercero*, los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos, o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona, en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de la enfermedad mental. *Cuarto*, el hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental. *Quinto*, ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará, de otro modo, que padece de una enfermedad mental, salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de esta [26]. Sobre la base de estos principios delimitantes, el poder penal debe operar cuando se defina el concepto de anomalía psíquica.

1339. Anomalías psíquicas compatibles con la inimputabilidad

Para VILLA STEIN, el término «anomalía» que usa el Código Penal es incorrecto, pues debido a criterios estadísticos y teleológicos comprendería muchas más conductas de las que se puede referir el numeral del código [27]. Además, no todas las enfermedades mentales son compatibles con la idea de la imputabilidad, sino sólo «aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad (...) por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivo, afectivo y conativo» [28].

---

[25] Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de 20 de agosto de 1995, Exp. 972-95 en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 90.

[26] «Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental», principio 4. Resolución Nº A/RES/46/119 de 18 de febrero 1992, Asamblea General, Naciones Unidas.

[27] Cfr. VILLA STEIN, 1998, p. 369.

[28] *Ibidem*, p. 371.

Sobre esto, QUINTERO OLIVARES afirma que «lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que eso significa para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que abarca no tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y prohibiciones como la de conformar la propia conducta de acuerdo con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento aceptables por los demás» [29]. Para BUSTOS se trata de un trastorno mental permanente o enajenación, «que implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales» [30]. Pero esto es insuficiente para determinar la inimputabilidad. La anomalía debe tener un efecto psicológico: debe presentarse la incapacidad de autorregular el propio comportamiento de acuerdo con el mensaje de la norma, o que la anomalía le impida comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales), o determinar su conducta de acuerdo a dicho conocimiento [31].

Las **psicosis** producen alteraciones profundas de las funciones psíquicas y pueden ser *endógenas*, que provienen de factores constitucionales, entre ellas están las esquizofrenias, la demencia maníaco-depresiva (ciclotímia), etc.; o *exógenas*, que pueden ser psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), psicosis por intoxicación (que incluye embriaguez por alcohol u otros), psicosis por infección (v. gr. parálisis progresiva), epilepsia, artereoesclerosis cerebral y atrofia cerebral, etc. [32]. Precisamente, el uso de la expresión anomalía psíquica en el Código Penal peruano permite la eximente tanto para enfermedades mentales u otras perturbaciones psíquicas graves (alteraciones psíquicas) como las oligofrenias graves (anomalía psíquica) [33].

1340. Psicosis

Jurisprudencia:

«El comportamiento del acusado obedece a la insanía de su salud mental, pues el colegiado ha tomado convicción en los debates orales que éste es inimputable, ya que no es capaz de responder de sus actos, debido a su enfermedad mental esquizofrenia paranoide

---

[29] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 535.

[30] BUSTOS, 1989; GÓMEZ BENÍTEZ, 1987. VILLA STEIN sostiene que la locución «anomalía psíquica» comprende a todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorias, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptivo racional al medio ambiente y en consecuencia el dominio sobre la o las conductas de la que es protagonista (1998, p. 370).

[31] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, p. 181.

[32] ROXIN, 1999, p. 827 num. 9 y 12.

[33] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 563, num. 24.

de carácter crónico, irreversible, incapacitado para distinguir el bien del mal y responder por sus actos» [34]. *En otro caso: «De tratarse de un individuo que padece de una esquizofrenia paranoide estaríamos frente a una psicosis frecuente y grave con desorganización de la mente, porque es la alienación por excelencia, comúnmente llamada locura, algunos psiquiatras la llaman demencia precoz para diferenciarla de la demencia senil, pues la esquizofrenia paranoide se presenta en la juventud, aumenta entre los 30 y 35 años para decrecer a los 50, resultando muy raro que se presente después de esta edad, pero no es regla que esta enfermedad se presente con demencia, porque puede haber esquizofrenias sin demencia, en este cuadro el individuo conversa solo o tiene alucinaciones auditivas, cree que alguien lo insulta, cree escuchar una muchedumbre que lo pretende agredir, tiene delirio de persecución, cree que lo atacan y por eso justifica su agresión a otra persona como en el caso de autos donde le dice a su víctima '(...) estas loco o que' creyendo que el agraviado le estaba atacando»* [35].

Si bien existe cierta confusión en la caracterización de la *psicopatía* (también denominada personalidades anormales o trastornos de la personalidad: esquizoide, paranoide, etc.), se acepta que el *psicópata* es un inimputable pues la grave distorsión que sufre su actividad afectiva y que repercute en su esfera intelectual, le impide la capacidad de vivenciar la existencia ajena como persona y en consecuencia también la suya [36].

1341. Psicopatía

«Como síntesis de esta caracterización, el psicópata no puede internalizar valores ni castigos, por lo cual es absurdo que el derecho penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho. Si se relaciona este cuadro patológico con las advertencias que se han formulado, se verá que la consideración jurídico-penal de la psicopatía como causa de inimputabilidad penal responde al reconocimiento del concepto moderno de enfermedad mental y la superación del antiguo concepto positivista» [37].

---

[34] Ejecutoria Superior del 17 de mayo de 1999, Exp. 011-98 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 35, agosto 2001, pp. 63-64.

[35] Ejecutoria Superior del 30 de setiembre de 1996, Exp. 1400-95 Junín **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 36, setiembre, Lima 2001, p. 58. De la lectura de esta jurisprudencia, se aprecia que el examen psiquiátrico practicado al imputado concluyó que el mismo presentaba una personalidad antisocial –psicópata– alcoholismo crónico. No psicosis. Concluyendo que «en ambos casos, sea personalidad psicopática o sea esquizofrenia paranoide, el acusado no tenía capacidad de culpabilidad» (*loc. cit.*).

[36] En relación al Código Penal español de 1995, TERRADILLOS BASOCO señala que este relativiza el valor de las etiquetas y permite dar respuesta a los supuestos de psicopatías, «pues no importa ya tanto la causa de la anormalidad como su efecto sobre la capacidad de culpabilidad. Lo importante ahora es que esa incapacidad se presente, con independencia que su origen sea una enfermedad, una deficiencia o una alteración psíquica» (2002, p. 48). *Vid.* también Ejecutoria Superior de 30 de septiembre de 1996, Exp. 1400-95 Junín **en** *supra* núm. marg. 1335.

[37] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 678. Cfr. IDEM, 2005, p. 554, num. 4-6.

A los inimputables por anomalía psíquica se les aplica una *medida de seguridad* [38] que puede ser de internación del sujeto en un centro hospitalario especializado u otro adecuado, con fines terapéuticos o de custodia cuando concurra el peligro que el agente cometa delitos considerablemente graves, (artículo 74, Código penal). La duración de esta medida no puede exceder el tiempo de duración de la pena privativa de la libertad aplicada por el delito cometido (artículo 75, Código penal). Si se trata de un imputable relativo se aplica el tratamiento ambulatorio (artículo 76, Código penal). La regulación del *sistema vicarial*, en el caso de imputables relativos supone que el tiempo de internación se computará como tiempo de cumplimento de la pena, otorgando al juez la facultad de dar por extinguida la condena o reducir su duración, de acuerdo al éxito del tratamiento (artículo 77, Código penal).

1342. Medidas de seguridad para inimputables

b. Grave alteración de la conciencia y *actio libera in causa*

La inimputabilidad puede ser consecuencia no sólo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros. El numeral 1 del artículo 20 del Código Penal expresa que están exentos de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. En la ciencia española a esta causal se le denomina *trastorno mental transitorio*, que origina una plena anormalidad en el conocimiento de la situación o en las condiciones de autocontrol del sujeto [39].

1343. Grave alteración de la conciencia

Jurisprudencia:

«Una grave alteración de la conciencia, suficiente para eliminar la responsabilidad supone el no haber tenido ni la conciencia ni el dominio de los propios impulsos, y que no posee conciencia del propio acto, tampoco puede evocarlo» [40].

Estas causas de grave alteración de la conciencia carecen de un fondo patológico: v. gr. agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados post-hipnóticos, y determinados estados pasionales o afectivos. En todo caso, estos trastornos deben ser profundos eliminándose aquellos que se mantienen aún dentro de lo normal [41].

1344. Causas de grave alteración de la conciencia

---

[38] Sobre la problemática de los supuestos intensos de anomalía psíquica como casos de ausencia de acción, *vid. supra* núm. marg. 599.

[39] Mir Puig, 2004, p. 576, num. 7.

[40] Exp. 851-98-P/COT Camaná, en Armaza Galdos/Zavala Toya, 1999, p. 120.

[41] Roxin, 1999, p. 829, num. 13.

1345. Estados pasionales intensos

Los *estados pasionales intensos* presentan problemas específicos aún no esclarecidos. Sin embargo, en estos casos el Derecho Penal acepta la posibilidad de inimputabilidad, situación diferente a la antigua exclusión de estos estados como figuras de inimputabilidad [42].

1346. *Actio libera in causa*

Lo que excluye la imputabilidad no es que el sujeto esté ebrio en el momento del hecho, sino que el alcohol condujo al agente a un estado de grave alteración de la conciencia [43] que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender. Pero a veces esta alteración de la conciencia puede ser provocada, dándose lugar a la imputabilidad por una ***actio libera in causa***. La *actio libera in causa* se presenta en el supuesto del sujeto que busca, contempla la posibilidad y la acepta, de colocarse en un estado de inimputabilidad para así delinquir y luego invocar inimputabilidad [44]. A pesar de sus dificultades, la idea de la *actio libera in causa* supone la posibilidad de sanción para el sujeto que, al momento de cometer la infracción, presentaba un cuadro de inimputabilidad. Para algunos, esta afirmación significa la violación de las garantías propias del principio de culpabilidad [45], y a ello se agrega que resulta muy difícil la construcción de la parte subjetiva del tipo, «pues quien se encuentra en un estado de inconsciencia mal puede construir en su mente una actitud dolosa o imprudente respecto de algo» [46].

1347. Solución como autoría mediata

Son diferentes las soluciones propuestas para resolver esta problemática [47]. El *modelo de la excepción* se orienta por el momento de la ejecución del delito en estado de incapacidad, pero enfrenta un obstáculo insalvable, que es el de justificar la emisión de un juicio de responsabilidad personal sobre una persona que en aquel momento era incapaz de motivarse de conformidad con la norma [48]. Otra solución sitúa el inicio de la acción típica más atrás, en el momento en que el sujeto decide la priva-

---

[42] Cfr. ROXIN, 1999, p. 829, num. 14.

[43] De acuerdo a la Ley 27753 del 9 de julio del 2002, en el anexo «Tabla de Alcoholemia», la grave alteración de la conciencia está considerado como el cuarto período (2, 5 a 3, 5 g/l), y sus características son: «Estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres».

[44] *Vid.* PEÑA CABRERA, 1997, p. 474.

[45] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 542.

[46] *Loc. cit.*

[47] *Vid.* críticas: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 670-674; IDEM, 2005, pp. 559-562.

[48] Sin embargo, esta figura es una excepción al modelo garantista de la teoría del delito, según el que la valoración de la imputabilidad del sujeto (así como los elementos pertenecientes al juicio de la culpabilidad) debe establecerse en el momento de la ejecución del hecho delictivo, por cuanto la culpabilidad (y en particular

ción de su conciencia. Este llamado *modelo del tipo* sería también insustentable, ya que pretende anticipar el inicio de la ejecución del delito a una fase en la que no se puede demostrar empíricamente cualquier peligro o lesión al bien jurídico [49]. «Ambas construcciones tienen indudables ventajas e inconvenientes, pero puede convenirse en que tienden a forzar los conceptos» [50]. En el Derecho Penal peruano no existe una regla expresa que autorice la sanción para estos casos (V. gr. artículo 20, numeral 1, Código Penal español de 1995: «el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión»). Planteado los problemas antes señalados, consideramos que se podría identificar al *actio libera in causa* como un supuesto de *autoría mediata* en el sentido que el sujeto se utiliza así mismo para la comisión del delito, aunque este criterio tampoco está exento de críticas [51]. Así, el *fundamento* para la aplicación del *actio libera in causa* estaría en el abuso del derecho al ejercicio de su libertad individual ya que la conducta deliberada del sujeto ha generado el condicionamiento (V. gr. situación de inimputabilidad por ebriedad) [52]. Ejemplo: sujeto que previamente a los hechos, había planificado el delito de lesionar a su cuñado (quien golpeaba a su hermana constantemente) colocándose en estado de ebriedad [53].

1348. *Actio libera in causa* dolosa e imprudente

Esta *actio libera in causa* puede ser dolosa o imprudente. Es *dolosa* cuando es preordenada a la comisión del delito. Aquí se sitúa la autoría mediata al momento en el que sujeto decide la privación de la conciencia. La forma *culposa* se presenta cuando el sujeto «hubiera previsto o debido prever» la comisión del delito [54]. El autor no reconoce y tampoco quiere esta conducta posterior, pero habría podido conocerla y preverla si hubiera tenido algún cuidado [55].

---

su presupuesto: la imputabilidad) constituye un juicio individual de atribución al sujeto del acto antijurídico (Quintero Olivares, 2000, p. 544).

[49] Tavares, 2003, p. 392.

[50] Quintero Olivares, 2000, p. 543. Sobre la polémica que desencadenó la sentencia del 22 de agosto de 1996 del Tribunal Supremo Federal alemán, que declaró inaplicables los principios de la *actio libera in causa*, *vid.* Schünemann 2000, p. 124.

[51] *Vid.* Rinaldi Román, 2005, quien considera que el *actio libera in causa* no se debe sancionar mientras no este abarcado expresamente en la legislación penal.

[52] Cfr. Bustos, 2004, I, p. 1148. Cfr. Castillo Alva, 2004a, p. 650.

[53] *Vid.* un caso en el que el estado de ebriedad no era tan profundo como para generar una grave alteración de la conciencia: Exp. 98-0354-P, Cusco en Academia de la Magistratura, 2000, p. 280.

[54] Quintero Olivares, 2000, p. 543.

[55] Peña Cabrera, 1997, p. 475.

c. Grave alteración de la percepción

1349. Grave alteración de la percepción

Se fundamenta en el criterio *biológico natural*, que evalúa las dimensiones biológicas de los sentidos. En un primer momento se limitó al habla y a la audición, ahora se admite la alteración de todos los sentidos. Está criticada la fórmula de la alteración de la percepción en el sentido del uso del término «realidad inequívoca», pues cada uno tiene su propia realidad, y esa ciertamente no está alterada. Lo que interesa es una *realidad valorativa*, que puede ser jurídica, pero también eso es insuficiente [56]. Dadas estas críticas, el Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General del 2004 en cuanto a la causa de inimputabilidad por alteración de la percepción elimina la frase «que afecten gravemente su concepto de la realidad» [57]. Admitido que esta alteración de la percepción se refiere a todos los sentidos, ésta puede tener su origen en el nacimiento o incluso desde la infancia, que hacen que el individuo tenga una percepción parcial de la realidad [58]. Sin embargo, incluso esta reforma seguirá teniendo una base biológica naturalista y quizá lo que debería intentarse es una fórmula que destaque el efecto y no las causas que la han producido [59].

§88. La imputabilidad disminuida [60]

1350. Imputabilidad disminuida

La imputabilidad disminuida (*exigibilidad parcial*) no es una forma autónoma de semiimputabilidad pues no se trata de un estado límite entre inimputabilidad e imputabilidad. En este sentido, «el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión» [61], es decir, el autor todavía es capaz de evitar la comisión de delitos. En verdad, lo que aquí se encuentra disminuida es la capacidad de autocontrolarse, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuer-

---

[56] BUSTOS, 2004, I, p. 1150. Por su parte, CEREZO MIR precisa que esta eximente es superflua y debería ser suprimida del Código Penal español por carecer de relevancia político-criminal y al no haber tenido apenas aplicación en la práctica (2001a, p. 449; CEREZO MIR, 2003, III, p. 83).

[57] *Vid.* observaciones: HURTADO POZO, 2005, p. 633, num. 1652.

[58] Cfr. CARBONELL/GÓMEZ/MENGUAL, 1987, p. 59.

[59] BUSTOS, 2004, I, p. 1151.

[60] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 647. En sentido parecido, *vid.* ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 674.

[61] ROXIN, 1999, p. 839, num. 32.

zo el comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal [62], lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que debe compensarse su menor capacidad de control.

Jurisprudencia:

«Corresponde al derecho penal establecer cuáles son los límites en los que desaparece la exigibilidad, pero en caso de determinar que un sujeto ha superado el umbral intermedio y considerar que es imputable, no puede dejar de reconocer que aun dentro de esta categoría existen escalas que permiten establecer lo que se denomina la imputabilidad disminuida, la que redunda en una atenuación facultativa de la pena» [63].

1351. Presupuestos de la inimputabilidad disminuida

El tratamiento de la capacidad de culpabilidad disminuida supone los mismos presupuestos de la inimputabilidad, los mismos estados biológicos-psicológicos son tanto para las causas de inimputabilidad como para los supuestos de imputabilidad disminuida, incluso las psicosis en casos de intoxicaciones leves o alteraciones arterioescleróticas puede que no conduzcan a la plena exculpación [64]. Así, quedaría un amplio espacio de valoración antes de llegar a la imputabilidad disminuida, en la que «se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad» [65].

1352. Fundamento de la atenuación para la imputabilidad restringida

Si se parte del principio generalmente reconocido que la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, se podría deducir que una inimputabilidad notablemente disminuida debe comportar también una pena notablemente disminuida, y «que la mera atenuación potestativa supone 'una clara vulneración del principio de culpabilidad'» [66]. En la doctrina se han desarrollado ideas como por ejemplo, la de la *menor sensibilidad de la pena*; la *teoría del esfuerzo*, en el sentido que quien está en situación de imputabilidad disminuida debe compensar sus debilidades mediante un esfuerzo intensificado (lo que lleva a sancionarlo de acuerdo a un marco penal no atenuado); o la *compensación mediante una valoración global* [67] de la capacidad «notablemente» disminuida de

---

[62] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 628.

[63] Ejecutoria Suprema de 29 de setiembre de 1993, Exp. 1297-93 en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2000, p. 99.

[64] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 647, num. 28; ROXIN, 1999, p. 839, num. 32.

[65] ROXIN, 1999, p. 840, num. 33.

[66] *Ibidem*, p. 842, num. 36.

[67] *Vid.* JAKOBS, 1995, p. 650, num. 33.

autocontrolarse, es decir, se compensa la atenuación por circunstancias distintas que aumentan la culpabilidad, la que parece haber sido aceptada por nuestra jurisprudencia[68]; o, como el caso de la *restricción de la culpabilidad* provocada culpablemente por el propio sujeto, producido sobre todo en casos de embriaguez y también en caso de estados pasionales[69], o por *razones de orden humanitaria* [70].

Jurisprudencia:

«Al producirse la secuela del evento, el acusado se encontraba embriagado, hecho que le produjo una alteración de la conciencia, que no era grave, debido a que el sujeto se daba cuenta de sus actos y solo de que sucedía en sus inmediaciones, como era el caso de protegerse de un posible robo de arma de fuego, lo que permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal» [71].

1353. Atenuación obligatoria de la pena

En este mismo sentido, el Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 acordó (acuerdo plenario 4/99) que la circunstancia atenuante precisada en el artículo 21 del Código Penal es de aplicación *obligatoria* y que en tal caso la disminución prudencial de la pena opera del mínimo legal hacia abajo [72].

1354. Atenuación facultativa para la responsabilidad restringida por la edad

Diferente es la situación de la *atenuación de pena para los jóvenes adultos*, que el juez *podrá* reducir prudencialmente la pena cuando el agente tenía más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de ejecutar el delito (artículo 22, Código penal). Se indica que está excluido de esta reducción de pena el agente que haya cometido delitos de violación de la libertad sexual, tráfico de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (artículo 22, Código penal, modificación por Ley 27024). El Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 acordó (acuerdo plenario 4/99) por mayoría que esta circunstancia atenuante se aplica *facultativamente* y en ese caso, la disminución de la pena opera a partir del mínimo legal hacia abajo [73].

---

[68] Cfr. Exp. 0130-96 Cusco.

[69] ROXIN, 1999, p. 843, num. 39.

[70] LAMAS PUCCIO, 2004, pp. 863 y 866.

[71] Sentencia de la Séptima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de 30 de setiembre de 1994, Exp. 412-94 **en** GÓMEZ MENDOZA, 1999, p. 120.

[72] *Vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p. 134.

[73] *Ibidem*, p. 136.

Jurisprudencia:

«La disminución prudencial de la pena establecida para el caso que el inculpado por su edad tenga una inimputabilidad restringida, es una facultad del juzgador, quien ha de evaluar para su aplicación las circunstancias en que se cometió el delito y la actuación del inculpado» [74].

[74] Exp. 0130-96, Cusco, **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000, p. 297.

Capítulo XVI
PROBABLE CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Sumario: §89. Concepto. §90. Evolución de la conciencia de la antijuridicidad. §91. Error de prohibición. §92. Error de comprensión culturalmente condicionado. §93. Conducta disidente.

Bibliografía

Julio Armaza Galdos: *El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Ricardo Basílica: *La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal (La cuestión de la diversidad cultural en el derecho penal latinoamericano de hoy)*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Nicolás E. Becerra: *Diversidad cultural y derechos humanos*, Ciclo de conferencias sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (en línea), Colegio de Abogados de Córdoba (citado el 30 de noviembre de 2000), **en** http://www.abogado.org.ar/d_18t03.htm / Hernán Darío Benítez N.: *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*, Temis, Bogotá, 1988. / José Cerezo Mir: *La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, fascículo II, mayo-agosto, MCMLXXXV, Madrid 1985. / José Antonio Choclan Montalvo: *Individualización judicial de la pena (función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal)*, Colex. Madrid 1997. / Juan Córdoba Roda: *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Bosch, Barcelona 1962. / Enrique Cury Urzúa: *Algunas consideraciones sobre el error de prohibición a la luz de la ley positiva chilena*, **en** Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / Luis Francia Sánchez: *Pluralidad cultural y derecho penal*, **en** Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos. Material de Lectura, Lima 1992. / Wolfgang Frisch: *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de*

la culpabilidad, **en** El error en el derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA: *Las causales de inculpabilidad*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1994. / ENRIQUE GARCÍA VÍTOR: *Diversidad Cultural y Derecho Penal (aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos)*, Colección Jurídica y Social Nº 36, Secretaria de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires 1993. / KARL-HEINZ GÖSSEL: *Reflexiones sobre la relación entre norma y tipo. El error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Edersa, Madrid mayo-agosto 1999. / HANS JOACHIM HIRSCH: *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 9, Gráfica Horizonte, Lima 2000. / JOSÉ HURTADO POZO: *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*, **en** Anuario de Derecho Penal. Monográfico sobre los «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Fondo Editorial PUCP, Lima 2003; IDEM, *Impunidad de personas con patrones culturales distintos*, **en** Derecho-PUC Nº 49, Lima diciembre 1995; IDEM, *El indígena ante el derecho penal: caso peruano (en línea)*, **en** http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2.pdf / BEATRIZ KALINSKY: *Pluralidad Cultural y derecho penal. La ley como factor de conocimiento*, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires 2000. / URS KINDHÄUSER: *Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho*, **en** El error en el derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / HEIKO HARTMUT LESCH: *Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 6, Año III, GC ediciones, junio, Lima 1998. / TERESA MANSO PORTO: *La regulación del error en el Código Penal Peruano*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 12, Idemsa, Lima 2003; IDEM, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Madrid 1999. / SANTIAGO MIR PUIG: *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el derecho español*, **en** El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, 1ª ed., Ariel, Barcelona 1994. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *La objeción de conciencia en derecho penal*, **en** Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin), José María Bosch, Barcelona 1997. / JAIME NÁQUIRA RIVEROS: *Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: De su objeto, contenido y relación*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 55, Edersa Madrid 1995. / ADÁN NIETO MARTÍN: *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona 1999. / RAÚL PEÑA CABRERA: *El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano*, **en** Revista de Derecho Penal y Criminología (separata) Nº 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid 1993. / INGEBORG PUPPE: *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, **en** El error en el derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 1999. / RAMON RAGUÉS I VALLÉS: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona 1999. / ESTEBAN RIGHI: *La regulación del error de prohibición en el derecho argentino*, **en** Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / ESTHER SÁNCHEZ BOTERO: *Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica (en línea)*, Alertanet (citado el 03 de diciembre de 2001), **en** http://geocities.com/RainForest/Andes/8976/. / CELIA SUAY HERNÁNDEZ: *Los elementos normativos y el error*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 5 Año III, GC ediciones, Lima enero-junio 1995. / JUAN TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad y Prevención*, **en** Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Libro Homenaje al Profesor Claus Roxin, Marcos Lerner Editora, La Lectura Libros Jurídicos, Córdova 2001. / RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Control penal y diversidad étnico-cultural*, **en** Conflicto y sistema penal (diez estudios sobre la actual reforma), Colex, Salamanca 1996. / EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: *La parte general del proyecto de Código Penal*, **en** Política Criminal (Presupuestos Científicos para la Reforma del Código Penal), AFA, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1988.

§89. Concepto

1355. Conciencia de La antijuridicidad: terminología

Existen diversos significados de la expresión «**conciencia de la antijuridicidad**». Uno de ellos es la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad. En sus orígenes, se denominaba «conocimiento efectivo de la antijuridicidad» (teoría del dolo) [1] que exigía su presencia con el «*dolus malus*». En la lengua española, el término «**conciencia**» se entiende como conocimiento reflexivo de las cosas, o como conocimiento interior del bien y del mal [2]. Sin embargo, la llamada conciencia de la antijuridicidad no puede confundirse con el concepto de *conciencia moral* [3].

1356. Conciencia de la antijuridicidad

La conciencia de la antijuridicidad, entendida como posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, es un elemento de la imputación personal [4]. No se debe entender la conciencia de la antijuridicidad como simple conocimiento de la prohibición, porque la comprensión presupone al conocimiento; pues, es el más alto nivel de captación humana, es la internalización, incorporación del concepto que se ha conocido y, como es obvio, presupone al simple conocimiento y a la mera información [5].

1357. Posibilidad de conocer la punibilidad

Es necesario que el sujeto tenga la posibilidad de conocer la *punibilidad*, entendida como posibilidad jurídica concreta de aplicación de la pena [6]. «Tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiere también el conocimiento de la gravedad de la amenaza: es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena» [7].

Para determinar la conciencia de lo injusto se requiere que el autor haya tenido la **posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad**; pero

---

[1] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 648.

[2] *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 2001, p. 415.

[3] «Tampoco cuando se emplea conciencia de la antijurídica puede confundirse conciencia como sinónimo de conciencia moral. En alemán se emplean palabras diferentes para designar los dos sentidos que conciencia admite en castellano: *Bewusstsein* es conciencia como suma de representaciones, reconocimiento de sí y del mundo o conocimiento reflexivo de las cosas, en tanto que *Gewissen* es la conciencia moral, como conocimiento interior del bien y del mal, en sentido parecido al súper yo psicoanalítico o a la voz de la conciencia del lenguaje corriente» (Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 647).

[4] Cfr. Peña Cabrera, 1997, p. 481.

[5] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 649.

[6] Cfr. Roxin, 1999, p. 867, num. 13; Jakobs, 1995, p. 667, num. 23.

[7] Bacigalupo, 2004, p. 405.

no en sentido técnico-jurídico, sino en la valoración propia del autor [8].

1358. Posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad

«Hay general coincidencia en que basta el conocimiento del profano, técnicamente llamado conocimiento paralelo en la esfera del lego» [9], es decir que sólo se requiere una posibilidad de conocimiento del desvalor jurídico. Aquí está sobreentendido el hecho que en algunos casos el autor va a tener conocimiento de la desaprobación jurídico-penal, pero no va a poder comprenderlo por otros motivos.

1359. Conciencia condicionada de la antijuridicidad

Es posible que el agente no tenga la certeza que actúa antijurídicamente, sino que *duda* sobre ello (**conciencia condicionada de la antijuridicidad**). Ejemplo: un sujeto grava magnetofónicamente una llamada telefónica sin saber exactamente que ello es un delito. Esta duda también puede surgir cuando la ley tiene dos o más interpretaciones posibles, cuando hay jurisprudencias contradictorias, etc. Se asimila a una situación de dolo eventual. Si bien, una solución plantea que no se puede alegar error de prohibición ni tampoco atenuación de la pena, pues suponer la probabilidad de la antijuridicidad sería equivalente a la certeza, otra solución sostiene que la duda sobre la antijuridicidad debería comprenderse bajo ciertas circunstancias, con una atenuación de la pena [10] o incluso la impunidad [11]. Se excluye de lo anterior los casos en que la duda de un individuo proviene de su indiferencia respecto a la antijuridicidad de su conducta.

1360. Divisibilidad de la conciencia de lo injusto

La conciencia de la antijuridicidad implica el conocimiento de lo injusto específico y no de cualquier injusto (**divisibilidad de la conciencia de lo injusto**) [12]. En los supuestos de concurso ideal de delitos se requiere que el autor tenga conocimiento de los diversos injustos.

1361. Conciencia actual y potencial de la antijuridicidad

Frecuentemente, el agente tendrá una **conciencia actual** de la antijuridicidad, especialmente en los delitos preparados con anticipación. En todo caso, también será suficiente que se encuentre latente en el estrato personal una imagen de lo injusto [13] aunque no se llegue a actualizar en el hecho realizado. Es decir, el conocimiento de lo injusto puede ser potencial (**conciencia potencial**): que haya tenido la posibilidad exigi-

---

[8] STRATENWERTH, 2005, p. 297, num. 57.

[9] WELZEL: *Die Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, **en** ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 651.

[10] Cfr. BACIGALUPO, 2004, p. 406.

[11] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 489.

[12] JAKOBS, 1995, p. 670, num. 27. Cfr. ROXIN, 1999, p. 869, num. 16.

[13] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 489.

ble de conocimiento de la antijuridicidad de su acto. Esto se observa en los delitos cometidos por reacción violenta instantánea.

1362. Inexigibilidad por condicionamiento cultural, costumbre y otros supuestos

Entendemos que la imputación personal supone la exigibilidad en el sujeto de la posibilidad de conciencia de la antijuridicidad, sin embargo, el sujeto puede estar afectado por algún *condicionamiento cultural, por costumbre o algún otro supuesto de ignorancia o error sobre el conocimiento (y comprensión) de una norma.* Precisamente esta es la problemática que se trata en este capítulo.

§90. Evolución de la conciencia de la antijuridicidad

1363. Error de *facti* y error *juris*

Ha sido permanente la evolución de la idea de la conciencia de la antijuridicidad. El Tribunal Imperial alemán (*Reichsgericht*) consideraba irrelevante la presencia de la conciencia de ilicitud del hecho, afectando su concepción del error: existía un ***error facti*** (error de hecho) y un ***error juris*** (error de derecho) [14], y «tan sólo el primero era capaz de salvar al autor, al menos de las penas por el delito doloso»[15].

1364. Teoría estricta del dolo

En busca de un mejor tratamiento a los supuestos del error de prohibición y apartándose de la concepción del Tribunal Imperial, la doctrina alemana desarrolló la *«teoría estricta del dolo»* (o rígida) [16], que consideraba a la conciencia de lo injusto como el núcleo del dolo (*dolus malus*) junto con el conocer y el querer los elementos del tipo [17].

1365. Teoría restringida del dolo

Las críticas a la teoría estricta del dolo originó el surgimiento de la *teoría restringida* –limitada o elástica– [18] *del dolo*, la que toma las observaciones que se le dirigían a la teoría estricta del dolo e intenta solucionarlo ampliando sus límites: estima que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento posible del dolo, utilizando el *criterio de enemistad al derecho* [19], que se presenta cuando hay un alto grado de reprochabilidad de la evitabilidad del injusto.

1366. Teoría de la culpabilidad estricta

La *teoría de la culpabilidad estricta* es una posición opuesta a la teoría estricta del dolo. No considera a la conciencia de la antijuridicidad como un hecho actual en el momento de cometer lo injusto. «La conciencia de la ilicitud es un presupuesto (o componente) de la culpabilidad y representa un simple juicio acerca de la posibilidad

---

[14] Basándose en el tratamiento que le había dado el StGB de 1871 al error. Cfr. ROXIN, 1999, p. 862, num. 5.

[15] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 645.

[16] JAKOBS, 1995, p. 662, num. 14.

[17] Presentándose no una simple culpabilidad, sino una culpabilidad del querer maligno. Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 648.

[18] JAKOBS, 1995, p. 657, num. 2.

[19] Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 649. Posición que fundamenta MEZGER, cfr. WELZEL, 1976, p. 225.

que el autor concreto tiene de reconocer, en el caso dado, lo no permitido de su actuar» [20]. Para el *finalismo*, la conciencia de la antijuridicidad como elemento autónomo de la culpabilidad, pues al ser un elemento valorativo, ésta sería su mejor ubicación pues no se puede recargar al dolo con elementos valorativos. En cuanto a los efectos del error, el error de prohibición «no es nunca capaz de excluir el dolo; pero sí, en determinadas circunstancias, eliminar la culpabilidad» [21]. Si el error era inevitable, se excluye la culpabilidad; pero si era evitable, subsiste el dolo y la culpabilidad, pero ésta última disminuida. A esta teoría se le objeta el tratamiento que da a los errores acerca de presupuestos objetivos de causas de justificación, pues los trata como si fueran errores en la valoración del hecho.

1367. Teoría restringida de la culpabilidad

La *teoría restringida de la culpabilidad* [22] es, a su vez una reformulación de la teoría estricta, toma sus mismos puntos básicos, pero considera a los errores sobre presupuestos objetivos de causas de justificación como errores de tipo, en forma muy similar al tratamiento dado por la *teoría de los elementos negativos del tipo.*

1368. Error de tipo y prohibición en el derecho peruano

En el Derecho Penal peruano se aceptaba el error de hecho y el error de derecho, tanto en el Código Penal de 1924 como en la doctrina nacional (CORNEJO, BENÍTEZ, BRAMONT ARIAS)[23]. Adoptándose luego la teoría del dolo, que da un trato similar al error de tipo como al error de prohibición (PEÑA CABRERA y HURTADO POZO) [24]. Actualmente, se acepta en la doctrina y en el Código Penal de 1991 (artículo 14) un trato diferenciado para estas dos formas de error: Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES[25], Luis BRAMONT ARIAS/Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES [26], HURTADO POZO [27], PEÑA CABRERA [28], VILLA STEIN [29].

§91. Error de prohibición

El **error de prohibición** (artículo 14, segundo párrafo, Código penal) [30] se presenta cuando falta el conocimiento (o su posibilidad) de la ilicitud

---

[20] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 650.

[21] *Loc. cit.*

[22] *Ibidem*, p. 652.

[23] Cfr. CORNEJO, 1936, I, pp. 226 y ss.; BENÍTEZ SÁNCHEZ, 1958, I, pp. 161 y ss.; BRAMONT ARIAS, 1978, p. 38.

[24] Cfr. PEÑA CABRERA, 1983, p. 253; HURTADO POZO, 1987, pp. 437 y ss.

[25] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 258.

[26] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2001, pp. 170-171.

[27] Cfr. HURTADO POZO, 2005, pp. 651 y ss.

[28] Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, pp. 482 y ss.

[29] Cfr. VILLA STEIN, 1998, pp. 414 y ss.

[30] Tuvo como fuentes el artículo 17 de la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal español 1983 y el parágrafo 16 (*Irrtum über Tatumstände*) del StGB 1975.

del hecho. «Aquí el autor sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido» [31], es decir, el error de prohibición no afecta para nada la tipicidad. Sin embargo, la distinción entre error de tipo y de prohibición es problemática, especialmente porque el dolo no está reducido al conocimiento de elementos puramente fácticos, y se complica de manera significativa debido a las diferencias que se presentan en relación al tratamiento que recibe el desconocimiento del supuesto de hecho y el desconocimiento de la prohibición. Así, MANSO afirma que «la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición corresponde a una decisión del legislador de dudosa practicabilidad, lo que pone más en evidencia que un tratamiento distinto para ambos tipos de error carece de un fundamento claro» [32].

1369. Error de prohibición

Jurisprudencia:

«El error de prohibición contemplado en el artículo 14 segundo párrafo del Código Penal, constituye el recurso de conciencia de antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria al derecho, o que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente» [33].

1370. Error de prohibición directo

El **error de prohibición directo** es el que impide la comprensión de la prohibición jurídica y se produce por desconocimiento de la norma violada, es decir, es un error sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva.

Jurisprudencia:

«Dos funcionarios públicos, se negaron a entregar copias certificadas a dos empresas de un expediente en el que se había declarado la nulidad de un contrato de concesión de peaje y de otros informes, vulnerándose normas del ordenamiento jurídico nacional, por lo que fueron procesados por delito de abuso de autoridad. Los dos funcionarios públicos aludieron en su defensa que su comportamiento estuvo sustentado en dos informes de Asesoría Legal donde los letrados autores de los informes, se pronunciaban sobre la improcedencia de la entrega de las copias certificadas solicitadas, lo que permitió apreciar que al momento de la suscripción de los oficios denegatorios de las mencionadas copias, dichos funcionarios –quienes no eran abogados– actuaron creyendo que su conducta era lícita» [34].

---

[31] WESSELS, 1980, p. 129. Cfr. ROXIN, 1999, p. 861, num. 1.

[32] MANSO, 1999, p. 30.

[33] Ejecutoria Suprema del 4 de octubre de 1999, R. N. 2721-99 Junín, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 32 Año 7, mayo 2001, p. 324.

[34] Cfr. Exp. 97-17273, Lambayeque. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 180. Sin embargo, tratándose de un caso de delito de abuso de autoridad (art. 376 C.P.) es muy debatible si se trata de un supuesto de error de tipo o de prohibición, especialmente si se discute sobre el conocimiento de los límites legales de la actividad funcio-

Este error de prohibición tiene varias modalidades: la primera de ellas se produce por desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva, lo que se conoce como *error de prohibición abstracto* [35], en el que el sujeto «pese a conocer todos los elementos fundamentadores de su conducta típica y antijurídica, desconoce, sin embargo, estar obrando antijurídicamente» [36]. También se presenta esta clase de error «cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiese reflexionado nunca sobre tal posibilidad» [37]. Otra modalidad es cuando aun conociendo la norma, por un error en su interpretación, se desconoce que la conducta no es jurídicamente admisible, lo que algunos conocen como *error de subsunción*; y finalmente, en el caso –menos frecuente– que se conoce la norma, pero se cree que no es válida por que colisiona con otra norma de mayor jerarquía (*error de validez*) y se opta por acatar negando la anterior.

1371. Modalidades de error de prohibición directo

Existe error de prohibición directo cuando se presenta en el sujeto un desconocimiento de la norma prohibitiva, o cuando tenga un error sobre el alcance de ésta. Sin embargo, «el error de prohibición directo no se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión» [38]. A este supuesto se le denomina **error de comprensión**.

1372. Error de comprensión

En el **error de prohibición indirecto**, el autor conoce la contradicción de su comportamiento con las normas jurídicas, pero supone erróneamente la presencia de una causa de justificación que no existe o le otorga una extensión distinta de la que tiene. Ejemplo: el sujeto quien cree que está permitido matar a alguien gravemente enfermo y que se encuentra desahuciado; o el caso de la joven violada que cree que es lícito abortar [39].

1373. Error de prohibición indirecto

---

nal que es un requisito del tipo objetivo, pero que también puede interpretarse como una falta de conciencia de la antijuridicidad. ABANTO (2003, p. 235) considera preferible la aplicación del error de tipo por ser más favorable al reo pues el error de tipo vencible sería impune debido a la inexistencia de un tipo imprudente de abuso de autoridad. Sobre la problemática de los elementos normativos del tipo como error de tipo o error de prohibición y el procedimiento a seguir, *vid.* MAURACH/ZIPF, 1994, p. 664, nums. 49, 50.

[35] MAURACH/ZIPF, 1994, p. 674.

[36] PEÑA CABRERA, 1997, p. 484.

[37] ROXIN, 1999, p. 871, num. 20.

[38] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 704.

[39] PEÑA CABRERA, 1997, p. 485.

Jurisprudencia:

«Tratándose de una creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante un caso de error de prohibición indirecto (es decir, error sobre la concurrencia de una causa de justificación)»[40].

1374. Error sobre causas de justificación

Los supuestos del error de prohibición indirecto pueden ser: *Primero*, el autor supone erróneamente la existencia de una *causa de justificación* que la ley no reconoce. Aquí se incluye al error sobre los límites de la causa de justificación, es decir, el autor desconoce los límites jurídicos de una causa reconocida de justificación y extiende estos límites más allá de lo previsto por ésta, alejándose de las consideraciones del legislador. *Segundo*, el autor cree erróneamente que se dan los presupuestos típicos de una causa de justificación, es decir «cree actuar en una situación objetiva de justificación que no existe» [41].

Jurisprudencia:

«Actúa bajo error de prohibición exculpante quien a través de sus actos consideró que estaba procediendo con arreglo al orden jurídico; y en ese estado de necesidad a recabar un certificado médico para acreditar el nacimiento de una menor abandonada, con el objeto de que pueda ser atendida médicamente al encontrarse en peligro de muerte; no siendo dicha conducta merecedora del juicio de reproche, al haber actuado los acusados altruistamente y en error de prohibición sobre la ilicitud de su conducta» [42].

1375. Error de prohibición vencible e invencible

Se diferencia entre **error de prohibición vencible** e **invencible**. El error de prohibición es invencible cuando el sujeto no pudo evitarlo. Caso contrario se tratará de un error de prohibición evitable, lo que mantiene la punibilidad atenuada como delito doloso. En el error de prohibición, la invencibilidad significa «que el sujeto no ha hecho todo lo necesario y posible para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho. El error versa aquí, sobre una situación jurídica y no fáctica. El reproche por no haber salido de ese error es mucho más amplio y extenso que el que corresponde a la imprudencia»[43]. Si el error de

---

[40] Exp. 498-98-P/CAM Camaná, **en** Armaza Galdos/Zavala Toya, 1999, p. 92.

[41] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 707. Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 401.

[42] Ejecutoria Suprema del 15 de octubre de 1997, (consulta), Exp. 4103-96 **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, pp. 80-81.

[43] Gómez Benítez, 1987, p. 487.

prohibición es *invencible* se excluye la imputación personal, [44] [45] y si es *vencible* se atenuará dicha imputación (artículo 14, segundo párrafo, Código penal).

Jurisprudencia:

«El tratamiento legislativo del error en el Código Penal peruano nos enfrenta ante dos alternativas: o es vencible o invencible. Este último extremo supone la adopción, por el imputado, del cuidado necesario para vencer el error y no obstante ello, no vencerlo; es decir, exige más que el sólo deber de cuidado»[46].

1376. Deber de información jurídica

Se han planteado varios criterios sobre la *vencibilidad del error de prohibición* apelando al «esfuerzo de conciencia», a la afectación de normas que constituyan principios de ética social, al deber medio de información o a la violación de un «deber de información jurídica». Sin embargo, todos estos criterios son muy abstractos en una sociedad también compleja donde no se puede establecer reglas fijas de validez general sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición. Así, respecto al *«deber de información jurídica»* del propio comportamiento, este «excede toda medida razonable. Si tal obligación existiera, de hecho no cabría imaginar supuestos de error de prohibición inevitable, salvo, quizá, aquellos pocos casos en que, según la jurisprudencia, es lícito confiar en las infor-

---

[44] En nuestro Código Penal de 1924 (artículo 87) se diferenciaba entre un *error juris* y un *error facti*, y no se precisa de manera exacta los efectos del error. En el último párrafo de dicho artículo se establece el principio *error juris nocet* (al respecto, cfr. BENÍTEZ SÁNCHEZ, 1958, I, pp. 161 y ss.; CORNEJO, 1936, pp. 226 y ss.), según el cual el desconocimiento de la ley no exime la pena en los delitos graves. Jurisprudencia: *«El error en la apreciación de los hechos a que alude el artículo 87 del Código Penal se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito»* (Ejecutoria del 9 Enero de 1974, **en** ESPINO PÉREZ, 1988, p. 109).

[45] El *error iuris nocet* es una regla que establecía que el desconocimiento de la ley no puede alegarse contra la pena. «Esta posición, empero, sólo podía estar justificada, en cierta medida, mientras el Derecho penal se limitaba a la sanción de las infracciones más elementales de las normas sociales y el individuo, además, raramente rebasaba las fronteras de su propio ámbito vital o incluso del país. En tales circunstancias, prácticamente cualquiera al que el orden jurídico no le resultara de antemano indiferente podía tener conocimiento de las normas jurídico-penalmente protegidas, es decir que era apenas concebible una ignorancia excusable de la ley penal» (STRATENWERTH, 2005, p. 296, num. 55). Además, esta regla del *error juris nocet* era una violación abierta al principio de culpabilidad, con el que estuvo en constante lucha dialéctica (la lucha entre el estado de derecho y el estado de policía) (ZAFFARONI/ ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 693).

[46] Sentencia Nº 224-98 de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 19 de junio de 1998 **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 81.

maciones (incorrectas) de personas entendidas en la materia» [47]. Además, según el deber de información la violación de este, fundamentaría la creación de una tipicidad imprudente, dejando, de este modo, impune al injusto doloso cometido. Es así que «no puede sostenerse ningún deber de información jurídica que incumba al ciudadano como tal, sino que todos los ciudadanos tienen –directamente y sin lugar a dudas– el deber de no cometer injustos, sólo que tal deber les es exigible en la medida en que dispongan efectivamente del correlativo derecho de comprender la naturaleza de tales injustos, sin que importe si han hecho o no uso de su derecho de comprensión» [48]. La suposición de este deber de información lleva a la «conclusión errónea de que su infracción fundamenta *eo ipso* la vencibilidad del error de prohibición» [49], y sería una violación abierta al principio de culpabilidad, pues «sugiere la suposición errónea de que la culpabilidad se ha de determinar conforme a parámetros objetivos y no según las capacidades individuales del sujeto»[50].

1377. Criterios para determinar la vencibilidad del error de prohibición

Existen *criterios para determinar la vencibilidad* del error de prohibición: *Primero*, si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información, entendiendo como tal a la consulta letrada, la información acerca de la jurisprudencia, etc., si su esfuerzo no fuera suficiente no quiere decir que el error sea invencible, aun si esta información fuese inexacta (o contraria a la realidad) el sujeto seguirá estando bajo error de prohibición invencible [51]. Ejemplo: El sujeto se resiste al mandato judicial porque cree que existen deberes de función que prevalecen sobre los mandatos jurisdiccionales, y realizada la conducta tras haber efectuado consultas a especialistas sobre el particular, se configura el error de prohibición invencible sobre la ilicitud de la conducta, que elimina la responsabilidad penal del inculpado[52]. Creemos que la situación es diferente si la fuente determinante no era fiable, por motivos de los que el autor es responsable [53]. Ejemplo: si el mismo informante le dice que no tiene suficiente expe-

---

[47] Stratenwerth, 2005, p. 306, num. 82.

[48] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 695.

[49] Roxin, 1999, p. 878, num. 35.

[50] *Ibidem*, p. 879, num. 36.

[51] *Ibidem*, p. 880.

[52] Cfr. Sentencia de la Primera de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 11 de junio de 1997, Exp. 1298-96 **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 81.

[53] Jakobs, 1995, p. 680, num. 44.

riencia sobre la materia, no se debería considerar como supuesto de invencibilidad. *Segundo*, si el sujeto, al momento del hecho, tuvo la oportunidad de informarse; esto dependerá del tiempo que disponga para la decisión, reflexión, etc. *Tercero*, si al autor le era exigible que concibiese la criminalidad de su conducta, lo que no acontece cuando cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar la criminalidad. Aquí se debe tener en cuenta las condiciones personales del individuo y sus posibilidades como su grado de instrucción, su actividad habitual, las circunstancias del hecho, etc., y si «cualquier persona pudo haber realizado –antes de actuar típicamente– una serie de comprobaciones que habrían esclarecido la ilicitud de su conducta»[54].

1378. **Relatividad de la vencibilidad**

En todo caso, no debe entenderse la vencibilidad como si sólo la imposibilidad absoluta de acceder al conocimiento del injusto pudiera excluir la punibilidad. Si esto fuera así, no podrían darse apenas casos de error de prohibición invencibles.

§92. Error de comprensión culturalmente condicionado

1379. **Pluralismo jurídico**

Creemos que la incorporación del artículo 15 al Código Penal de 1991 significa un importante avance del Estado peruano al dotar de este instrumento a la justicia ordinaria, en el marco del reconocimiento de la diversidad cultural [55] [56]. Esta norma se engarza en el ámbito del

---

[54] GÓMEZ BENÍTEZ, en PEÑA CABRERA, 1997, p. 483.

[55] El antecedente normativo inmediato del artículo 15 vigente, se halla en la propuesta presentada por ZAFFARONI en el proceso de reforma del código penal derogado (ZAFFARONI, 1988a, p. 30): «*Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal*». En aquella oportunidad, ZAFFARONI criticó el planteamiento del Proyecto de Código Penal de abril de 1986, que pretendía solucionar el dilema a través de la inimputabilidad: «(...) es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indio (...) Considerar al indio como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonarlo con el enfermo, perturbado psíquico, etc. En rigor de verdad, el indio no es un ser inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta. No existe en el mundo razón alguna que avale la prédica hipócrita de la superioridad de nuestra cultura, por más que el indio fabrique lanzas, reduzca cabezas, nosotros no debemos olvidar que nuestra cultura fabrica misiles, bombas de neutrones, etc.» (*Ibidem*). El

reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción especial, declarada en el artículo 149 de la Constitución Política de 1993: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial». Además de la consagración del derecho de todo individuo «a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación» (inciso 19, artículo 2). En la doctrina nacional, PEÑA CABRERA afirmaba que la inclusión de esta clase de error resaltaba «normativamente el respeto por los valores culturales distintos –nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental–, en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales»[57].

---

artículo 21 de tal documento mencionaba que *«El Juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión»*. La propuesta de ZAFFARONI fue asumida por el Proyecto de Código Penal de septiembre de 1989 y el correspondiente a julio de 1990, cuya descripción normativa es idéntica: *«El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal»* (artículo 20). Finalmente, el Proyecto de Código Penal de enero de 1991 estableció la siguiente descripción normativa: *«El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal»* (artículo 15). Se percibe claramente de los textos adoptados por los proyectos de código penal antes citados –también la fórmula de ZAFFARONI– que se diferencian del posteriormente puesto en vigencia en abril de 1991, en la prescripción de la atenuación de la pena «por debajo del mínimo legal». Con ello, como veremos más adelante, aún se conservaba el pensamiento que los sujetos provenientes de otros ámbitos culturales deberían asimilarse a la cultura predominante. Para HURTADO POZO (2003, p. 361)el sentido del artículo 15 «se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de ZAFFARONI para estatuir una circunstancia de inculpabilidad».

[56] La Exposición de Motivos del Código Penal vigente sostiene que la incorporación de esta norma se hace «en reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva como la que infelizmente utilizó el 'Código Maúrtua'».

[57] PEÑA CABRERA, 1993, p. 608.

1380. Condicionamiento por cultura y costumbre

El artículo 15 del Código Penal diferencia dos modalidades de condicionamientos: *Primero*, cuando el sujeto por su **cultura** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. *Segundo*, cuando el sujeto por su **costumbre** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. El primer supuesto sería el de «**error de comprensión culturalmente condicionado**» (la propia Exposición de Motivos del texto punitivo nacional considera que se «ha dado acogida a una forma especial de error conocida como «error de comprensión culturalmente condicionado»), mientras que el segundo correspondería a la llamada «**conciencia disidente**».

1381. Error de comprensión culturalmente condicionado

Dentro del planteo de la culpabilidad de acto el error de comprensión es «la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente»[58]. Puesto que el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta y ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales y valores de esa cultura. Ejemplo: el miembro de una comunidad nativa de la amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años [59]. Otro ejemplo graficaría lo señalado: aquel que lleva a cabo exhumaciones conforme a los rituales de su cultura en contradicción con lo previsto por las normas que rigen aquellas actividades, podría ser responsabilizado penalmente de la conducta contemplada en el inciso 3 del artículo 318 del texto punitivo vigente. Aquí el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no puede internalizarla o interiorizarla, situación que no se producirá por su condicionamiento cultural, de manera tal que no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición [60].

---

[58] ZAFFARONI, 1988a, p. 51.

[59] VILLAVICENCIO, 2002, p. 87. *Vid.* Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999, Primera Sala Penal, Exp. 2456-99 Junín. *Vid.* también la crítica de HURTADO POZO (2003, pp. 358-359) a este ejemplo.

[60] Cfr. GARCÍA VITOR, 1993, p. 31. Con respecto al ejemplo citado, el profesor HURTADO POZO (2003, pp. 367-368) plantea como caso semejante el de la *práctica de la medicina tradicional* (artículo 290, inciso 2), sosteniendo que si dichos actos «son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (...), sería irracional (...) intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal. La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para

Jurisprudencia:

«La sola posesión de objetos presumiblemente usados en sesiones de curanderismo es prueba suficiente para demostrar el ejercicio ilegal de la medicina. Siendo la práctica de la medicina folclórica un hecho habitual en las zonas de la serranía, es de aplicación el error de comprensión culturalmente condicionado para absolver al inculpado»[61].

1382. Error de comprensión es error de prohibición

En términos generales, el error de comprensión culturalmente condicionado es un *error invencible de prohibición*, por tanto no habrá imputación personal y, en consecuencia, se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad).

a. Vencibilidad

1383. Vencibilidad en el error de comprensión

Un tema que resulta de suma importancia es el correspondiente a los casos de *vencibilidad* en el error de comprensión culturalmente condicionado, que desde nuestra perspectiva no sería de aplicación para los sujetos provenientes de las comunidades campesinas o nativas, porque significaría la imposición de «otra cultura» y que de cara al futuro se estaría propugnando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante [62]; en este sentido para estos supuestos sólo cabe la invencibilidad del error. Creemos que la evaluación de la vencibilidad se daría para los casos de conciencia disidente. La descripción normativa del artículo 15 daría cabida a una tesis contraria por ello prescribe que en estos casos, es decir, de «vencibilidad», el juzgador «atenuará la pena» a imponerse [63].

JAKOBS considera como uno de los criterios rectores del estudio o enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición, si el error recae

---

conocer dichas prohibiciones. Tampoco, puede decirse que se equivocan pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado; no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta solo puede ser negativa».

[61] Exp. 98-93 Lambayeque **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 183.

[62] *Vid.* el debate sobre esta problemática en: YRIGOYEN FAJARDO, 1996; http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hurtado.pdf; Esther SÁNCHEZ BOTERO: *Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica* (en línea), Alertanet (citado el 03 de diciembre de 2001), **en** http://geocities.com/RainForest/Andes/8976/; BENÍTEZ N., 1988, p. 172.

[63] En la práctica, el Art. 15 del CP es aplicado por los magistrados peruanos como una circunstancia que atenúa la pena, sin que quede claro cómo se realiza la graduación de la aculturación si no hay un informe antropológico de por medio, de manera que esta interpretación puede ser contraria al Art. 15 del Código Penal. *Vid.* Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. 2456-99 Junín.

1384. ¿Inimputabilidad por socialización exótica?

sobre una norma fundamental, perteneciente al ámbito de indisponibilidad, esto es, aquellos intereses como la vida, la salud por ejemplo, casos en los que solamente se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otras culturas [64]. Pero advierte que «en todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: Se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la *socialización «exótica»*) de modo que este no puede servir a la norma. De hecho, se trata de un caso extremo de inimputabilidad» [65] [66]. Como se

---

[64] JAKOBS, 1995, p. 659, num. 7.

[65] *Loc. cit.*En el debate funcionalista de la imputación subjetiva, la relación entre la *socialización exótica* y la atribución del conocimiento es desarrollada por RAGUÉS I VALLÈS, quien afirma que «la referencia a la figura de los *conocimientos mínimos* ha permitido establecer la regla según la cual, cuando se considera imputable a una persona se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad. Existen, sin embargo, supuestos en que ciertas condiciones personales del sujeto de la imputación hace posible que en su caso se admitan determinados desconocimientos que, como regla general serían inconcebibles en cualquier otra persona, aunque no se fundamente dicha admisión en ciertas anomalías psíquicas de tal sujeto, sino en la peculiar relación existente entre éste y la sociedad en el seno de la cual se realiza la imputación (...) imagínese el caso en el que un aborigen de una tribu que apenas ha mantenido contactos con la civilización occidental llega por los motivos que sean a una ciudad europea y, a los pocos minutos de su llegada, alguien le pone una pistola en su mano y le exhorta a que «siguiendo una tradición continental», apriete el gatillo. Parece que en este supuesto la no imputación del conocimiento del riesgo de la actuación es algo que, cuando menos se estaría dispuesto a plantear, cosa que ni tan siquiera sucedería de ser el acusado una persona nacida y educada en el seno de la cultura occidental o de otras sociedades con unos parámetros culturales cercanos a los de ésta» (...) En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se está, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le debe atribuir *los conocimientos mínimos en sentido estricto*, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los denominados, en adelante, *conocimientos mínimos en sentido amplio*, es decir, *aquellos cuya ausencia de personas imputables sólo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto* (...) El único sustrato objetivo que puede impedir, por tanto, la imputación de los *conocimientos mínimos* en sentido amplio sólo puede venir dado por la demostración de que los contactos entre el sujeto y lo que aquí se denomina «cultura occidental» han sido prácticamente nulos y por el hecho de que en el marco cultural del que procede el sujeto se desconozcan determinadas realidades que forman parte del acervo básico de conocimientos de cualquier miembro de la citada «cultura occidental» (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, pp. 387-389).

[66] GARCÍA CAVERO sostiene que «en una realidad con grandes diferencias sociales y culturales tanto entre los distintos países como sobre todo al interior del nuestro, resulta

podrá advertir el autor decanta el problema de los sujetos provenientes de otras culturas como un asunto de «socialización» a los que califica como inimputables, lo que significaría la adopción de una visión tributaria del positivismo sociológico.

1385. Pericia antropológica

La determinación procesal de la vencibilidad es tarea difícil y lo recomendable es la actuación de una *pericia antropológica.*

Jurisprudencia:

«Que el imputado es natural del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, pero vino a radicar a Lima desde hace más de tres años antes de ocurridos los hechos; que el Tribunal de Instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, en el fundamento jurídico sexto considera que el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, por qué se descarta el error vencible; que, de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial» [67].

b. Crítica a la solución del error

Resulta muy dudoso que en todos los casos que la fórmula pretende resolver el sujeto actúe por «error». Para Miguel PÉREZ ARROYO [68], la fórmula del artículo 15 del Códi-

---

negar también la capacidad de personas no socializadas conforme el esquema de valores de nuestra sociedad, en tanto estos sujetos no se encuentran en condiciones de comprender el orden normativo vigente y actuar, por tanto, responsablemente» (2003, pp. 693-694). Este autor se refiere a los casos de socialización exótica (*Vid. ibidem*, nota 163). MANSO PORTO, afirma que «desde un punto de vista sistemático, el condicionamiento cultural como factor que explica la ignorancia de las normas abarca la problemática del desconocimiento con respecto al ámbito de las normas centrales. En otras sociedades más homogéneas desde el punto de vista socio-cultural esta problemática solo tiene cabida en supuestos muy excepcionales de «socialización exótica» que dan lugar a un error inevitable de prohibición. En las sociedades heterogéneas culturalmente, no es difícil adivinar que el problema adquiere otras dimensiones. Sistemáticamente, este grupo específico de casos de error de prohibición inevitable pueden asimilarse a los supuestos de falta de capacidad de culpabilidad, si bien también es defendible la postura inversa, es decir, la de considerar que es la falta de capacidad para comprender el injusto motivada por una anomalía psíquica o trastorno mental la que constituye un caso especial de error de prohibición» (MANSO PORTO, 2003, pp. 61 y ss.).

[67] Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte de Lima.

[68] PÉREZ ARROYO, 2000, p. 763.

go Penal peruano «no constituye en sí una forma típica de error». Señala que «la base ontológica del error es siempre el desconocimiento o la equivocación; en suma error, sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal o sobre la licitud del injusto. En el caso de los sujetos infractores, condicionados por su cultura, de la norma penal ni se equivocan ni desconocen. Pueden perfectamente conocer, pero no entender, lo que se les quiere comunicar con la norma, no interiorizan el mensaje normativo de la norma penal. Actúan con pleno conocimiento y convencimiento de que su actuar es correcto y de acuerdo a sus parámetros culturales, incluso exigibles». «En realidad, no todos son casos de error. Ello se ha tornado más claro cuando las convenciones internacionales y las propias normas fundamentales de la mayoría de los Estados de nuestra región han reconocido la virtualidad de la existencia de esos sistemas políticos normativos y judiciales, cada uno de ellos con sus propias características» [69]. En el mismo sentido se afirma que «últimamente se tiende a poner en duda que en verdad se trate de un caso de error ya que aun cuando se descubra, en el caso concreto, que el sujeto no tuvo ningún error –por ejemplo, por tener un especial nivel de información sobre el derecho oficial–, un respeto a ese pluriculturalismo exige que el sujeto no sea sancionado si su conducta no reviste ningún nivel de violación ético-social. En otras palabras: *aunque el miembro de la comunidad indígena conozca el carácter antijurídico de su conducta en el marco de un entorno cultural que no lo contiene, él tiene derecho a responder a la valoración de esa conducta desde su propio contexto sociocultural*» [70]. En este orden de ideas, también se piensa que esta fórmula todavía contiene una visión etnocentrista, que podría ser superada a través del reconocimiento y práctica real de la identidad y autonomía cultural [71].

1386. Crítica a la solución del error

Desde el *punto de vista antropológico*, KALINSKY coincide con esta posición pero agrega algunas salvedades. En primer lugar, «se reprocha que ciertas personas no internalicen las normas, haciéndolas suyas y obrando en consecuencia. La norma es el patrón de comparación de donde nace la responsabilidad y culpabilidad jurídicas. Sin embargo hay grados y calidades de asunción de las normas que dependen, muchas veces, de los lugares sociales donde esas normas rigen y exigen ser depositarias de los acuerdos de convivencia por atenderlas. No son las normas en sí mismas sino los ambientes donde esas normas adquieren legitimidad quienes deben ser considerados desde un punto de vista sociocultural» [72]. Así, «la expresión 'internalización de la norma' resulta escasa para explicar las causas de una infracción en contextos de interculturalidad» [73]. En segundo lugar, «los contenidos culturales, con todas las características que he querido mostrar, nunca pueden ser evaluados con valores de verdad/falsedad, corrección/incorrección. Son hechos y valen por sí mismos. En todo caso las fuentes de legitimidad serán múltiples y no necesariamente la decisión unilateral de un Estado. No podría hablarse con seriedad de un «error cultural», por más que jueces, abogados y juristas traten de convencer y convencerse de que es un error jurídico y no cultural, pero que a ese error lo ha llevado su propio condicionamiento cultural» [74].

1387. Error desde la perspectiva antropológica

---

[69] BINDER, 2004, p. 273.

[70] BECERRA, 1997, p. 29.

[71] FRANCIA SÁNCHEZ, 1992, p. 156.

[72] KALINSKY, 2000, p. 94.

[73] *Ibidem*, p. 96.

[74] *Loc. cit.*

Más adelante agrega que «no es pertinente, entonces, otorgar juicios de valor a una creencia. En el caso de que se declare a una persona en el rango de alguien que no pudo entender la antijuridicidad del hecho por su fuerte condicionamiento cultural, o sea por una creencia errónea lo único que se logra es considerarlo un disminuido en los aspectos cognoscitivo y valorativo» [75]. «'El error de comprensión culturalmente condicionado' intenta disminuir la responsabilidad penal en el caso de delito, que en otra persona acarrearía una responsabilidad penal total. Se trata, entonces, de promover una minusvalía para cierto tipo de personas que no son locas y que pueden llegar a comprender la criminalidad del hecho, pero que carecen de un completo dominio de la racionalidad 'occidental, civilizada, blanca' para proponerse comportarse según la norma y no cumplir, entonces, con el tipo penal» [76].

c. Soluciones de la inimputabilidad y de las causales de justificación

1388. Solución de la inimputabilidad

Por otro lado, la propuesta planteada por el artículo 15 del Código Penal, a través del la figura del «error de comprensión culturalmente condicionado» no es la única solución dogmática. También existe la *solución de la inimputabilidad* [77] [78] [79].

---

[75] *Ibidem*, p. 97.

[76] KALINSKY, 2000, p. 98. Expresa además que «Zaffaroni supone la no comprensión de la antijuridicidad del hecho por desconocimiento de la norma, o por su incapacidad de ponerla en practica debido a la pertenencia del autor del ilícito a una cultura diferente. Por lo tanto, no se puede exigir a esa persona que 'internalice' esa norma y que actúe conforme a ella. Sin embargo, desde un punto de vista antropológico no es posible considerar a esa conducta como un error porque dado el estado actual de cualquier comunidad, al menos en nuestro país, es poco probable que se conozca un solo valor que sea considerado correcto o ilícito» (*Ibidem*).

[77] TERRADILLOS BASOCO se inclina por la *solución de la inimputabilidad* (grave alteración de la percepción de los valores culturales). Expresa que «sin embargo, no seguirse manteniendo una visión de inimputabilidad como inferior, incapaz de decidir consciente y libremente. Si se es coherente con el concepto material de culpabilidad propuesto, cualesquiera que sea el origen de la incapacidad para ser motivado, ha de ser determinante de inimputabilidad. Y, por seguir con el texto del Código Penal español, si inimputable es quien padece alteraciones en la percepción, hay que referir esos términos al contexto valorativo-jurídico en el que se insertan. No se trata de declarar inimputable al daltónico, por mucho que sufra alteraciones en la percepción. La percepción que aquí interesa es la referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales. Y el miembro de la comunidad minoritaria con valores distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de esa percepción (...) La solución del error de prohibición, incluso en su modalidad de error culturalmente condicionado, desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas. Desconoce el pluralismo cultural ... Desde el punto de vista práctico, la solución de apreciar imputabilidad en estos casos enlaza mejor con la idea que motivabilidad significa también responsabilidad de los poderes públicos en la integración social del

1389.
Solución de la justificación

Existen otros planteamientos como el ligado al terreno de las *causales de justificación*. Enrique GARCÍA VITOR es el defensor de tal tesis, quien sostiene que «cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...) en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una *colisión de deberes*, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro» [80]. GARCÍA VITOR se plantea dos interrogantes, la primera determinar «si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente», la segunda, «si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena, o, si se está en presencia de un actuar justificado» [81]. Esta posición considera al deber de preservar la cultura como una suerte de *ejercicio legítimo de un derecho* que resulta oponible a otros provenientes de la cultura predominante. Tesis que no compartimos, porque la preservación del ámbito cultural –que según el autor, es por conciencia– es un interés harto complicado de medir o comparar con otros intereses jurídicos protegidos, con los cuales hipotéticamente entraría en conflicto. Si bien no compartimos la tesis de la justificación, debemos señalar que recientemente en el Derecho Penal peruano también se ha tomado esta opción para enfocar la problemática.

---

mayor número de ciudadanos. Lo que puede traducirse en la «imposición» al *inimputable* de medidas educativas, que, por razones obvias, han de ser voluntarias y, en cuanto integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosa de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales» (TERRADILLOS BASOCO, 2001, p. 248). VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2002), conforme al derecho penal colombiano, se refiere a la causal de inimputabilidad por estado de diversidad social y cultural, pero no siempre, «pues tan respetables son los patrones culturales de las comunidades aborígenes como los del resto de pobladores». Por su parte BUSTOS (2004, I, p. 1132) también se inclina por la *inimputabilidad* al referirse a los actos de un miembro de una comunidad indígena en Latinoamérica.

[78] Siguen esta solución, el Código penal de Bolivia (artículo 17, numeral 5) y el de Colombia (artículo 96).

[79] Para HURTADO POZO (s/f), «si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado «error de prohibición culturalmente condicionado», lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre (...) esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (artículo 20, numeral 1), a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor». *Vid.* también HURTADO POZO, 2005, num. 1663 y ss.

[80] GARCÍA VITOR, 1998, p. 22 (las cursivas son nuestras). Recientemente, reitera que desde su perspectiva, la vía más apropiada es la justificación (GARCÍA VITOR: *Culturas Diversas y Sistema Penal*, **en** http://www.unifr.ch/derechopenal/artículos.htm).

[81] GARCÍA VITOR, 1998, p. 23.

Jurisprudencia:

«Que el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal «el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»; por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado dentro (...) del artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución.(...) Que al haber concurrido la causa de justificación «el actuar por disposición de la Ley» en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales(...)» [82].

d. La solución de la inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante

1390. Solución de la inexigibilidad

Por otro lado, también se plantea la solución de la *inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante.* En efecto, como afirma PÉREZ ARROYO, «a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende, dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este criterio es más válido para las sociedades latinoamericanas» [83]. También se ha dicho que «esta no exigibilidad es un concepto que bien entendido puede ser un instrumento de 'ajuste' del funcionamiento del control penal del Estado cada vez que se trate de conductas realizadas en el marco de una comunidad indígena: el Estado no puede exigir que los sujetos abandonen su patrón cultural. A nadie se le puede exigir, a pesar de que 'pueda lograrlo', el abandono de sus parámetros culturales» [84].

e. Nuestra opinión

1391. Nuestra opinión

En suma, pensamos que de todas las fórmulas o planteamientos teóricos que pretenden dar una solución al problema en cuestión, la prescrita por el artículo 15 del texto sustantivo vigente es la menos permeable a las críticas y puede ser interpretada como: **casos de inexigibilidad originados por el condicionamiento cultural** *Primera:* por **error de comprensión culturalmente condicionado** (artículo 15, Código penal), *Segunda:*

---

[82] Ejecutoria Suprema de 9 junio 2004. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria. RN. Nº 975-04 San Martín.

[83] PÉREZ ARROYO, 2000, p. 767. Agrega que «para las sociedades occidentales con problemas de migración mi opción de salida, también integradora-asimilacionista, es el de la *renuncia de la pena por innecesariedad,* lo que el derecho penal alemán denomina, aunque con criterios de derecho penal de oportunidad '*absehen von Strafe*' y que cuyo contenido se redefiniría, para el tema que nos ocupa, sobre la base de criterios político-criminales de 'necesidad y merecimiento de pena'» (*ibidem,* pp. 767-768).

[84] BECERRA, 1996, p. 30.

inexigibilidad por el condicionamiento cultural del sujeto no originada por error (artículo 45, numeral 2, Código penal) [85].

1392. Conflicto de aplicación del Código Penal y la jurisdicción especial

Asimismo, consideramos que el supuesto del artículo 15 solamente sería aplicable para los casos en que el infractor campesino o nativo efectúa la comisión del delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura. De ello, se desprende que el contenido de este artículo quedaría reducido en su ámbito de aplicación y para tales hipótesis tendría que eximir de pena al sujeto. Lo correcto es fortalecer los sistemas jurídicos campesinos o nativos para la solución de estos conflictos.

f. Condicionamiento cultural que origina error de tipo y justificación putativa

1393. Error de tipo y justificación putativa

Por otro lado, debemos precisar que el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de error: sobre la causalidad (error de tipo) o una justificación putativa.

Error sobre la causalidad (error de tipo), se presenta, por ejemplo, en el supuesto en el que los miembros de una comunidad nativa apliquen a uno de sus miembros, que se encontraría poseído por fuerzas malignas, un «tratamiento» consistente en una golpiza con el propósito de «curarlo», pero objetivamente tal hecho le podría provocar lesiones o peor aún, la muerte.

1394. Condicionamiento cultural que origine error de tipo

Evidentemente que en este supuesto existe un nexo de causalidad entre la acción (el «tratamiento») y el resultado de lesiones o muerte –o quizás más, desde la teoría de la imputación objetiva: la acción de los nativos generó un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado o el resultado producido por el «tratamiento» es la realización del mismo peligro (desaprobado jurídicamente) creado por la acción–. Sin embargo, no será calificada como un comportamiento doloso por existir ignorancia culturalmente condicionada sobre el curso causal de los acontecimientos (primer párrafo del artículo 14, Código penal).

La **justificación putativa** (error de prohibición indirecto) se presentaría en supuestos como en las comunidades del oriente ecuatoriano, en las que los lugareños dan muerte en defensa de la supervivencia y continuidad de su ámbito cultural en el convencimiento de que los hombres extraños les agredirán [86] (hipótesis de justificación putativa, comprendida

[85] *Infra* núm. marg. 1425.

[86] ZAFFARONI, 1982, p. 201.

en el segundo párrafo del artículo 14, Código penal). En nuestro país, un grupo de pescadores de la localidad de Iberia (departamento de Madre de Dios) sufrieron un ataque, resultando uno de ellos herido de gravedad, por parte de un grupo de indígenas que viven en situación de aislamiento o «no contactados» en el río Alto Tahuamanu, comportamiento que respondía a una actitud de defensa de la supervivencia de su ámbito pues los «extraños» muchas veces son portadores de enfermedades gripales, lo cual ha provocado la muerte de sus integrantes [87].

1395. Condicionamiento cultural que origine una justificación putativa

§93. Conciencia disidente

El artículo 15 del Código Penal de 1991 también contendría la figura denominada de la *«conciencia disidente»* [88], siendo que para el supuesto de error de comprensión se excluiría la imputación personal mientras que para el caso de conciencia disidente sólo se disminuiría la sanción, y la diferenciación surgiría del uso de los términos *cultura* y *costumbre*, pues este último señalaría que «la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida», mientras que el primero indicaría que «quien por su «cultura» no puede comprender que su actuar constituye delito» se excluiría su responsabilidad penal [89]. En sentido diferente, PEÑA CABRERA consideraba que si bien «es cierto que esta forma de error de prohibición también alcanza a la conciencia disidente, en el caso de nuestra legislación la especificidad está referida a lo culturalmente condicionado» [90]. De otro lado, VILLA STEIN se contrapone a la admisibilidad de la *«conciencia disidente»* al considerar que «con ese «amparo» se terminaría por oponer la eximente a los diversos injustos en que incurre sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten «esquemas de valores distintos al nuestro»[91].

1396. Conciencia disidente en el Código Penal

---

[87] Suceso que es resaltado por el comunicado de prensa de la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluyentes (FENAMAD) del 14 de septiembre de 2000 que destaca en su punto 2 que «las poblaciones indígenas en aislamiento mantienen una actitud de defensa y protección de sus familias, debido a experiencias traumáticas que han sufrido en épocas anteriores, sobre todo, por el contagio de enfermedades, como la gripe, que les ha ocasionado muerte masiva. Esto explica su aislamiento y su permanente actitud de defensa para evitar cualquier contacto con la población foránea».

[88] En la ciencia penal peruana asumen este criterio BRAMONT ARIAS, YRIGOYEN FAJARDO, FRANCIA SÁNCHEZ.

[89] FRANCIA SÁNCHEZ, 1992, p. 159.

[90] PEÑA CABRERA, 1993, p. 608.

[91] VILLA STEIN, 1998, p. 421.

Jurisprudencia:

«A criterio del suscrito su condicionamiento cultural da lugar a una 'conciencia disidente o autoría por conciencia' es decir que ha obrado como resultado de un esquema general de valores diferentes al nuestro, lo que faculta la atenuación de la pena dado que la posibilidad de su comprensión se halla disminuida» [92]. *Jurisprudencia discrepante: «Los hechos de la causa sólo harían factible sostener en función a la procedencia cultural del imputado –aunque es de rigor confirmarlo o descartarlo a partir de una pericia–, la presencia de lo que un sector doctrinal denomina «condicionamiento cultural»; que esto último tendría su génesis en un conflicto cultural, que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que, en el primer caso, se trata de un conflicto producido en personas que, como podría ser el caso del encausado, provienen de un medio culturalmente diverso; que, en el segundo caso, que es al que alude el voto singular –no recogido expresamente en el artículo quince del Código Penal–, se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero que a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo, supuesto que en modo alguno se presenta en el caso de autos»* [93].

Creemos que el texto legal del artículo 15 cuando utiliza el término de *«costumbre»* se refiere a esta problemática y, de esta forma, asume una variante nueva del pluralismo jurídico [94] que importa la coexistencia pacífica de varias formas de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho oficial, dentro del espacio cultural social de este último. «La comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica entre los distintos sistemas de valores, a veces, contradictorios» [95].

1397. Conciencia disidente y pluralismo jurídico

Un sujeto obra con *conciencia disidente*, cuando siente su actuar como resultado de un esquema general de valores diferente. No nos referimos al individuo que pertenece a una cultura distinta, sino a uno que se «encuentra» en ella pero a la cual no se ha «integrado» valorativamente (*conflicto cultural intrasistémico*). En el seno de una sociedad pluralista se generan «subculturas» «que siempre muestran alguna faceta disidente, pro-

1398. Conciencia disidente

---

[92] Voto singular del vocal César Cotos López, **en** Sentencia de la Segunda Sala Penal con Reos Libres del 29 de octubre del 2003, Exp. 2001-1575, considerando tercero.

[93] Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia, R. N. 3598-2003 Cono Norte, Lima, cinco de octubre de dos mil cuatro.

[94] Por su parte, el pluralismo jurídico clásico implica la coexistencia de uno o más derechos nativos al lado del derecho oficial, dentro del mismo marco social, por ejemplo, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

[95] MUÑOZ CONDE, 1997, p. 293.

pia del derecho a la diferencia», los mismos que pertenecen a una misma cultura, de la cual no pasan de ser una variante de ésta, «fenómeno que es propio del dinamismo característico de lo social y humano» [96]. ROMEO CASABONA precisa que «la objeción de conciencia ha sido entendida como la «negativa a cumplir un mandato o una norma jurídica invocando un imperativo de conciencia que impide el cumplimiento»; o, de forma más exhaustiva, como el «incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o búsqueda de adhesiones» [97].

1399. Supuestos de conciencia disidente

Supuestos de conciencia disidente son el de los *Testigos de Jehová* que se oponen a la transfusión de sangre, la *insumisión al servicio militar obligatorio* o el del *médico antiabortista que omite auxiliar a la mujer embarazada, cuando el aborto es el único medio para salvarle la vida* (artículo 119, Código penal), que podría ser responsable del delito de omisión de auxilio (artículo 127, Código penal) [98]. En todos estos casos los sujetos actúan motivados por razones de conciencia [99]. «En cualquier caso la solución de este enfrentamiento en derecho penal es ciertamente difícil, puesto que en todo conflicto de conciencia se ve directamente implicada la totalidad del ordenamiento jurídico, en particular la vigencia del mismo, vigencia que podría quedar en entredicho» [100].

1400. Solución de la justificación (conflicto de deberes)

A partir de una solución de justificación se pueden determinar ciertos elementos para que la *objeción de conciencia* comporte implicaciones jurídico-penales: un deber impuesto por el ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento sea inevitable y, en el ámbito penal ha de derivarse de una norma jurídico-penal (mandato o prohibición) (1); que a esto se le oponga el dictamen de conciencia como uno al menos deber moral (o un supuesto derecho subjetivo cuya existencia real hay que discernir) (2); y

[96] ZAFFARONI, 1982, p. 205.

[97] ROMEO CASABONA, 2004, p. 235.

[98] La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de agosto de 2002 (Exp. 0895-2001-AA/TC Lambayeque) resuelve el caso de objeción de conciencia de un médico perteneciente a la *Iglesia Adventista del Séptimo Día* que se negaba a laborar los días sábados, pues uno de los preceptos de la iglesia a la que pertenece ordena el reposo durante esos días (se declaró fundada la acción de amparo por vulneración a los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión y a no ser discriminado por motivos de religión).

[99] DONNA (1992, p. 254) plantea como solución para los casos del delincuente por conciencia, «el sujeto no ha podido motivarse según la norma, ya que en la formación de su conciencia de deber se ha encontrado con un problema irresoluble. Ya sea por las reglas del error de prohibición ya por la no exigibilidad (...)».

[100] ROMEO CASABONA, 2004, p. 234.

que ambos se hallen en relación de colisión, esto es, que el incumplimiento del deber se apoye precisamente en la objeción de conciencia, si es que esta puede llegar a prevalecer como resultado de la ponderación entre ambos (3); y, por supuesto, que el sujeto se haya decantado por satisfacer el –para él– imperativo moral en perjuicio del deber jurídico (4), pues, de lo contrario su comportamiento carecería de interés para el derecho» [101].

1401. Supuesto negados de objeción de conciencia

Con lo antes señalado, se negaría relevancia a la *objeción de conciencia* cuando los comportamientos se dirigen a vulnerar bienes jurídicos individuales, como lo son la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad o el patrimonio, pues éstos son necesarios e importantes para el desarrollo social de los demás ciudadanos –se incluye aquí el ataque a bienes jurídicos de índole político cuando se emplea violencia y se menoscaban bienes jurídicos individuales– más que el propio ejercicio de la libertad de conciencia [102], además, sería un absurdo que el Estado admitiera la lesión de intereses que sustentan su propia existencia o continuidad de su sistema político u orden constitucional, pues de esa manera se estaría abriendo el camino para su disolución [103].

1402. Supuestos aceptados de objeción de conciencia

Sin embargo, únicamente se sancionará legítimamente tales conductas cuando no existan alternativas al respeto de la libertad de conciencia, así por ejemplo en el supuesto de la negativa a la transfusión de sangre entre los miembros de la congregación religiosa de los testigos de Jehová, si ésta no es objetivamente imprescindible o podría ser suplantada por otros sistemas de regeneración sanguínea o cualquier otra clase de tratamiento médico no se podría sancionar como una conducta típica de omisión de auxilio u homicidio, cualquiera que sea el resultado que posteriormente se produzca [104]. Solamente se sancionará en la hipótesis que se impida cualquier sustituto a la atención médica como por ejemplo en el caso del médico antiabortista si este anula toda acción destinada a conjurar el peligro que corre la embarazada.

---

[101] ROMEO CASABONA, 2004, p. 253.

[102] MUÑOZ CONDE, 1997, p. 283.

[103] *Ibidem*, pp. 281-282.

[104] *Ibidem*, p. 280.

Capítulo XVII
EXIGIBILIDAD

Sumario: §94. Concepto. **§95.** El estado de necesidad como causa de inculpabilidad. **§96.** Miedo insuperable. **§97.** Obediencia jerárquica. **§98.** Inexigibilidad por condicionamiento cultural y costumbres que no provienen de error. **§99.** Inexigibilidad por carencias sociales.

Bibliografía

Teresa Aguado Correa: *Inexigibilidad de otra conducta en el derecho penal*, **en** II Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huanuco 2005. / Miriam Char Muvdi: *Consideraciones generales acerca de los elementos estructurales del delito y la no exigibilidad de otra conducta en el derecho penal*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1991. / María Luisa Cuerda Arnau: *El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant lo blanch, Valencia 1997. / José Du Puit: *La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano*, **en** Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Monográfico sobre «La reforma del derecho penal militar», PUCP-Fondo Editorial, Universidad de Friburgo, Lima 2002. / Berthold Freudenthal: *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, trad. de José Luis Guzmán Dálbora, Maestros del derecho penal Nº 11, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires 2003. / Jesús Ignacio García Valencia: *Las causales de inculpabilidad*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1994. / Juan Felipe Higuera Quimera: *La eximente del miedo insuperable en el derecho penal común y militar español*, Bosch, Barcelona 1991. / Heinrich Henkel: *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. de José Luis Guzmán Dálbora, Maestros del derecho penal Nº 17, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires 2005. / Hans Joachim Hirsch: *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 9, Gráfica Horizonte, Lima 2000; idem, *La regulación del estado de necesidad*, **en** Derecho penal. Obras completas. Libro Homenaje, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999. / Mariano Melendo Pardos: *Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, **en** La cien-

cia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / CÉSAR PAREDES VARGAS: *El miedo insuperable*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *El miedo insuperable en la jurisprudencia*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 2, Lima 1993. / MANUEL QUINTANAR DÍEZ: *La nueva eximente de miedo insuperable: reflexiones críticas sobre algunas interpretaciones en torno a la misma. Especial análisis jurisprudencial*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 73, Edersa, Madrid 2002. / PERCY REVILLA LLAZA: *Estado de necesidad exculpante*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / DANIEL VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada 2000.

§94. Concepto

1403. Exigibilidad

La **exigibilidad** está basada en el deber que tienen los ciudadanos para con la sociedad de desenvolverse en una manera adecuada a las normas impuestas [1]. La exigibilidad es un elemento directamente relacionado con la *motivación* y sus límites, pues se trata de dar solución a casos en los que no se puede exigir al sujeto que evite delinquir [2], debido a que por la *situación motivacional* [3] en la que se encontraba no le era exigible otra conducta. Sin embargo, «la no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición» [4].

1404. Causas de inimputabilidad y de inexigibilidad

En la doctrina se han utilizado las denominaciones «*causas de exculpación*» o «*de disculpa*» (*Entschuldigungsgründe*) para diferenciarlas de las *causas de exclusión de la culpabilidad* [5]. Sin embargo, esta concepción de la culpabilidad basada en la idea de *poder actuar de otro modo* no permite una completa explicación del problema de la inexigibilidad. Creemos que es recomendable mantener la denominación que diferencia entre *causas de inexigibilidad* y *causas de inimputabilidad*. Pero en verdad, todas son supuestos de inexigibilidad que se diferencian por la naturaleza de los condicionamientos.

1405. Responsabilidad por el hecho

Por otro lado, en la actualidad se mantiene el debate de si la exigibilidad es un tema que pertenece sistemáticamente al ámbito de lo ilícito y, en consecuencia, ajena al concepto de culpabilidad [6], de manera que se

---

[1] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 402.

[2] Cfr. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 413.

[3] MIR PUIG, 2004, p. 592, num. 1.

[4] *Ibidem*, p. 593. En igual sentido: PEÑA CABRERA, 1997, p. 499.

[5] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 593, num. 6.

[6] BACIGALUPO, 2004, p. 404.

constituye como una categoría independiente y previa a ésta: *Responsabilidad por el hecho*, en la que se agruparían todas las causas de exculpación [7]. Por nuestra parte, no compartimos esta tendencia doctrinal y consideramos que la exigibilidad cumple un papel central en toda *imputación personal*.

§95. Estado de necesidad exculpante

Esta forma de estado de necesidad (artículo 20, numeral 5, Código penal) se presenta cuando existe un conflicto entre bienes jurídicos equivalentes o cuando se afecta uno de mayor valor. El sujeto está en un *estado de alteración motivacional* que hace inexigible una conducta distinta a la realizada que lesiona el bien jurídico [8]. Ejemplo: dos náufragos sostenidos en una tabla («tabla de *Carnéades*»), la que sólo puede soportar el peso de uno de ellos y como consecuencia el otro mata para sobrevivir (WELZEL) [9]. Si bien el Derecho Penal sanciona este injusto, no considera al sujeto culpable. No se puede justificar esta conducta en base al principio de ponderación de bienes, porque el Derecho protege por igual la vida de todas las personas [10]. Por esto, no se acepta que sea una causa de justificación, en todo caso de lo que se trata es de apreciar si el sacrificio de uno de ellos, para salvar el otro, era la única vía adecuada, «dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria» [11].

1406. Estado de necesidad exculpante

En nuestra jurisprudencia se han presentado casos equivalentes a la coacción (*vis compulsiva* exculpante o inevitable), pero también pueden ser hechos originados por la fuerza de la naturaleza, de las cosas, etc.[12].

1407. Coacción

---

[7] BACIGALUPO, 2005, pp. 371 y ss.

[8] Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, p. 500.

[9] KANT, tomando este ejemplo, precisa: «No puede (...) haber una ley que imponga la muerte a aquel que, en un naufragio, inmerso junto con otro en el mismo peligro de muerte, expulse a éste de la tabla a la que se ha asido, para salvarse a sí mismo. Pues la pena amenazada por la ley no podría ser mayor que la de la pérdida de la vida del primero. Tal ley penal no puede alcanzar el efecto pretendido; pues la conminación con un mal que aún es *incierto* (la muerte mediante el fallo judicial) no puede pesar más que el temor frente al mal que es *cierto* (el ahogarse)». KANT, en STRATENWERTH, 2005, p. 312, num. 97.

[10] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 404.

[11] *Loc. cit.*

[12] Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 713.

Jurisprudencia:

«La Lectura de un folleto alusivo a la lucha armada bajo amenaza de muerte constituye una causal de estado de necesidad exculpante» [13]. *En otro caso: «Está exento de responsabilidad penal quien realiza actos de colaboración con el terrorismo mediando la* vis compulsiva, *es decir, cuando su voluntad no pudo determinarse libremente porque estuvo constreñida ante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente en contra de su integridad física y/o la de sus familiares»* [14].

a. Requisitos

En el estado de necesidad exculpante se mantienen los requisitos señalados para el estado de necesidad justificante, con la excepción que los *intereses en conflicto* son de magnitud *equivalentes* o cuando se sacrifica el *bien mayor* [15]. Los bienes jurídicos que se encuentran protegidos son la *vida, la integridad corporal y la libertad* [16]. Pueden tratarse de bienes del mismo sujeto o de personas con quien tiene estrecha vinculación. A diferencia del estado de necesidad justificante, esta eximente sólo se refiere a bienes jurídicos específicos [17]. Es adecuado que el Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General de 2004 (artículo 20, numeral 5) haya ampliado, además de la vida, la integridad corporal y la libertad también a la *salud individual,* con la finalidad de comprender casos de salud psicológica y física que eran excluidos, ya que la expresión «integridad corporal» no resulta suficiente para su inclusión [18].

1408. Intereses en conflicto

No procede esta exención si al sujeto se le pudo exigir que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias, particularmente si él

---

[13] Ejecutoria del 24 de noviembre de 1995, Exp. 557-95 Callao, en INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 35.

[14] Ejecutoria Suprema del 9 de julio de 1999, Exp. 1853-99 Lima, en *Revista Peruana de Jurisprudencia,* Año II, Nº 3, 2000, p. 382.

[15] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 715.

[16] *Vid.* REVILLA LLAZA, 2004e, pp. 713-716.

[17] Con respecto a la diferenciación entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad excluyente de culpabilidad o disculpante se considera que no existe una «demarcación de una estricta igualdad o desigualdad de los intereses en conflicto». Y agregando además que «El estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho alcanza también a todos los casos en que la diferencia valorativa de los intereses en conflicto no sea esencial» (BACIGALUPO, 2004, p. 382).

[18] REVILLA LLAZA (2004e, p. 714) considera que la expresión «integridad corporal» ha de ser entendida, en lo posible, en un sentido amplio que abarque a la integridad psíquica y la salud en general, pues de lo contrario se generaría indeseables vacíos normativos y un tratamiento inconveniente por desigual.

mismo acusó el peligro o estuvo obligado por una *especial posición jurídica.* Ejemplo: bomberos, policías, seguridad privada, etc. Sin embargo, se cuestiona el límite máximo del peligro que debe soportar el que se encuentra en una posición jurídica especial, porque ello podría significar hasta la pérdida de la vida [19].

1409. Especial posición del sujeto

En los casos de *desconocimiento de la situación de necesidad,* creemos que el sujeto es culpable porque el ámbito de autodeterminación permanece intacto, ya que la necesidad no influyó en su motivación. Diferente es la situación del sujeto que supone falsamente que se encuentra ante una situación de necesidad inexistente, para nosotros se trata de un *error de prohibición* (artículo 14, segundo párrafo, Código penal).

1410. Error sobre el estado de necesidad

§96. Miedo insuperable

El legislador peruano recepcionó esta eximente del numeral 10 del artículo 8 del derogado Código Penal español (figura que se mantiene como causa que exime la responsabilidad criminal en el artículo 20 numeral 6 del Código Penal español de 1995 que elimina la frase «*de un mal igual o mayor*»). Si bien una tendencia mayoritaria lo considera *causal de no exigibilidad de otra conducta* [20], existen otros autores que afirman que es una causa de justificación [21] o una causa de inimputabilidad [22]. Consideramos a la primera de las opciones la más adecuada, aunque existen autores que sostienen que se puede apreciar una base de una situación de necesidad [23], lo que haría superflua una regulación expresa de esta figura [24]. El Código Penal vigente lo señala como eximente de responsa-

1411. Miedo insuperable

[19] Cfr. Roxin, 1999, p. 222, num. 64.

[20] Bustos, 2004, I, p 1174; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 406; Mir Puig, 2004, p. 597, num. 20. *Vid.* Hurtado Pozo, 2005, p. 680, num. 1787.

[21] Gómez Benítez, 1987, p. 429; Gimbernat, 1979, p. 66.

[22] Córdoba Roda, Cuello Calón, Jiménez de Asúa. *Vid.* sobre dicha posición: Mir Puig, 2004, p. 597, num. 21.

[23] Cfr. Rodríguez Devesa, 1991, p. 648. De lo que aquí se trata, no son los casos de miedos patológicos (por neurosis o psicopatías) que producen anormalidades en la capacidad de culpabilidad de la persona, es decir, un supuesto de inimputabilidad, sino los casos de fuerte emoción que se produce por la «perspectiva de un mal» y el sujeto no se pueda motivar (Cfr. Mir Puig, 2004, p. 599, num. 25) con normalidad, porque padece miedo (Berdugo *et al.*, 1999, p. 264) y se reducen sus posibilidades de actuación a dos: ora soportar el mal que se amenaza, ora eludirlo con un acto punible.

[24] Bacigalupo, 2004, p. 383.

bilidad penal en el numeral 7 del artículo 20: «el que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor».

Jurisprudencia:

«Actúa compelido por miedo insuperable de un mal mayor quien entrega a terceros el dinero que tenía obligación de devolver, por haber sido amenazado de muerte con armas de fuego. Son requisitos que configuran dicha eximente: a) que, el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, lo que se patentiza en el hecho de que el acusado fue amenazado por cuatro sujetos, identificándose como miembros de Sendero Luminoso, premunidos de armas de fuego; b) debe ser insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio, siendo que en el caso que se analiza, el acusado tenía motivos suficientes para temer teniendo en cuenta que sus atacantes eran cuatros personas encapuchadas, que pertenecían a Sendero Luminoso, a lo que se debe agregar que el lugar donde se produjo el hecho había sufrido los embates de la indicada agrupación subversiva; y c) 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 ofrezca una amenaza de igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo, aspecto que se evidencia en el hecho que el acusado temía por su vida que resulta ser un bien jurídico prevalente» [25].

1412. Miedo

El «**miedo**» es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas no patológicas [26]. El miedo no debe entenderse como terror [27], pues tal privación de facultades en el autor podría originar un caso de inimputabilidad. El miedo al que nos referimos, aun afectando psíquicamente al autor, «le deja una opción o posibilidad de actuación» [28]. No siendo el miedo de origen patológico, debe ser producido por *estímulos externos* al agente.

Jurisprudencia:

«El miedo es la pérdida de la voluntad particular; es la inserción del ser de modo absoluto en ese sentimiento, no hay posibilidad de control. Al haber obrado el acusado bajo el peligro real y actual de ser aniquilado, se encuentra exento de responsabilidad penal a tenor de lo previsto por el inciso séptimo del artículo veinte del Código Penal» [29].

---

[25] Ejecutoria Suprema del 17 de junio de 1998, Exp. 1866-98 Sicuani-Cusco en ROJAS VARGAS, 1999, I, p. 155.

[26] GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 431.

[27] MIR PUIG, 2004, p. 598, num. 25.

[28] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 406.

[29] Sentencia del Tercer Tribunal Correccional de Junín del 16 de mayo de 1991. *Vid.* la crítica a esta sentencia en PAREDES VARGAS, 1993, p. 641. Esta sentencia exige que el miedo sea equivalente al terror y por tanto una causa de inimputabilidad. Paredes considera a esta tesis insostenible, pues en este caso se trataría de una exi-

El miedo debe ser *insuperable*, es decir, no dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar [30], pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Para evaluar la intensidad del miedo se podría tomar como referencia a la generalidad de los hombres[31], en el sentido de apreciar si hubieren resistido la amenaza en las condiciones particulares del autor, pero este parámetro es muy discutido [32].

1413. Insuperabilidad del miedo

También es debatido si el **mal** que amenaza al sujeto debe ser *real o no serlo* [33]. Parece recomendable realizar una apreciación de carácter subjetiva, pues «da lo mismo que el mal sea real o no para los efectos de una motivación (no se discute el problema del error de los conocimientos, sino de las motivaciones, de un estado emocional)» [34]. Además, no se aceptará la eximente si el miedo ha sido provocado por un acto lícito [35]. Ejemplo: captura policial.

1414. Realidad del mal

Además, debe tratarse de un *mal igual o mayor*. No siendo esta una causa de justificación, lo que habrá que evaluarse no es la proporcionalidad objetiva de los males sino una situación emocional insuperable para el sujeto de un mal igual o mayor. De *lege ferenda* es recomendable eliminar esta frase de manera que lo único que se exija para configurar la eximente sea la existencia del miedo [36]. Esta reforma permitiría «admitir supuestos de miedo insuperable en los que el mal amenazado sea imaginario, pues ya no hay que compararlo con el mal que efectivamente se provoca con el delito» [37]. En esta línea, el Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General de 2004 (artículo 20, numeral 7) elimina la expresión «un mal igual o mayor».

1415. Intensidad del mal

---

mente equivalente a la anomalía psíquica (inciso 1, artículo 20, Código penal) (Paredes Vargas, 2004, p. 752).

[30] Bustos, 2004, I, p. 1178.

[31] Cfr. Peña Cabrera, 1997, p. 418; Villa Stein, 2001, p. 459.

[32] Sin embargo, se critica la referencia al *hombre medio* (*vid. supra*: la jurisprudencia del núm. marg. 1411) pues conduce a la arbitrariedad. En este sentido, se habla de un *juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo*, que examine las características del individuo no en función a un hombre medio sino qué es lo que se puede esperar de la determinada persona en el caso específico frente a una situación de miedo. Se plantean así exigencias normativas referidas al mal amenazante y a la acción salvadora frente a ese mal (Paredes Vargas, 2004, pp. 757-763).

[33] Cfr. Rodríguez Devesa, 1991, p. 647.

[34] Bustos, 1989, p. 354. Cfr. Hurtado Pozo, 2005, p. 682, num. 1791.

[35] Hurtado Pozo, 2005, p. 682, num. 1792.

[36] *Vid.* Mir Puig, 2004, p. 599, num. 27. Cfr. Paredes Vargas, 2004, p. 764.

[37] Berdugo *et al.*, 1999, p. 265.

Jurisprudencia:

«No se configura el delito de colaboración con el terrorismo si la ayuda fue prestada con la conciencia y voluntad viciada por el miedo irresistible de sufrir un mal mayor» [38].

1416. Miedo y estado de necesidad

Se diferencia del *estado de necesidad disculpante* [39] en que el elemento del miedo es la razón de la excepción y no la situación objetiva del conflicto que surge de la decisión de sacrificar un determinado bien jurídico para salvaguardar otro de mayor interés para el interesado. Cabe apreciar esta eximente cuando el sujeto entra en pánico y no puede darse cuenta que había otras formas de resolver el conflicto [40].

Jurisprudencia que asimila ambas figuras:

«El disparar contra un grupo de personas que se acercaban y amenazaban de muerte, encontrándose en medio de una manifestación en donde se había producido actos violentos, constituye un supuesto de estado de necesidad exculpante y de miedo insuperable, por lo que el inculpado ha de ser absuelto» [41].

§97. Obediencia jerárquica

1417. Obediencia jerárquica

En cuanto a su *naturaleza jurídica* existen discrepancias entre los que afirman que se trata de una causa de justificación [42] y los que creen que es una causa de no exigibilidad (inculpabilidad). Creemos que esta última es la posición más aceptable [43]. Algunos autores acogen la posibilidad de obediencia jerárquica por atipicidad cuando de lo que se trata es de actuar en cumplimiento de un deber (artículo 20, numeral 8, Código

---

[38] Ejecutoria 268-94 Junín, Lima 6 de marzo de 1995 **en** INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 25.

[39] *Vid.* teorías sobre el miedo y el estado de necesidad como eximentes independientes en: PAREDES VARGAS, 2004, pp. 764 y ss.

[40] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 407.

[41] Ejecutoria 99-0025-191601-SP-02 Loreto **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 264.

[42] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ señala que debe descartarse la *vis* compulsiva (insuperable coacción ajena) pues se presenta más que nada en el estado de necesidad (2002, p. 407).

[43] «Así se garantiza mejor el principio de legalidad y la admisión de la legítima defensa y responsabilidad penal de los partícipes a nivel del subordinado» (PEÑA CABRERA, 1997, p. 504). Cfr. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO/UGAZ HEUDEBERT, 2004, p. 811.

penal) [44]. El Código Penal la prevé en el numeral 9 del artículo 20 donde precisa: «el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones». Dada la amplitud de la figura resulta necesario precisar algunos requisitos.

a. Relación de subordinación

1418. Relación de subordinación

El autor tiene que encontrarse sujeto a las relaciones de superior a inferior jerárquicos. Esto requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro. Esta relación sólo puede darse en el ámbito del derecho público y del derecho militar, pero no en las relaciones privadas laborales o familiares (v. gr. obediencia de los hijos a los padres) y en ellos no hay delito de desobediencia.

Jurisprudencia:

«Procede absolver a los soldados integrantes de una patrulla, quienes si bien estaban en la obligación de denunciar a sus superiores los hechos ilícitos de favorecimiento y facilitación del tráfico de drogas cometidos por determinados oficiales, cabe destacar que tal denuncia no pudo realizarse en razón a que los mismos involucrados eran sus superiores, a quienes debían respeto y obediencia según la normatividad castrense, habiendo sido incluso amenazados, presionados y coaccionados por dichos oficiales, bajo sanción de ser sometidos a la justicia militar; consecuentemente se encontraban sujetos a las relaciones de superior a inferior jerárquico, relación que se da en el derecho militar, donde las órdenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones, bajo sanción de ser sometidos a la justicia militar por delito de desobediencia; por lo que esta conducta se encuentra debidamente tipificada en el inciso noveno del artículo 20 del Código Penal» [45].

b. Competencia del superior jerárquico

1419. Competencia del superior jerárquico

La competencia se refiere a las funciones correspondientes al superior jerárquico y habrá que atender a lo que señala la respectiva regulación legal y reglamentaria. Ejemplo: un notario público no puede emitir una orden de detención.

---

[44] Cfr. Bustos, 1989, p. 222; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 728; Fernández Carrasquilla, 1989, II, p. 340; idem, 1998, I, p. 357.

[45] Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 9 de julio de 1996, Exp. 983-95 en Academia de la Magistratura, 2000, p. 367.

c. Obrar por obediencia

1420. Obediencia

Es necesario que el subordinado tenga competencia para ejecutar el acto ordenado. En virtud de la relación jerárquica, el subordinado se encuentra obligado a actuar, dentro de ciertos márgenes y respecto de ciertas materias.

d. La orden debe estar revestida de formalidades legales

1421. Orden legal

La orden tiene que reunir todos los requisitos que señala la ley o reglamentos desde un punto de vista formal. Cuando tales presupuestos no se hayan informado, la orden no obliga al infractor.

e. La orden debe ser antijurídica

Creemos que debe ser de esta manera, pues para eximir de pena por el cumplimiento de órdenes no es necesario ningún precepto legal expreso. Si la orden fuera formalmente ilegítima puede ser o no obligatorio su cumplimiento. Los casos en que lo sea, no lo determina el Derecho Penal sino el administrativo. En todo caso, aceptamos la posibilidad que el sujeto tiene que actuar con intención de cumplir una orden legítima. Si la

1422. Orden antijuridica

orden es manifiestamente ilegal o conoce la ilegalidad, responde por el hecho en concurso con el superior. La inexigibilidad se deriva del sistema de subordinación y disciplina a que el agente está sometido [46]. Para aceptar esta exención, el Anteproyecto de Ley del Código Penal de Parte General de 2004 (artículo 20, numeral 9) agrega el requisito de la no concurrencia de una orden manifiestamente ilegal en la obediencia jerárquica («salvo que la orden sea manifiestamente ilegal») [47].

1423. Superior como autor mediato

El hecho que la obediencia exima de pena al subordinado no excluye de responsabilidad al *superior jerárquico*, pues éste actúa como *autor mediato* si lo hizo con dolo (o simplemente como autor imprudente) [48].

1424. Legítima defensa frente a orden antijuridica

Si la orden del superior jerárquico es manifiestamente antijurídica, existe la posibilidad de actuar en *legítima defensa* contra esta orden. Los casos de error en los que el subordinado no se haya percatado de la antijuridicidad de la orden se tratarán bajo el error de prohibición [49].

---

[46] Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, p. 505.

[47] El Código de Justicia Militar y Policial 2006 se refiere a una orden «manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra» (art. 19 num. 8). *Vid.* DU PUIT 2002, pp. 254 y ss.

[48] En el Código Penal de 1924, se establecía una regla expresa de autoría mediata (artículo 86). En el Código Penal de 1991 vigente, resulta recomendable resolver usando las reglas generales de la autoría.

[49] Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, p. 508; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 407.

§98. Inexigibilidad por condicionamiento cultural y costumbres que no provienen de error

Nuestro Código Penal también considera el supuesto del *error de comprensión culturalmente condicionado* (artículo 15), sin embargo, para los casos en que el condicionamiento cultural o la costumbre no provenga de un error de parte del sujeto sino como especial motivación, creemos que también sería posible fundamentar la inexigibilidad en base al artículo 45 numeral 2 del Código Penal. No obstante ello, este artículo 45 no establece una expresa posibilidad de exención de pena sino que se deja a la discrecionalidad jurídicamente vinculada del juez sobre la base del principio de determinación de la pena [50]. También, el Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General del 2004 establece que al momento de individualizar la pena, deberá tenerse en cuenta la cultura del autor o partícipe (artículo 48, numeral 2).

1425. Inexigibilidad por cultural y costumbre que no provenga de error

§99. Inexigibilidad por carencias sociales

Es posible que el autor tenga condicionamiento originados por carencias sociales que hubiere sufrido, y a ello suele denominársele co-responsabilidad o **co-culpabilidad**. El Estado es el que determina qué conducta está prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además, siendo él quien prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son su producto [51]. Si bien es cierto, el sujeto es el que ha realizado el delito, no es su producto; «el delito» es «una construcción» [52]. Siendo el Estado el que determina lo que es delito, él es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo particular no delinca [53]. Esta es la idea de la co-culpabilidad del Estado. Si se parte del criterio, como lo hace nuestro Código Penal, que para imponer una pena el sujeto debe ser responsable, esto es que el sujeto pueda responder frente a tareas concretas que le exige el sistema, se entiende que el siste-

1426. Co-culpabilidad

[50] Prado Saldarriaga, 2000, pp. 100-101.

[51] Cfr. Bustos, 1982, p. 182.

[52] Cfr. Zaffaroni, 1986, I, pp. 21 y ss.

[53] *Vid.* Bustos, 1982, p. 184.

ma no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada [54]. La co-reponsabilidad o co-culpabilidad es la que debe cargar la sociedad, y se le descarga al autor, en razón de no haberle brindado las posibilidades [55] para responder frente a las tareas que le exige el sistema, para comportarse según las normas de convivencia social. La punibilidad deberá determinarse en función al artículo 45, numeral 1, del Código Penal que, sin embargo no señala una expresa exención.

1427. Inexigibilidad por carencias sociales

Así, en la exposición de motivos del Código Penal se afirma que de «esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad». El Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General del 2004 establece que al momento de individualizar la pena, deberá tenerse en cuenta las carencias sociales que hubiere sufrido el autor o partícipe (artículo 48, inciso 1).

Jurisprudencia:

«Es particularmente relevante, para la fundamentación de la pena, el principio de coculpabilidad, es decir, debe reconocerse la situación de postergación económica y cultural del procesado como un ingrediente de su conducta» [56].

---

[54] Cfr. BUSTOS, 1989, p. 327.

[55] *Vid.* ZAFFARONI, 1983, p. 314.

[56] Exp. 589-98-P/CAM Camaná en ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 151. Ya con anterioridad a la vigencia del Código Penal de 1991 la jurisprudencia había aceptado este criterio: *«Las conductas investigadas se encuentran dentro del contexto del problema social inherente a la explosión demográfica de Lima, donde la ausencia de políticas coherentes de vivienda y la pobreza, hacen que nutridos grupos de personas propicien un sin número de invasiones, las que luego son asentamientos humanos, pueblos jóvenes y, finalmente, parte vital de la desordenada ciudad»* (Exp. 88-94, Décimo Segundo Tribunal Correccional de Lima 1988).

Capítulo XVIII
IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS

Sumario: **§100.** Concepto. **§101.** Omisión propia y omisión impropia. **§102.** Imputación del delito de omisión propia. **§103.** Imputación del delito de omisión impropia. **§104.** Ampliación de la imputación **§105.** Imputación del delito de omisión imprudente.

Bibliografía

Enrique Bacigalupo: *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Temis, Bogotá 1983. / Nilo Batista: *Concurso da agentes*, Liber Juris, Rio de Janeiro 1979. / Heitor Costa Junior: *Teorías acerca da omisao*, en Revista de Direito penal e Criminología, Nº 33, Forense, Rio de Janeiro 1982. / Heleno Claudio Fragoso: *Crimes omissivos no directo brasileiro*, en Revista de Direito penal e Criminología, Nº 33, Forense, Rio de Janeiro 1982. / Edward García Navarro: *Lineamientos a la estructura del tipo de omisión impropia en la legislación peruana. Revisión a la propuesta del Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I nacional del derecho penal y criminología. Libro de Ponencias, UNMSM, Lima 2004. / Enrique Gimbernat Ordeig: *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003; idem, *La omisión impropia en la dogmática penal: una exposición*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 9, Gráfica Horizonte, Lima 2000; idem, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, en Ensayos Penales, Tecnos, Madrid 1999; idem, *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994. / Günther Jakobs: *Actuar y omitir*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005; idem, *Acción y omisión en derecho penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 74, Edersa, Madrid febrero-2002; idem, *La omisión: estado de la cuestión*, en Sobre el estado de la

teoría del delito, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, Madrid 2000. / GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ: *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000. / SUSANA HUERTA TOCILDO: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicación, Madrid 1987; IDEM, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 17, Madrid 1982; IDEM, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia 1997. / EVERARDO DA CUNHA LUNA: *O crime de omissao e a responsabilidade penal por omissao*, en Revista de Direito penal e Criminología, Nº 33, Forense, Rio de Janeiro 1982. / IVÁN MEINI MÉNDEZ: *Delitos omisivos de resultado*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *La comisión por omisión*, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional del derecho penal y criminología, T. I, UNMSM, Lima 2004; IDEM, *La comisión por omisión. A la vez, una interpretación alternativa al artículo 13 CP*, en Anuario de Derecho Penal. Monográfico sobre los «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Fondo Editorial PUCP, Lima 2003; IDEM, *Comisión por omisión e intervención omisiva*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima 2003. / ALCIDES MUNHOZ NETTO: *Os crimes omisos no Brasil* en Revista de Direito penal e Criminología, Nº 33, Forense, Rio de Janeiro 1982. / EDUARDO NOVOA MONREAL: *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires 1984. / JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES: *Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima 2001. / MARÍA ELOISA QUINTERO: *Delito impropio de omisión*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ: *El delito de omisión impropia*, Jurista Editores, Lima 2002. / GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid 1966. / CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA: *Límites de los delitos de comisión por omisión*, en Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio, Volumen I, Editorial Adrus, Arequipa 2004. / CLAUS ROXIN: *La causalidad en la omisión*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003; IDEM, *Injerencia e imputación objetiva*, en Nuevas formulaciones a las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Lerner-La Lectura, Córdoba 2001; IDEM, *En el límite entre comisión y omisión*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 1995. / WOLFGANG SCHÖNE: *Ação, omissão, conducta*, en Revista de Direito penal e Criminología, Nº 27, Forense, Rio de Janeiro 1980; IDEM, *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 1, Edersa, Madrid 1977. / JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima 2004; IDEM, *La regulación de la «comisión por omisión» en el nuevo Código Penal español*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 7-8, Año IV, Lima 1999; IDEM, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona 1986. / ESTEBAN SOLA RECHE: *Delitos de omisión pura y sistema del derecho penal*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / EBERHARD STRUENSEE: *Actuar y omitir, deberes de comisión y de omisión*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 3 Año II, Grijley, enero-junio, Lima 1994. / KLAUS TIEDEMANN: *Estado actual y tendencias de la ciencia jurídica penal y de la criminología en la República Federal Alemana*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 14, Edersa,

Madrid 1981. / Ángel Torio López: *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, fascículo III, setiembre-diciembre, MCMLXXXV, Madrid 1985. / Felipe A Villavicencio Terreros: *Delito de omisión*, **en** Debate Penal, Nº 2, Lima 1987. / Eugenio Raúl Zaffaroni: *Panorama atual da problemática da omissão*, **en** Revista de Direito Penal e Criminología, Nº 33, Forense, Rio de Janeiro 1982.

§100. Concepto

El Derecho Penal peruano reconoce la diferencia entre *acción* y *omisión* (artículo 11, Código Penal). Así como existen imputaciones dolosas e imprudentes que se realizan por comisión, también existen estructuras de imputación omisivas. Este tema presenta actualmente un gran interés y debate, por ser muy controvertido.

1428. Acción y omisión

Jurisprudencia:

«Nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión»[1].

Fuera de las descripciones típicas no existen omisiones penalmente relevantes sino sólo acciones [2]. La **omisión** es una forma *típica* de prohibir acciones [3]. Por ello, la omisión es un concepto de carácter *normativo* en referencia a una acción determinada y exigida en una situación social concreta siempre que el sujeto tenga capacidad psicofísica para esa acción [4]. Ejemplo: *omite* quien no presta auxilio inmediato a un herido que encuentra en una autopista (artículo 127, Código penal).

1429. Concepto normativo de omisión

La definición de omisión que se utiliza en el Derecho Penal, supone que no toda omisión deba ser sancionada penalmente. Ella se refiere sólo a determinados comportamientos evitables que lesionan bienes jurídicos [5]. La conducta pasiva siempre está referida a una acción determinada [6].

1430. Límites al concepto normativo de omisión

---

[1] Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999, Exp. 2528-99 Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, Nº 3, 2000, p. 358.

[2] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 544.

[3] *Loc. cit.*

[4] Bustos, 2004, I, pp. 974-975.

[5] Cfr. Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 217. *Vid.* Berdugo *et al.*, 1999, p. 177.

[6] Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 238.

Esto no quiere decir que estemos ante una definición negativa, sino más bien *limitativa* [7]. Se deduce de ello que el autor de la conducta omisiva debe encontrarse en condiciones de poder realizar la conducta activa, si no existe la posibilidad de acción no habrá omisión [8].

Jurisprudencia:

«La omisión social y jurídicamente relevante está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que estructuralmente los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico»[9].

En general, el Derecho Penal contiene tanto *normas prohibitivas* como *normas imperativas*: en las primeras, las conductas que las infrinjan consistirán en un hacer; en las segundas, las conductas que las afecten consistirán en un no hacer la acción que la norma ordena. La diferencia entre acción y omisión va a depender del criterio valorativo de los *objetos de referencia* que utilicemos para analizar la conducta humana. Así, lo que nos interesa ahora son las normas imperativas que contienen mandatos determinados que ordenan acciones y cuya infracción constituye la esencia de los delitos de omisión. Por consiguiente, siempre detrás de un delito de omisión hay un **mandato determinado** [10] («prestar auxilio», «avisar a la autoridad»: deber de mandato).

1431. Mandato determinado

1432. Tipos que equiparan acción y omisión

A veces el Código Penal contiene preceptos que equiparan en su texto la realización de un hecho con la omisión de otro [11]. Ejemplo: abuso de autoridad del funcionario público (artículo 376, Código penal), falsa declaración (artículo 409, Código penal), etc.

1433. Imputación común a la comisión y omisión

Sin embargo en la actualidad, y producto de la teoría negativa de la acción que propone que la posición de garante es un *elemento común* de los delitos de comisión y omisión, se origina una tendencia al abandono de

---

[7] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 322.

[8] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 238. Para generar un juicio de desaprobación en relación a una conducta omisiva, no basta solamente la comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado, es necesario que la omisión responda a una acción esperada (*loc. cit*). «De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al Ordenamiento jurídico-penal sólo le interesa aquella que espera que el sujeto haga, porque le impone el deber de realizarla» (*ibidem*, p. 239).

[9] Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999, Exp. 2528-99 Lima en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 3, 2000, p. 358.

[10] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 648; GIMBERNAT, 2003, p. 697.

[11] BACIGALUPO, 1984, p. 223; IDEM, 1987, p. 382; IDEM, 1998, p. 390; IDEM, 2004, p. 502.

su diferenciación [12]. El planteamiento más extremo diferencia la problemática de la imputación penal de las acciones y las omisiones según que los *deberes provengan de la organización personal* o de los *deberes en virtud de responsabilidad institucional* [13].

§101. Omisión propia y omisión impropia

1434. Formas de omisión

La doctrina dominante mantiene una clasificación bipartita de los delitos de omisión en propios e impropios [14].

a. Delito de omisión propia

1435. Delitos de omisión propia

Los delitos de **omisión propia** ya contienen un mandato de acción y se castigan por la simple infracción de dicho mandato. Por ello, los delitos de omisión propia son *delitos de mera actividad* [15]. La omisión propia está prevista expresamente en la ley penal. Ejemplo: omisión de prestar auxilio inmediato (artículo 127, Código penal), omisión legal de actos oficiales (artículo 377, Código penal), omisión de prestación de auxilio cometida por autoridad policial (artículo 378, Código penal).

b. Delito de omisión impropia

1436. Delitos de omisión impropia

Es la omisión que no se menciona expresamente en el tipo, el mismo que describe comportamientos activos, pero que, sin embargo, valorativamente resultan equivalentes, por lo que se autoriza su inclusión y su consecuen-

---

[12] Cfr. Bacigalupo, 2004, p. 513. García Cavero se refiere a «encontrar un criterio de imputación común a la conducta activa y omisiva» (2003, p. 309). Las últimas investigaciones científicas relativas a la comisión por omisión ya no consideran factible el intento de realizar una delimitación en forma precisa entre acción y omisión, *vid.* Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2002, p. 65 y ss.

[13] Jakobs, 1995, pp. 972 y 993.

[14] Jescheck/Weigend recomiendan delitos omisivos simples y calificados (2002, p. 653). Silva Sánchez, propone una tripartición de los delitos de omisión: *delito de omisión idénticos a la comisión activa* (comisión por omisión u omisión impropia), *delitos simples –propios– de omisión* y *delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa* (2004, p. 297). *Vid.* también Silva Sánchez, 1986, pp. 311 y 55. Gimbernat Ordeig, 2003, pp. 685 y ss.

[15] Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 240; Choclán Montalvo, **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, I, 361.

te sanción (artículo 13, Código penal). Ejemplo: el salvavidas que intencionalmente omite rescatar a otro quien circunstancialmente se está ahogando. Esta omisión es impropia y debe discutirse en el tipo de homicidio (artículo 106, Código penal, en relación al artículo 13). Así, no son delitos que cuentan con un tipo penal específico, sino son una posible modalidad en el tipo comisivo. Esencialmente, la omisión impropia supone punible no evitar el resultado pues **equivale** a la producción activa del mismo. Además, estos delitos exigen un deber especial de protección (**posición de garante**).

1437. Omisión impropia como delito de resultado

Para sancionar penalmente a los delitos de omisión impropia no basta la simple infracción de un mandato determinado, se requiere verificar si se lesionó o no el bien jurídico protegido, es por ello que los delitos de «*omisión impropia*» o «*comisión por omisión*» son *delitos de resultado* [16].

1438. Omisiones impropias tipificadas

Además, se pueden identificar **omisiones impropias tipificadas**, es decir, expresamente previstas por la ley y en las que el legislador describe explícitamente la omisión del garante al que se le imputa una afectación a un determinado bien jurídico (lesión o peligro), no siendo de aplicación el artículo 13 del Código Penal y ubicando su objeto de estudio en la parte especial. Ejemplo: el funcionario o servidor público –garante– que permite que otro use un bien perteneciente a la administración pública (artículo 388, Código penal).

1439. Terminología de la omisión impropia

En la doctrina nacional, la denominación usada para referirse a estos delitos no es uniforme, pues algunos autores utilizan la expresión «**comisión por omisión**» [17].

Jurisprudencia:

«No estando todos los comportamientos omisivos penalmente relevantes descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce la existencia de delitos omisivos impropios, o llamados también de comisión por omisión»[18].

---

[16] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 180; MIR PUIG, 2004, p. 312, num. 13. *Vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 231.

[17] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2002, p. 164; MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 441. La Exposición de Motivos del Código Penal también lo identifica con la denominación comisión por omisión. Situación diferente al Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 que utiliza en el artículo 13 la sumilla «omisión impropia». Esta última denominación también es usada: REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2002, p. 53; HURTADO POZO, 2005, p. 746.

[18] Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999, Exp. 2528-99 Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 3, 2000, p. 358.

Diferente es la llamada «**omisión por comisión**» cuya importancia ha sido reactualizada en la dogmática penal y que se caracteriza porque el obligado a actuar interviene de manera activa en el hecho con el propósito de impedir que la acción cumpla su objetivo de salvación del bien jurídico [19]. Ejemplo: el cajero del banco que se embriaga para no impedir que un compañero robe (*omissio libera in causa*), el que arroja un flotador a otro y luego se lo retira antes que esta lo haya alcanzado.

1440. Omisión por comisión

Con la incorporación en nuestro Código Penal de 1991 de una fórmula general (artículo 13) [20] que admite la omisión impropia de los tipos penales formulados en forma comisiva, se estaría superando la *problemática de la inconstitucionalidad* [21] de estas figuras en relación al principio de legalidad (artículo 2, inciso 20, literal d, Constitución). Además, se sostenía la posibilidad que fueran un peligro a la seguridad jurídica, al autorizar una intolerable extensión de los delitos que están redactados de manera comisiva [22]. Otros argumentaban a su favor que resulta casi imposible tipificar todos los supuestos en los que el agente se encuentra en la posición de garante que origine que su conducta, diferente a la esperada, sea equivalente a causar el resultado. Las fuentes usadas por el legislador para redactar esta fórmula legal fueron el parágrafo 12 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y el parágrafo 13 del StGB [23].

1441. Problemática de la inconstitucionalidad

En el derecho comparado, con el propósito de superar la señalada objeción (que estos delitos infringían el principio de legalidad) se propuso tres sistemas: un **sistema de cláusula sita en la parte general** (artículo 10, Código penal portugués; parágrafo 2 StGB Austria; parágrafo 13 StGB alemán) [24], un sistema de *numerus clausus* en la parte especial como sucede con la culpa [25], y un tercer sistema donde no es necesario la expresa mención de cláusulas generales en la parte general o específicas en la parte especial, siendo verificable los supuestos de omisión impropia en el plano normativo, bajo una identidad estructural, con los

1442. Técnica legislativa de la omisión impropia

---

[19] Cfr. Bacigalupo, 2004, p. 531: quien distingue tres clases de supuestos.

[20] Derecho Comparado: Código Penal español de 1995, artículo 11; Código Penal colombiano de 2000, artículo 25.

[21] Cfr. Bustos, 2004, I, p. 978. *Vid.* Novoa Monreal, 1984, pp. 179 y 55.

[22] Stratenwerth, 2005, p. 459, num. 13.

[23] Para Meini Méndez, «lo cierto es que ambos preceptos alemanes difieren sustancialmente del nacional» (2004c, p. 437).

[24] Cláusulas de equiparación múltiples. *Vid.* Huerta Tocildo, 1987, p. 149.

[25] Huerta Tocildo (1987, pp. 163 y ss.), considera recomendable el sistema de regulación en la parte especial.

supuestos que comportan una realización activa del tipo penal [26]. Como ya expresamos, nuestro Código Penal acoge el sistema de cláusula sita en la parte general.

§102. Imputación de la omisión propia

a. Imputación objetiva

1443. Imputación en el delito de omisión

La imputación de un delito omisivo es una operación inversa a la del delito de comisión. En el de comisión debe subsumirse la conducta realizada en la descrita por el tipo. En el delito de omisión, la tipicidad se comprueba demostrando que la conducta realizada no se subsume en la descripción de la acción ordenada.

1444. Elementos de la omisión propia

En principio, tienen aquí validez los criterios generales desarrollados para la imputación del tipo comisivo. En el tipo doloso de omisión propia se pueden distinguir tres elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo: situación típica generadora del deber, no realización de la conducta ordenada y capacidad para realizar la acción ordenada [27]. Estas categorías tienen como objetivo comprobar que la conducta realizada por el omitente no fue la mandada [28].

Jurisprudencia:

«La desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito doloso de omisión, el cual tiene tres requisitos que han de existir: a) una obligación o deber de actuación en el sujeto activo, b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación y c) la posibilidad de haberla cumplido. El no pago a un ex-trabajador, en cumplimiento de un pacto celebrado ante un juzgado laboral, al no tener posibilidad de realizarlo, no constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad» [29].

a.1. Situación típica

Se trata de la que genera el deber de realizar una determinada conducta. Se constituye como el presupuesto de hecho de donde se deriva el deber

---

[26] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 375.

[27] MIR PUIG, 2004, p. 315, num. 27; WELZEL, 1976, pp. 290-292.

[28] BACIGALUPO, 2004, p. 505.

[29] Exp. 1394-1998 Lambayeque, en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, p. 171.

de actuar una conducta determinada [30]. Generalmente, la situación típica está descrita íntegramente en la ley. Ejemplo: «encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro» (artículo 127, Código penal), «obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial» (artículo 149, Código Penal), «las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito» (artículo 407, Código penal). Esta situación típica representa siempre un peligro para un bien jurídico. Por lo tanto, deben comprobarse todas las características de la situación descrita por el tipo para que se pueda atribuir la omisión. La situación típica varía según cada tipo penal específico.

1445. Situación típica

a.2. No realización de la conducta ordenada

Como hemos afirmado, la omisión es ejecutar una conducta distinta de la ordenada. La omisión del obligado (*que puede ser cualquier persona*) podrá ir desde no hacer absolutamente nada hasta ejecutar cualquier otra conducta diferente de aquello que de él se esperaba [31]. En los delitos omisivos siempre hay una conducta ordenada que no realiza el agente; frecuentemente esta acción está típicamente descrita. Ejemplo: «*prestarle auxilio*» (artículo 127, Código penal), «*acto de su cargo*» (artículo 377, Código penal), «*prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente*» (artículo 378, Código penal). La comprobación de esta categoría se obtiene a través de la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Se habrá realizado la conducta ordenada cuando el obligado ha cumplido con el mandato ordenado o haya intentado seriamente su realización [32]. En conclusión, la omisión no es un simple «no hacer» sino que incluye realizar conductas distintas a la ordenada [33].

1446. No realización de conducta ordenada

a.3. Capacidad para realizar la acción ordenada

El sujeto obligado debe tener la capacidad psico-física de realizar la acción ordenada. No se puede ordenar lo físicamente imposible. Esta posi-

---

[30] Berdugo *et al.*, 1999, p. 179.

[31] Quintero Olivares, 2000, p. 371.

[32] Velásquez Velásquez, 2002, p. 330.

[33] Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional, incluso durante la vigencia del Código Penal de 1924. Así, la Ejecutoria Suprema del 19 de marzo de 1956 expresa que «incurre en abandono de persona en peligro, el chofer que no obstante advertir que el agraviado fue arrojado violentamente del caballo que cabal-

bilidad a su vez se determina de acuerdo a la situación típica y comprende a todos los individuos que se encuentren ante ella. Se requiere que concurran determinadas condiciones externas (cercanía espacial y temporal entre el sujeto y la situación típica) como internas (el autor cuente con los suficientes conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción) [34]. Se trata de un aspecto individual, referido sólo al autor concreto en cuanto a su fuerza física particular y a su posibilidad personal de advertir la presencia de la situación típica de poder actuar [35]. Esta capacidad existe incluso cuando el individuo no puede realizar la acción por sí mismo pero puede inducir a otro a que la haga [36]. Ejemplo: al discapacitado que está en la playa, observando que una persona se está ahogando, no se le puede exigir que lo auxilie personalmente, pero sí que llame al salvavidas.

1447. Capacidad para realizar acción ordenada

b. Imputación subjetiva

La atribución es al **dolo**. En realidad, puede comprenderse al dolo sobre la base de la conciencia y la voluntad de realización del delito omisivo. Generalmente, el sujeto es conciente de la situación típica y de su deber de actuar, y también decide omitir concientemente; el contenido de su voluntad responde a la no realización de la conducta ordenada. En estos casos, el suceso psicológico es, por lo menos, similar a la voluntad de realización de un delito de comisión doloso [37]. Ejemplo: El policía sobornado con una alta suma de dinero que no impide la fuga de un preso (artículo 414, Código penal). Las dificultades para generalizar este criterio se encuentran en los casos en que el autor de la omisión es totalmente indiferente o está de acuerdo con el resultado que amenaza producirse y, por ello, no necesita decidirse por la inactividad. Ejemplo: el tercero, quien observa un accidente y no tiene conciencia de prestar ayuda. Es evidente que aquí falta toda decisión y, por lo tanto, no hay voluntad de realización [38].

1448. Imputación subjetiva en la omisión propia

---

gaba, porque el animal, ante la presencia intempestiva del camión que manejaba el acusado, comenzó a corcovear, *no detuvo el vehículo ni prestó auxilio inmediato al accidentado* (artículo 183 del Código Penal de 1924 que prohibía y sancionaba conductas diferentes al auxilio inmediato al herido)» (cursivas nuestras).

[34] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 180.

[35] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 316.

[36] BUSTOS, 2004, I, pp. 982-983.

[37] STRATENWERTH, 2005, p. 481, num. 65.

[38] Se pretende superar esta dificultad por tres caminos: 1º aceptar el dolo en el delito omisivo sólo cuando el autor toma la decisión de permanecer inactivo (LAMPE,

A nuestro juicio, a fin de evitar esta dificultad, el *dolo* en el delito omisivo debe ser comprobado al nivel del *conocimiento*. Así, bastará que el sujeto tenga conciencia de la situación típica de la conducta que realiza, de su capacidad para actuar y de otras circunstancias típicas. Con ello, se mantiene en vigencia su mandato a realizar una conducta ordenada. Si bien es cierto que la decisión (voluntad) de omitir puede estar presente, no se exige la prueba de su existencia para aceptar el dolo. En definitiva, el dolo de la omisión tiene una estructura propia basada en el conocimiento: a) *conocimiento de la situación generadora del deber*; b) *conocimiento de la posibilidad de realizar la acción* (y en su caso, de evitar el resultado) [39]. Ejemplo: En el caso de la madre que descuida a su hijo por jugar a las cartas y éste sufre un grave perjuicio a su salud, es suficiente probar que ella tenía conocimientos mínimos y situacionales que «expone a peligro la vida o la salud del niño colocada bajo su dependencia, privándole de cuidados indispensables» (artículo 128, Código penal) que el orden jurídico le exige tener cuidado con su menor hijo y, además, ella sepa que tiene capacidad para cumplir ese mandato. Exigir la prueba de la voluntad resultará muy difícil y puede llevar a la impunidad todo delito de omisión, pues no es una voluntad realizada como ocurre en los delitos comisivos. También pueden presentarse *elementos subjetivos* del tipo omisivo diferentes del dolo que surgen particularmente en delitos propios de omisión.

1449. Dolo cognitivo en la omisión propia

b.1. Error de tipo

Se aplicará el artículo 14 del Código Penal cuando el sujeto omitente no tenga conocimiento de la situación generadora del deber o de la posibilidad de realizar la conducta ordenada de acuerdo a las circunstancias. Ejemplo: el sujeto que desconoce que la persona abandonada es incapaz de valerse por sí misma (artículo 125, Código penal). Si es un error invencible, se excluye la responsabilidad o la agravación; si el error es vencible, la omisión se castigará como imprudente cuando haya sido prevista como tal en la ley.

1450. Error de tipo en la omisión propia

MAYER). Aquí, el autor indiferente actúa sin dolo; 2º formular un concepto especial de dolo adaptándolo con el que es suficiente el conocimiento total de la situación (GRÜNDWALD, HARDWIG, JESCHECK). En este sentido, quedarán fuera del dolo aquellos casos en los que el autor, sea porque aprueba el resultado negativo o porque le es indiferente, ni siquiera toma conciencia de la posibilidad de intervenir favorablemente; 3º es contrario a la naturaleza del objeto exigir el dolo en los delitos de omisión (Armin KAUFMANN, WELZEL). Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 482, num. 66; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 556.

[39] BACIGALUPO, 1998, p. 412; QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 372. *Vid.* MUNHOZ NETTO, 1982, p. 15. También llamado **cuasidolo**.

§103. Imputación del delito de omisión impropia

1451. Omisión impropia como tipo abierto

El artículo 13 del Código Penal se refiere a la omisión que no se menciona expresamente en el tipo, el mismo que describe comportamientos activos, sin embargo, resultan equivalentes, por lo que se autoriza su inclusión. En estos delitos omisivos, la sanción se origina no porque el sujeto haya causado el resultado, sino porque no lo evitó. El delito de omisión impropia es una variedad de *tipo abierto*, pues requiere ser llenado interpretativamente por el juez mediante la búsqueda de elementos que fundamentan la posición de garante.

1452. Omisión impropia y tipo comisivo

Sobre la naturaleza de la omisión impropia, en relación al tipo comisivo, existen diversas posiciones: mientras algunos sostienen que comisión y omisión son tipos distintos, otros afirman que en realidad la realización de un injusto omisivo es tan igual como cuando se realiza mediante comisión y, por ejemplo, no sería necesario acudir al artículo 13 para sancionar el homicidio por omisión impropia pues ésta no descarta la omisión [40]. En este sentido, sería inexacto que el presupuesto para que exista un delito de omisión impropia es que el delito se encuentre redactado de manera comisiva [41].

a. Imputación objetiva

1453. Imputación objetiva en la omisión impropia

Los elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo en la omisión impropia son similares a los de la omisión propia, con algunas importantes particularidades como la problemática de la *posición de garante* y la *equivalencia.*

1454. Omisión impropia y delitos de propia mano

Se reconoce que todos los delitos comisivos pueden ser practicados por omisión excluyéndose sólo aquellos cuya acción típica supone, necesariamente, un comportamiento activo [42], ejemplo, delito de bigamia (artículo 139, Código penal), matrimonio con persona casada (artículo 140, Código penal); y restringidamente los *delitos de propia mano* (ejemplo: fal-

---

[40] En este sentido, lo único que la ley haría es distinguir entre delitos que sólo pueden ser realizados de manera activa (denuncia calumniosa, artículo 402, Código penal), delitos que únicamente pueden cometerse mediante comportamientos omisivos (omisión de auxilio, artículo 127, Código penal) y delitos que pueden realizarse indistintamente mediante comportamientos activos u omisivos (la mayoría de delitos contra la vida y lesiones) (MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 441).

[41] *Ibidem*, p. 442.

[42] FRAGOSO, 1985, p. 242.

so testimonio, artículo 409, Código penal) en los que, sin embargo, se admitiría la participación [43], ejemplo, será partícipe la persona que permite a un alcoholizado conducir su vehículo (artículo 274, Código penal).

a.1. Posición de garante

Se considera que el delito de omisión impropia es un *delito de infracción de deber*, es decir, se exige un deber especial del sujeto con el bien jurídico, sin embargo, esta afirmación no es categórica pues «una omisión punible no implica necesariamente un deber especial, ni, por tanto, un delito de infracción de deber, sino que en ciertas ocasiones tiene su origen en los deberes que surgen de las expectativas asociadas a toda persona (ciudadano) por el hecho de serlo. Puesto que toda persona, excepto los inimputables, pueden organizar con consecuencias jurídicas, también toda persona podrá ser autor –y no sólo unos pocos con un deber especial– de un delito común de omisión, cuando deba actuar para mantener indemnes las esferas jurídicas ajenas y no lo haga» [44]. Son garantes los individuos que asumen deberes específicos mencionados de acción para evitar que se genere el resultado típico [45]. Esto es lo que se denomina **posición de garante** y no es una característica exclusiva de la autoría de los delitos de omisión, pues en los delitos (omisión propia) en los que se exige evitar un resultado, el omitente también es garante, solo que el tipo legal describe la omisión y determina en qué condición concurre la posición del deber [46]. Este deber de impedir el resultado, sólo puede ser un deber jurídico pues no basta el simple *deber moral* [47].

1455. Posición de garante

Jurisprudencia:

«En el caso concreto del procesado se ha podido determinar que, en su condición de gerente general de la empresa acondicionó la discoteca «Utopía», sin las mínimas medidas de seguridad para iniciar su funcionamiento, pese a que en dicha calidad

---

[43] Bacigalupo, 2004, p. 526.

[44] Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2002, p. 81.

[45] Por ello, los delitos de omisión serían delitos de «infracción de un deber» (deber de garante) (Nagler en Silva Sánchez, 2004, p. 287). En este sentido, las omisiones impropias fueran entendidas como casos de omisión cualificadas por la importancia del deber (*Ibidem*).

[46] Gössel, 1984, p. 54.

[47] La Ley 26682 eliminó del texto del artículo 13, numeral 1 la frase «*deber moral*». Al respecto, comenta Peña Cabrera que «efectivamente, el deber moral no podía ser fuente de la posición de garante, ya que esto es algo subjetivo e impreciso que conculcaba el principio de legalidad, tan caro a este cuerpo legal» (1997, p. 532).

asumía una posición de garante respecto de una actividad que per se *no era peligrosa, pero que dentro de su situación concreta en que se desarrolló la fiesta «Zoo» generaba un aumento relevante del riesgo permitido»* [48]. *En otro caso: «La modalidad delictiva genérica de omisión impropia sólo se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendido como el deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro, por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostente dicho deber. El acusado no tenía a su cargo el deber jurídico de evitar la lesión del bien jurídico vulnerado o de proteger a la víctima frente al ataque antijurídico de terceros»* [49].

1456. Determinación de la calidad de garante

Una de las tareas más complejas de la parte general es la **determinación de la calidad de garante**. Inicialmente se utilizaba una clasificación formal basada en la ley, el contrato y en el hacer precedente (*teoría formal de la posición de garante*). Esta clasificación fue superada por otra material que considera tanto el contenido como los límites de la posición de garante, diferenciando entre: posición de garante en virtud de un deber de protección de determinados bienes jurídicos y posición de garante en virtud de supervigilancia de fuentes de peligro (*teoría de las funciones o material de la posición de garante*) [50]. Esta posición sigue siendo dominante.

1457. Posición de garante en Jakobs

En la dogmática moderna, JAKOBS viene proponiendo diferenciar deberes de garante en virtud de *responsabilidad por organización* (que corresponden a los *delitos de dominio*) [51], y por *responsabilidad institucional* (que corresponden a los *delitos de infracción del deber*) [52]. Esta clasificación guarda un cierto paralelismo con la clasificación material y no está exenta de inseguridades; está vinculada a la peculiar concepción de la teoría sobre la

---

[48] Sentencia de la primera sala penal para procesos con reos en cárcel del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004, fundamento décimo séptimo

[49] Ejecutoria Suprema del 18 de junio de 1998, Exp. 1384-98 Arequipa, en AA.VV., 2004, p. 460.

[50] «La principal crítica que se esboza contra esta forma de clasificar a las posiciones de garante –que es cierto la que asume de manera ampliamente mayoritaria la doctrina– es que la protección de un bien jurídico es la obligación de controlar los peligros que amenacen a dicho bien jurídico, y el control de una fuente de peligro es protección para quienes pueda lesionar dicha fuente de peligro (...) Ejemplo, el *contrato* de un médico con el hospital en el cual trabaja le obliga a cuidar la vida de una paciente terminal (protección de un bien jurídico), pero el domador de leones, en mérito de su *contrato* con el circo, está obligado a controlar una fuente de peligro» (MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 444). Es también la posición de garante del funcionario penitenciario que es tanto protección de bienes jurídicos del interno como de control del mismo como fuente de peligro (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 96).

[51] JAKOBS, 1995, pp. 970-971, num. 28. Sobre los *deberes en virtud de responsabilidad por organización: Vid. Ibidem.*, pp. 973 y ss.

[52] Sobre los *deberes en virtud de responsabilidad institucional, vid.* JAKOBS, 1995, pp. 994 y ss.

autoría y participación de este autor [53]; además, la responsabilidad que surge de la libertad de organizarse también tiene un fundamento institucional [54], sin embargo, precisa una base más firme para la equivalencia de la omisión con el tipo comisivo [55].

a.1.1. Injerencia (hecho precedente)

Quien ha creado con su conducta precedente una situación de peligro para un bien jurídico, tiene el deber de evitar que el peligro se convierta en lesión «so pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva» [56]. Ejemplo: el chofer de un automóvil que imprudentemente atropella a un peatón y, conociendo la posibilidad de su muerte, huye abandonándolo sin socorrerlo (omisión impropia en homicidio doloso, artículos 13 y 106, Código penal) [57] [58].

1458.
Injerencia

[53] «La reciente construcción de JAKOBS, que distingue entre posiciones de garantía por responsabilidad organizatoria (*Organisation zuständigkeit*) –que dan lugar sólo a participación del omitente– y las de responsabilidad institucional (*institutionelle Zuständigkeit*) –que dan lugar a la autoría– es, a mi juicio, expresión de la peculiar concepción de la teoría de la autoría y la participación, también en hechos comisivos, de este autor. Pero, en la práctica, una vez constatada en ella una mayor tendencia a afirmar la autoría del omitente, no existe especiales diferencias con respecto a las tesis anteriormente mencionadas» (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 119).

[54] «También los deberes en virtud de responsabilidad por organización se pueden entender como deberes en virtud de responsabilidad institucional, pero en un sentido inespecífico» (JAKOBS, 1995, p. 994, num. 57). SILVA SÁNCHEZ precisa que también se le pueden hacer reproche a JAKOBS: «En efecto, el caso que nos ocupa del funcionario de prisiones, tal como lo hemos concebido, es un claro ejemplo de mezcla de lo 'institucional' y lo 'organizatorio'. Pero el error se halla en pretender distinguir: pues, desde mi punto de vista, no hay ningún caso en que la mera infracción de un deber –por muy institucional que sea– pueda dar lugar a equivalencia. Al contrario, es siempre el compromiso efectivo de controlar determinados riesgos para determinados bienes jurídicos el que la genera» (2004, p. 119, cita 94).

[55] BACIGALUPO, 2004, p. 518.

[56] MIR PUIG, 2004, p. 323, num. 55.

[57] *Caso del vagabundo abandonado:* unos individuos entran a orinar por la noche en un inmueble en ruinas y, al incendiar un colchón de espuma para poder ver, advierten la presencia de un vagabundo. Le golpean reiteradamente y acaban por arrojarle desde un balcón. Más adelante, uno de ellos lanza inadvertidamente el colchón ardiendo al centro del patio, resultando que éste cae sobre el vagabundo. Los sujetos sólo se percatan de ello después, abandonando entonces el inmueble sin socorrer al vagabundo, que muere a consecuencia de quemaduras (no de las lesiones producidas en la caída del balcón (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998 en SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 20).

[58] En la legislación penal peruana existe una hipótesis diferente en el supuesto del sujeto que se aleja del lugar de un accidente automovilístico en el que ha tenido

En este ámbito de evitación en que la fuente de peligro llega a concretizarse en lesión de un bien ajeno, se identifica el deber de tomar determinadas medidas de seguridad (**deber de seguridad**), que se extiende tanto a las cosas como a las personas que se encuentran a cargo del omitente [59].

Este deber de garante que se deriva del actuar precedente peligroso se fundamenta en la prohibición de lesionar a otro (*neminem laede*) [60]. En este sentido, todo ciudadano tiene libertad para dirigir su conducta y actividad personales, pero con la contrapartida de responder por cualquier daño que se derive a los demás [61]. Se identifica un doble *efecto*: por un lado, la injerencia, generalmente, no puede obligar a la protección de determinados bienes jurídicos frente a toda clase de peligros; y, por otro lado, la posición de garante sólo puede ser reconocida respecto a aquellas lesiones a bienes jurídicos que representen la realización del peligro creado por la conducta previa [62].

1459. Efectos de la injerencia

1460. Actuar precedente voluntario

El actuar precedente debe ser voluntario (*consciente*), en el sentido de imputable a una persona [63]. «Es indudable que quien crea voluntariamente (conscientemente) el peligro, queda en posición de garante» [64].

1461. Actuar precedente por fuerza mayor, doloso e imprudente

Sobre la posición de garante, la doctrina advierte que no son comportamientos precedentes los *hechos fortuitos*. Sin embargo, sí se aceptan las conductas precedentes de *fuerza mayor, dolo* e *imprudencia*. En este sentido, algunos supuestos de hechos fortuitos como por ejemplo, un desastre natural, la conducta precedente puede estar dada por el cargo o función que el sujeto previamente asumió (policía, bombero), que le impone una manera de actuar determinada en esos casos [65].

---

parte y han resultado lesiones o muerte, para sustraerse a la identificación, eludir las comprobaciones necesarias o por razones atendibles omitiendo dar cuenta inmediata a la autoridad (artículo 408, Código penal).

[59] BACIGALUPO, 2004, p. 520.

[60] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 673.

[61] BACIGALUPO, 2004, p. 519.

[62] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 261.

[63] Para SILVA SÁNCHEZ el único actuar precedente que puede dar lugar a responsabilidad es el actuar precedente que implique un acto de organización voluntario (o intencionado), sin embargo, precisa que se trata de más casos que los comprendidos en la expresión actuar precedente doloso (2004, p. 253). Cfr. MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 447.

[64] MIR PUIG, 2004, p. 324, num. 59.

[65] MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 448.

También el actuar precedente puede fundarse en una conducta *adecuada a derecho* [66]. Si bien, tradicionalmente se afirma que se excluye una posición de garante de parte del que ha soportado una *legítima defensa* (conducta previa justificada); sin embargo, consideramos que lo que va más allá de esta conducta no estará cubierta por la justificación (abandonar al herido quien muere). De esta manera, se aceptará que se encuentra en posición de garante fundada en un hecho anterior de acuerdo a derecho, y esta postura «excluye toda desconsideración del agresor como persona» [67]. Empero, consideramos que no es aplicable el artículo 13 del Código Penal y, *de lege ferenda*, sería recomendable establecer una figura de *omisión de gravedad intermedia* [68] que no sea tan grave como el delito de omisión impropia y de mayor gravedad que la omisión propia (omisión de socorro). Así, sería posible introducir una agravante en el delito de omisión de socorro (artículo 126, Código penal) [69].

1462. Actuar precedente en legítima defensa

Cierta diferencia presenta el supuesto que el comportamiento precedente esté justificado por un *estado de necesidad* (v. gr. automovilista que para evitar un accidente mortal invade la acera lesionando un transeúnte y luego no consigue auxilio médico para este), pues el suceso no queda en el ámbito de la responsabilidad del transeúnte quien es completamente ajeno al origen del peligro [70]. En este supuesto habría que afirmar una figura de

1463. Actuar precedente en estado de necesidad

---

[66] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 150. Cfr. Meini Méndez, 2004c, p. 448.

[67] Bacigalupo, 2004, p. 521.

[68] Quizás en el sentido de los delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa a los que se refiere Silva Sánchez (2004, p. 297). Mir Puig plantea dos soluciones posibles: agravando la pena de la omisión pura o atenuando la comisión por omisión del delito de resultado correspondiente (2004, p. 326, num. 65).

[69] Este problema también tiene impacto en la determinación de la responsabilidad por el producto (V. gr. *Caso Lederspray*) –*vid. supra* num. 723–, pues se ha sostenido la responsabilidad por omisión impropia por injerencia derivada de una conducta previa conforme a derecho, a lo que se ha objetado que a falta del requisito de contrariedad al deber, el criterio de la injerencia perdería concreción y abarcaría de manera ilimitada a cualquier condición del resultado. De ahí que la única forma de mantener la imputación por omisión impropia sería considerar a la posición de garante derivada a los deberes de aseguramiento del tráfico, pero esta posibilidad también ha sido descartada pues sólo podría ser aceptable mientras el omitente tiene el dominio de la cosa, de ahí que sólo se le podría considerar responsable al agente de una omisión de deber de socorro (Gimbernat, 1999, pp. 318-321). *Vid.* la interesante discusión en la dogmática alemana, que incluso supone, prácticamente resucitar la responsabilidad por el resultado aproximándose peligrosamente a un *regressus in infinitum*, *ibidem*, pp. 323-324.

[70] A diferencia de la legítima defensa donde el agredido ha creado la situación de peligro para el agresor.

lesiones por omisión impropia. «La suposición, muy extendida en la doctrina alemana, de que sólo comportamientos precedentes *antijurídicos* pueden fundar una posición de garante, va demasiado lejos. Alguien puede actuar conforme a derecho y, sin embargo, tiene responsabilidad por la evitación de los perjuicios inminentes que se deriven de esa acción [71].

1464. Restricciones a la injerencia

Además, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que son determinantes para la imputación objetiva, ya antes desarrolladas y que significan **restricciones a la posición de garante por injerencia** [72]. *Primera*, habrá que negar la posición de garante si la conducta precedente no ha creado un riesgo jurídicamente relevante para la víctima (v. gr. si el invitado a una función de cine sufre previamente un accidente de tránsito, el que invita no se encuentra en posición de garante). *Segunda*, no hay posición de garante si el comportamiento precedente se mantiene dentro del riesgo permitido (v. gr. el sujeto que presta a otro un cuchillo con el que imprevistamente apuñaló a un tercero y luego huye del lugar sin atender al herido, no se encuentra en posición de garante). *Tercera*, no existe posición de garante si falta una relación de fin de protección entre el comportamiento precedente y el resultado inminente (v. gr. el propietario de una casa que de noche despierta ante los ruidos causado por el ladrón, y al bajar la escalera cae y se lesiona una pierna, y el ladrón se da a la fuga dejando al propietario mal herido sin ayudarlo, este último no asume posición de garante). *Cuarta*, no hay posición de garante si el peligro provocado por la conducta precedente queda únicamente en el ámbito de responsabilidad de la persona puesta en peligro (v. gr. quien suministra estupefacientes a otro no asume posición de garante por las lesiones a su salud que puedan surgir –autopuesta en peligro dolosa–).

1465. Omisión precedente

También existe la posibilidad de la **omisión precedente** que es próxima al actuar precedente y se presentaría cuando el sujeto realiza una omisión precedente imprudente (e incluso fortuita) y luego omite su *deber de amparo o auxilio* de manera dolosa [73]. Ejemplo: el que imprudentemente omite avisar a su invitado de los peligros que existen en su propiedad y luego dolosamente no asiste al herido, quien muere.

a.1.2. Deberes de aseguramiento

La posición de garante por deberes de aseguramiento se da frente a fuentes de peligro derivadas de objetos, animales o personas que se encuen-

---

[71] ROXIN, 2001, p. 154.

[72] ROXIN, 2001, pp. 144 y ss.

[73] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 255.

tran a cargo del omitente. Ejemplo: los responsables de construcciones que generen peligro, los dueños de animales peligrosos, los responsables de industrias peligrosas (minas u otras excavaciones de recursos naturales). Quien ejerce este dominio tiene el deber de prevenir los peligros tomando medidas de aseguramiento.

1466. Deberes de aseguramiento

En relación al deber de aseguramiento de conductas peligrosas de personas a cargo del omitente, en particular conductas delictivas, creemos que de lo que se trata es de una obligación de controlar una *específica peligrosidad* que encierre al vigilado [74]. Ejemplo: el encargado de vigilar a un delincuente de especial peligrosidad.

1467. Deberes de aseguramiento en personas

a.1.3. Deberes de salvación o auxilio

En el supuesto que los peligros creados por el omitente hayan alcanzado los bienes de otro o se encuentren próximos a ello, se genera el deber de auxilio o salvamento. Estos deberes actúan cuando los cursos causales peligrosos ya han salido del ámbito de organización y pueden haber alcanzado el de la víctima [75]. Ejemplo: medicinas adulteradas atentatorias a la salud que han sido vendidas y se encuentran almacenadas en la casa del consumidor o ya lo ha consumido y, ante ello, requiere de auxilio médico. No se trata de cumplir el auxilio por solidaridad, sino por asumir las consecuencias de su responsabilidad personal. «El ámbito de organización propio no se determina en estos casos a través de cosas o comportamiento, sino a través de las consecuencias de la relación con cosas y de las consecuencias del comportamiento, es decir, a través de los resultados delictivos potenciales» [76].

1468. Deberes de salvación y auxilio

a.1.4. Aceptación voluntaria de protección

En este supuesto una persona deposita su confianza en otra y ésta última la acepta. Así, el sujeto que decida cumplir la obligación de garantizar la protección o seguridad de un bien ajeno, determina la confianza en el titular del mismo para dejarlo a su cuidado. Se exige que exista una decisiva dependencia de quien acepta la protección y quien la recibe. En este sentido, no es posible fundar la responsabilidad en casos en que la persona protegida corra peligros mayores o deje de tomar precauciones.

1469. Aceptación voluntaria de protección

---

[74] Mir Puig, 2004, p. 327, num. 72.

[75] Jakobs, 1995, p. 981, num. 38.

[76] *Loc. cit.*

Como aceptación voluntaria de protección se comprende la idea del **contrato**, mediante el que el sujeto acepta un deber de garantía a favor de otra persona. Ejemplo: la enfermera que acepta a través de un contrato atender a un enfermo durante la noche. También es posible que un garante, mediante un contrato, traslade o delegue su deber a otra persona para que esta lo cumpla. Ejemplo: el sujeto que contrata a una niñera para que cuide al menor incapaz. Cabe aclarar que no es posible utilizar siempre las concepciones del Derecho Civil pues las valoraciones jurídico-penales sobre esta materia son diferentes [77]. Ejemplo: si existe un defecto formal en el contrato entre el padre y la enfermera de un paciente anciano que lo hace nulo (artículo 1411, Código civil), ello no quiere decir que la enfermera no se encuentre en posición de garante de la vida del anciano que se le ha confiado. Así, «la promesa no tiene por qué tener eficacia jurídica, sino que puede tratarse de prometer un favor cuyo cumplimiento no cabe demandar judicialmente; lo relevante no es el vínculo contractual, sino la conexión fáctica, de la que hay que responder, entre el ámbito de organización propio y uno ajeno. Por eso puede ser garante una persona sin plena capacidad negocial» [78].

1470. Contrato

Tampoco el deber de garante puede derivarse de cualquier situación contractual. De esta manera, no toda obligación legal (artículo 1132, Código civil), ni todo contrato en general (artículo 1351 y ss., Código civil), ni cualquier promesa unilateral (artículo 1956 y ss., Código civil) o responsabilidad extracontractual (artículo 1969 y ss., Código civil) pueden fundamentar un delito de omisión impropia. Los deberes contractuales sólo tienen rango de un deber de garantía cuando atribuyen al obligado especiales deberes de cuidado, vigilancia o protección, etc. De esta manera, existe un deber de garantía cuando se contratan los servicios de un guía de turismo en zonas peligrosas, maestros de escuelas, conductores de vehículos de transporte público o privado, guardianes, guardaespaldas, etc. Además, de manera excepcional, se considera que el deber de garante puede superar el tiempo de duración de la validez del contrato [79].

1471. Casos especiales de deberes contractuales

Sin embargo, no puede tratarse de un simple deber. Ejemplo: la simple probabilidad de denunciar o prometer ayuda no puede considerarse, bajo precisas circunstancias, un deber principal. Tampoco cualquier abandono de la posición de garante supone responsabilidad penal. Aquí puede estar presente el límite con una simple responsabilidad penal. La protec-

1472. Deber contractual

---

[77] STRATENWERTH, 2005, p. 463, num. 22. Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 257; MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 446.

[78] JAKOBS, 1995, p. 989, num. 48. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 671.

[79] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 671.

ción del bien jurídico tiene que haber estado realmente en manos del obligado. Ejemplo: el guía de turistas comunica que no podrá cumplir con su obligación y les recomienda que se abstengan de realizar por sí solos la excursión, sin embargo, ellos deciden realizar la travesía peligrosa y uno muere.

1473. Aceptación voluntaria unilateral

En definitiva, el contrato es sólo una de las formas de manifestación de la aceptación voluntaria [80]. También puede presentarse una **aceptación voluntaria unilateral de la protección**.

a.1.5. Relaciones familiares

1474. Relaciones familiares

Se trata de un supuesto de responsabilidad en sentido específico. Se considera que la relación familiar, como otras instituciones (*adopción, matrimonio, deberes estatales*, etc.), «sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias» [81].

1475. Origen legal de las relaciones familiares

El deber de garante en base a relaciones familiares puede originarse en normas jurídicas. Pero, en realidad, las relaciones familiares de cuidado sólo pueden precisarse en cada caso concreto. No es suficiente el carácter legal-formal, sino que será necesario exigir que la relación familiar de cuidado exista realmente. Otro problema es conocer a qué bienes jurídicos comprende el cuidado, si hipotéticamente abarcaría a toda clase de lesiones incluyendo las del propio sujeto susceptible del cuidado. De esto resulta necesaria una interpretación estrictamente restrictiva [82].

1476. Condiciones de las relaciones familiares

No cualquier tipo de relación genera automáticamente posición de garante. Para precisar la posición de garante se debe comprobar dos cuestiones: la *relación de dependencia* y el *contenido real de esa relación* existente entre el omitente y el pariente en el momento de la omisión [83]. El grado de dependencia se calificará de acuerdo al momento en que se produce la omisión. Ejemplo: deberes que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (artículos 287 y 418, Código civil), deberes del consejo de familia quienes velan por las personas e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre (artículo 619, Código civil), deberes entre cónyuges (artículo 288,

---

[80] Cfr. Berdugo *et al.*, 1999, p. 188.

[81] Jakobs, 1995, p. 994, num. 58.

[82] Bustos, 1984, p. 284, Mir Puig, 1985, p. 265.

[83] Cfr. Berdugo *et al.*, 1999, p. 186.

Código civil), deberes entre parientes en línea recta (artículo 423, Código civil), relaciones entre adoptante y adoptado (artículo 377, Código civil), y entre el padre y los hijos extramatrimoniales (artículo 387 y ss., Código civil), deberes de los hijos para con los padres (artículo 6, Constitución Política; artículo 474, Código civil).

1477. Delegación de deberes familiares

Entendemos que los deberes que se originen por relaciones familiares pueden ser *delegados*, pero en todo caso esta delegación será eficaz si el que asume la posición de garante satisface el estándar mínimo [84]. Temporalmente, los deberes del padre con el hijo, concluyen con la mayoría de edad del menor, sin embargo, puede continuar la posición de garante basada en la *especial confianza* [85]. Creemos que esta figura también se podrá aplicar para las relaciones entre hermanos y otros familiares.

a.1.6. Especial confianza

1478. Especial confianza

La posición de garante se fundamenta cuando el titular de un bien jurídico deposita su confianza en otro individuo, quien al aceptarla, se desplazan en él funciones de seguridad para con el bien o de cuidado de una fuente de peligro atentatorio a este [86]. El individuo entrega a otro sus bienes para su protección o acepta que dicho sujeto ingrese a su ámbito personal, basado en la confianza de que contará con la defensa y ayuda de éste. En este sentido, el campo de posición de garante por especial confianza incluye a las personas que requieren *cuidados especiales* en el hogar o en un centro hospitalario, asilo de ancianos, o incluso los casos de administración del patrimonio que pertenece a otra persona, siempre que el obligado acepte asumir la posición de garante con anterioridad a la situación de necesidad y lleve a cabo preparativos para el auxilio [87].

1479. Formas de especial confianza

La especial confianza aparece de dos maneras [88]: *Primera*, quien recibe la especial confianza ingresa a una relación que le atribuye la competencia de aseguramiento de un bien o enfrentamiento a un peligro: médicos [89],

---

[84] JAKOBS, 1995, p. 995, num. 60.

[85] *Ibidem*, num. 62.

[86] Cfr. BACIGALUPO, 2004, p. 524.

[87] Cfr. JAKOBS, 1995, p. 1001, num. 70.

[88] Confianza que fundamenta la competencia institucional y confianza que materializa la competencia institucional: GARCÍA CAVERO, 2004, p. 486. Cfr. JAKOBS, 1995, pp. 999 y ss.

[89] Sobre la responsabilidad penal del médico por omisión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, 2004, pp. 63-86.

bomberos voluntarios, etc. (*fundamenta la competencia*). *Segunda*, se presenta en supuestos en los que la competencia institucional es administrada por una organización y es preciso determinar al interior de la misma a quien le corresponde cumplir dicha competencia (especial confianza en el marco de servicios médicos, hospitales o centros de salud) (*materializa la competencia*).

1480. Relaciones de comunidad

La posición de garantía por **relaciones de comunidad** se refieren a la confianza especial que surge en el marco de la participación voluntaria de varias personas en una situación de peligro que genera un *deber de socorro* o *auxilio mutuos*, es decir, varias personas quienes están tácitamente obligadas a socorrerse entre sí [90]. Ejemplo: si en una expedición de andinistas uno de ellos se accidenta, los demás se encuentran en posición de garante respecto a él.

a.1.7. Deberes estatales

1481. Deberes estatales

Los deberes estatales expresados en las labores de los funcionarios o servidores públicos frente a los bienes particulares sometidos a su competencia, pueden también originar posición de garante. Así, ellos estarán en posición de garante respecto de las conductas vigiladas de los daños que estas puedan causar. Ejemplo: la responsabilidad de los superiores militares o policiales en relación a las conductas delictivas de sus subordinados o la del personal penitenciario en relación a las conductas peligrosas de los internos [91].

a.2. Equivalencia jurídica

1482. Equivalencia jurídica

La conducta omisiva del agente de impedir un resultado debe equipararse con su realización mediante una conducta activa. El artículo 13 del Código Penal así lo exige en su numeral 2: «*si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer*» [92]. En la doctrina se ha interpretado esta equivalencia con el desarrollo de la llamada *causalidad hipotética* y la *evitabilidad del resultado* (nexo de evitabilidad).

---

[90] Mir Puig, 2004, p. 322, num. 48.

[91] Sobre la responsabilidad de las diferentes clases de funcionarios penitenciarios, *vid.* Silva Sánchez, 2004, pp. 95-165.

[92] El artículo 11 del Código Penal español de 1995 expresa: «(...) equivalga, según el sentido del texto de la ley (...)». Para Silva Sánchez, lo decisivo para determinar cuál es el baremo de esta equivalencia es afirmar que «sólo concurre sus presupuestos cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados» (2004, p. 235).

Jurisprudencia:

«El artículo 13 establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, siendo preciso para ello constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia de un deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico, vale decir de un deber de garante»[93].

Es evidente que en los delitos omisivos, la conducta distinta de la ordenada no causa el resultado. No se puede exigir la causalidad física. En estos delitos no existe esa causalidad. Por ejemplo, no es posible que de una omisión entendida como la no existencia de una acción, pueda resultar algo como la muerte de una persona [94]. Ante estas dificultades, la doctrina ha desarrollado la llamada **«causalidad hipotética»** en el sentido que, aplicando la equivalencia de las condiciones: si se agrega mentalmente la acción mandada y el resultado desaparece quiere decir que la omisión es causal. No se trata de la causalidad real sino sólo de un procedimiento análogo [95]. Esta fórmula sólo nos da una referencia pues no sabemos con certeza absoluta si de realizar la conducta omitida, el resultado no se hubiera producido realmente. No creemos que baste una simple posibilidad, que en la realidad tiene el riesgo de una aplicación más rigurosa de los delitos omisivos impropios. Consideramos que debe exigirse un grado tal de probabilidad que linde con la seguridad [96] [97]. Esto es problemático, por lo que habrá que recurrir, en los casos dudosos, al principio *in dubio pro reo* (artículo 139, inciso 11, Constitución).

1483. Causalidad hipotética

Ante estas dificultades, consideramos que el criterio predominante es que el autor deba tener la capacidad suficiente de poder realizar la conducta que ha omitido, es decir, debe existir un **nexo de evitación** [98]. «El

---

[93] Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999, Exp. 2528-99 Lima en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 3, 2000, p. 358.

[94] GÖSSEL, 1984, p. 54.

[95] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 546. *Vid.* COUSIÑO, 1975, p. 390.

[96] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 667. BACIGALUPO, 2004, p. 516: *probabilidad rayana en la certeza.*

[97] Para REÁTEGUI SÁNCHEZ la «causalidad hipotética debe relativizarse, pues como toda hipótesis está sometida a cierta dosis de incertidumbre y para evitar que la responsabilidad de garantía del empresario se evapore completamente se recurrirá a criterios normativos propios de la imputación objetiva como es el del incremento del riesgo. Según esto, la tipicidad de la omisión impropia dependerá de la prueba, es decir, de la certeza –no de la hipótesis y de la alta probabilidad– de que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado. Si existieran dudas al respecto, el omitente no respondería por el resultado» (2002, p. 100).

[98] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 546. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 677. Para JAKOBS, el sujeto activo debe contar con una *capacidad en abstracto* para evitar el

nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva como el equivalente típico del nexo de causación, siendo ambos formas típicas de relevar la causalidad a efectos de individualizar la conducta prohibida» [99].

1484. Nexo de evitación

Esta *equivalencia* no sólo se determina en el marco de una equivalencia material, es preciso además que la omisión sea equivalente según el sentido del tipo penal [100]. La equivalencia es *jurídica* o valorativa, presentándose como un límite formal para la equivalencia material [101]. El hecho que el artículo 13 del Código Penal exija que la omisión deba *corresponder* con la realización del tipo penal mediante un hacer, significa que «el injusto específico de acción de la no evitación del resultado en los delitos con elementos especiales de la acción sólo puede corresponderse con el hacer positivo si el resultado se realiza aproximadamente como exige el tipo» [102], ejemplo, en la estafa mediante engaño, astucia o ardid (artículo 196, Código penal), o de forma que pueda ser equiparada valorativamente.

1485. Equivalencia jurídica o valorativa

A partir de esta exigencia de la equivalencia, es adecuado distinguir entre *omisiones idénticas y no idénticas* a la comisión activa [103]. Se acepta que existen casos de omisión que son realmente idénticos con la comisión. Ejemplo: la madre que omite amamantar a su hijo recién nacido dejándolo morir. Esto implica que la pena para el infractor, en estos casos, debería ser igual que la que corresponde para la comisión activa del resultado. Precisamente, la existencia de las omisiones no idénticas de la comisión activa fundamenta la existencia de la atenuante facultativa de la pena, que sin embargo no está exenta de críticas, pues puede ser contradictoria en términos dogmáticos y desacertada en términos político-criminales [104].

1486. Omisión idéntica y no idéntica a la comisión activa

---

resultado por medio de una acción. La capacidad abstracta se relaciona con un acto voluntario consistente en un movimiento físico «influible mediante motivación (causal del resultado) en el tipo objetivo del delito comisivo» (Jakobs, 1995, p. 956, num. 10).

[99] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 546.

[100] Quintero Olivares, 2000, pp. 376-377.

[101] Cfr. *Ibidem*, p. 377.

[102] Jescheck/Weigend, 2002, p. 678.

[103] Silva Sánchez, 2004, p. 292.

[104] *Ibidem*, p. 293. «Es dogmáticamente contradictorio porque de ese modo se niega automáticamente lo que se pretende afirmar: que se trata de omisiones equivalentes a la comisión activa. Como Schöne puso de manifiesto para el caso alemán, una vez superado por una omisión el filtro de la 'correspondencia' de la omisión con la comisión activa que exige el Código Penal de aquel país (*Entsprechungsklausel*), no hay razón para atenuar, por debajo del marco penal típico, la responsabilidad del sujeto

b. Imputación subjetiva

1487. Imputación subjetiva

En el delito de omisión impropia (como en el de omisión propia) el **dolo cognitivo** presenta características peculiares: conocimiento de la situación de garante y conocimiento de la posibilidad de evitar el resultado [105]. Es también admisible el **error de tipo** (artículo 14, Código penal). Ejemplo: el sujeto que desconoce su situación de garante (v. gr. no sabe que el niño es su hijo extramatrimonial). Resulta dificultosa en los casos concretos la configuración de los **otros elementos subjetivos** para el delito de omisión impropia [106].

§104. Ampliación de la imputación

a. Tentativa

1488. Tentativa de la omisión

Está fuera de cuestión el hecho que en el delito de omisión se dan situaciones que corresponden a la tentativa del delito de comisión [107]. Ejemplo: el sujeto que nada hace ante un peligro que resulta oportunamente eliminado por la intervención de un tercero. Si partimos del peligro de cuya neutralización se trata, se presenta una situación parecida al delito de comisión: «La tentativa comienza cuando, en caso de (ulterior) demora en intervenir en pos de un salvamento aumenta el peligro (real o supuesto por el autor) de producción del resultado; ella estaría acaba-

---

que la comete. Desde un punto de vista político-criminal es desacertado, porque con ello se conforma una coartada para la extensión de la responsabilidad a título de omisión impropia. En efecto, en la praxis judicial existirá sin duda la tendencia a ampliar los casos de comisión por omisión punible, al tener la vía de salida de una penalidad menos grave» (*ibidem*, pp. 293-294).

[105] Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 330, num. 82. *Vid. supra*. núm. marg. 1449.

[106] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 333.

[107] STRATENWERTH, 2005, p. 489, num. 2. JAKOBS, 1995, p. 1031, num. 113. Otra tendencia considera que como en la omisión no hay dolo, tampoco existe tentativa de omisión. Se trataría en realidad de la «omisión de la tentativa de ejecutar la acción mandada» (WELZEL, 1976, p. 284) y en los delitos de omisión impropia, «se trata de la omisión de la tentativa de impedir el resultado» (*ibidem*, p, 304). «Este omitir la tentativa de impedir el resultado corresponde a la tentativa acabada de comisión; la «tentativa de omisión» comienza (y termina) en el momento en que el obligado a más tardar debería haberla emprendido, si de acuerdo a su representación habría sido exitosa» (*ibidem*, p. 305). En el mismo sentido, BACIGALUPO, 2004, p. 531 cita a Armin KAUFMANN (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*).

da cuando quien permanece inactivo ha desaprovechado la última chance (presunta) de una intervención salvadora, y el resultado aun así no se produce» [108].

1489. Desistimiento de la omisión

En este sentido, es perfectamente posible el **desistimiento** en tentativa inacabada y en tentativa acabada (artículo 18, Código penal) como las interrupciones externas.

1490. Tentativa inidónea de la omisión

Se acepta la **tentativa inidónea** (artículo 17, Código penal) cuando, por ejemplo, el agente ha supuesto erróneamente que el bien jurídico que debe proteger se encuentra en peligro ante lo que permanece inactivo [109]. Aquí no se aprecia un resultado de peligro y, además, no sería posible realizar la apreciación del juicio de equivalencia tal como lo establece el artículo 13, lo que implica la impunidad de esta forma de tentativa [110].

b. Autoría y participación

1491. Autoría de la omisión

Es necesario referirnos previamente a la autoría. El criterio del **dominio del hecho** no cumple función alguna [111] en los delitos de omisión en los que el autor no ejecuta la conducta ordenada. «El omitir como tal no transmite ningún dominio sobre el curso del acontecer. Sólo presupone la posibilidad de influir en él (...). Básicamente, autor es justamente aquel que no ejerce este dominio potencial –en contra de su deber de actuar–» [112].

1492. Coautoría y autoría mediata de la omisión

Tratándose de delitos de infracción de deber, es perfectamente posible la **coautoría por omisión** [113] allí donde existe un deber común. Ejemplo: dos funcionarios penitenciarios que se ponen de acuerdo para permanecer impasibles ante la fuga de un interno. Por el contrario, no se acepta la

---

[108] Stratenwerth, 2005, p. 490, num. 6. Para Jakobs, «en el delito de omisión la tentativa es inacabada cuando no se modifica en su clase y medida el riesgo de fracaso de la salvación existente al comenzar la tentativa, y acabada cuando tal modificación se da completamente –de modo revocable o irrevocable–» (1995, p. 1032, num. 116).

[109] Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, I, p. 374. Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 686; Gómez Benítez, 1987, p. 582. Dif. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 814.

[110] Cfr. Silva Sánchez, 2004, p. 263.

[111] Roxin, 1998, p. 499: «el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de un deber de evitar el resultado».

[112] Stratenwerth, 2005, p. 491, num. 7.

[113] Roxin, 1998, p. 507. Cfr. Stratenwerth, 2005, p. 495, num. 15; Meini Méndez, 2004c, p. 455.

autoría mediata por omisión. En el supuesto del que aplicando fuerza física irresistible sobre otro, impide que este último realice la acción de salvamento, se da sólo la acción positiva del que impide realizar la acción mandada y de esta manera lesiona al bien jurídico [114].

En relación a la **participación**, es posible diferenciar dos situaciones: participación por omisión y participación por acción en un delito de omisión: *Primero, participación por omisión en un delito de comisión.* La teoría predominante no acepta la **instigación por omisión** debido a que mediante la omisión no se crea la decisión de cometer el delito en el autor, sino que sólo no se impide que la decisión aparezca [115]. *Segundo, participación por acción en un delito de omisión.* La instigación al delito omisivo debe ser más propiamente llamada **disuasión**. A través de ella, el interfiriente procura, precisamente al contrario de lo que sucede en la instigación a los delitos de comisión, obtener que el obligado no actúe, no observe el mandato de actuar. Si la disuasión corresponde a una participación en delito omisivo o si debe ser considerada en la perspectiva de un delito de comisión, es un asunto extremadamente controvertido [116].

1493. Instigación por omisión. Disuación

1494. Complicidad por omisión

La **complicidad** omisiva en el delito comisivo es aceptada. En la doctrina, los autores que admiten la complicidad activa en un delito omisivo se circunscriben a la llamada **complicidad psíquica** [117].

§105. Imputación de la omisión imprudente

1495. Imputación de la omisión imprudente

El tipo de omisión imprudente coincide casi en su totalidad con la estructura de comisión culposa, salvo que aquí no se infringe el cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de una acción ordenada [118]. La falta del cuidado debido se puede referir al conocimiento de la situación típica, la falta de cuidado en la ejecución mandada, la comprobación de la propia posibilidad psico-física de realizar la conducta ordena-

---

[114] BACIGALUPO, 2004, p. 529. *Vid.* ROXIN, 1998, p. 510 (un supuesto de genuino dominio del hecho).

[115] Cfr. HURTADO POZO, 2005, p. 769, num. 1983. MEINI MÉNDEZ, 2004c, p. 458.

[116] BATISTA, 1979, p. 66. A la primera se afilian ROXIN, SCHÖNKE-SCHRÖDER, JESCHECK; a la segunda: WELZEL, KAUFFMAN y BACIGALUPO.

[117] Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 415; IDEM, 2004, pp. 530-531.

[118] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 334.

da, falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante [119]. Los conceptos de posición de garante pueden coincidir, aunque no necesariamente, con la falta del deber de cuidado [120]. En los delitos de *omisión propia* también se puede sancionar la conducta imprudente. Al igual que en los delitos imprudentes de omisión, el acento se ubica en la infracción al deber de cuidado objetivo. En los delitos de *omisión impropia*, creemos también posible se presente la falta de cuidado debido en relación al deber de garante del sujeto. En la actualidad, los delitos de omisión imprudente se vienen presentando como el nuevo paradigma del concepto de delito [121].

[119] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 557. Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 241.

[120] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 334.

[121] *Vid. supra.* núm. marg. 653.

Capítulo XIX
CONCURSO DE DELITOS

Sumario: §106. Introducción. **§107.** Unidad de acciones. **§108.** Supuestos de unidad de acción. **§109.** El delito continuado. **§110.** Concurso ideal. **§111.** Concurso real. **§112.** Unidad de leyes (Concurso aparente de leyes).

Bibliografía

Miguel Angel Arce Aggeo: *Concurso de delitos en materia penal*, Buenos Aires 1996. / Nilo Batista: *Concurso de agentes*, Liber Juris, Rio de Janeiro 1979. / Ángel Calderón Cerezo: *Unidad y pluralidad de delitos*, Consejo General del Poder Judicial, Cuaderno de Derecho Judicial, Madrid 1995. / Rocío Cantarero Bandrés: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona 1990. / Nuria Castillo Nicas: *El concurso de normas penales*, Comares, Granada 2002. / María Castiñeira: *El delito continuado*, Bosch, Barcelona 1977. / José Antonio Choclán Montalvo: *El delito continuado en la teoría del concurso*, Marcial Pons, Madrid 1997. / Antonio Cuerda Riezu: *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid 1992. / Giácomo Delitala: *Delito continuado y cosa juzgada en el Código Penal vigente y en el proyecto del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 81, Edersa, octubre, Madrid 2003. / Juan Fernández Carrasquilla: *El delito continuado*, Temis, Bogotá 1984. / Ramón García Albero: *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona 1995. / Lorenzo Morillas Cueva: *La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código Penal*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / Carlos Santiago Nino: *El concurso en el derecho penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, Astrea, Buenos Aires 1972. / Enrique Peñaranda Ramos: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Cuadernos Civitas, Madrid 1991. / Miguel Polaino Navarrete: *Notas sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previstos en regla segunda del artículo 70 del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 13, Edersa, Madrid 1981. / Víctor Prado Saldarriaga: *Las consecuencias jurídicas del*

delito en el Perú, Gaceta Jurídica, Lima 2000. / YESID REYES ALVARADO: *El concurso de delitos*, Editorial Reyes Echandía Abogados, Bogotá 1990. / LUIS ROMERO SOTO: *Concurso aparente de leyes: hechos copenados*, Temis, Bogotá 1993. / CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, Volumen 1, 1ª ed., 2ª reimp., Grijley, Lima 2001. / ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN: *El concurso de delitos (Aspectos de política legislativa)*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1986. / FELIPE A. VILLAVICENCIO TERREROS: *Concurso de delitos y concurso aparente de leyes*, en Estudios Penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima 2003.

§106. Introducción

1496. Concurso aparente de leyes y concurso de delitos

La adecuación de una conducta a un tipo legal exige establecer previamente si existe una relación entre diversos tipos aplicables (**concurso aparente de leyes**), y determinar si hay unidad o pluralidad de acciones realizadas (**concurso de delitos**).

1497. Concurso de delitos

Así, los concursos de delitos son casos de concurrencia de tipos penales sin que ninguno excluya al otro –como en el caso del concurso aparente de leyes–, en los que se afectan diferentes normas penales [1]. Estamos ante un **concurso ideal** de delitos cuando concurre un hecho y varios delitos. En cambio, en el **concurso real** de delitos se produce una pluralidad de acciones y de delitos. Además, existen **delitos continuados** y los **delitos masa** cuando se presenta una variedad de acciones y una unidad de delitos.

1498. Ubicación sistemática del concurso de delitos

Se ha debatido mucho en torno a la **ubicación sistemática** de estas figuras concursales. Se identifican dos lugares para su estudio: la teoría del delito o la teoría de la pena (posiciones monistas). La teoría dominante considera mejor la ubicación dentro de ambas teorías (posiciones dualistas) [2]. En la legislación comparada se le identifica indistintamente en la teoría de la pena, en capítulos de la parte general, en disposiciones independientes, otros al regular la responsabilidad penal o en las reglas de aplicación de la pena [3]. En la legislación nacional [4] se le ubica

---

[1] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 474.

[2] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 48.

[3] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 468. El Código Penal colombiano de 2000 lo trata en el título dedicado al hecho punible; el Código Penal español de 1995 en el Título: De las Penas, en el Capítulo: La Aplicación de las Penas.

[4] Sobre la pluralidad de fuentes utilizadas por el legislador nacional para la elaboración de las normas del concurso en el Código Penal de 1991, *vid.* HURTADO POZO, 2005, p. 918, num. 2351 y ss.

en un capítulo dedicado a la aplicación de la pena en la parte general, precisando normas sobre el concurso ideal de delitos (artículo 48, Código penal), el concurso real de delitos (artículo 50, Código penal), concurso real retrospectivo de delitos (artículo 51, Código penal), delito continuado y delito masa (artículo 49, Código penal). Como veremos más adelante la problemática político-criminal de estas figuras la encontraremos en el terreno de la determinación de la pena.

§107. Unidad de acciones

Establecer el criterio para decidir cuándo existe unidad y pluralidad de acciones, ha sido una tarea de larga elaboración doctrinal. Así, con un origen naturalístico, se afirmó un concepto de unidad de acción basado en el **número de inervaciones musculares**. En realidad, si se trata de una decisión de acción y un solo movimiento corporal, no existe dificultad para afirmar la unidad de acción [5]. Sin embargo, este concepto carecería de sentido jurídico y utilidad si se dividen las diferentes inervaciones musculares. Ejemplo: el agente decide lesionar a otro y le infiere cincuenta puñaladas con un arma blanca. No se trata de igual número de «acciones» [6].

1499. Unidad de acción por inervaciones musculares

Otro camino que la doctrina ha abandonado es el de identificar el **número de resultados**, que en verdad tampoco nos informa sobre la unidad de acción ni el número de tipos que concurren, pues una pluralidad de los mismos puede ser provocada por una decisión y constituir *una acción*. Ejemplo: con una determinación de matar a una persona, se victima a diez acompañantes.

1500. Unidad de acción por el número de resultados

También se ha propuesto determinar la unidad o pluralidad de acciones en base al **número de tipos realizados**, es decir, si la acción desarrollada por el sujeto resulta encuadrable en un solo tipo penal estaremos ante unidad de acción y sólo cuando la actividad sea comprendida en varias descripciones típicas podría hablarse de pluralidad de acciones [7]. Ejemplo: el que lesiona a otro con el propósito de matarlo. Tanto la lesión como la muerte son dos acciones que cuentan con tipos penales independientes, sin embargo, no se trata de pluralidad de acciones.

1501. Unidad de acción por el número de tipos realizados

Además, se ha acudido al criterio de la **unidad de acción natural**, que apelando a la **«concepción natural de la vida»**, que plantea que se está ante una acción, si distintos actos de carácter parcial están guiados por una unidad de voluntad y conectados espacial y temporalmente, de manera tan estrecha, que sean percibidos como una unidad por un observador ajeno [8]. Ejemplo: habría unidad de acción en el caso de la violación que tiene lugar inmediatamente después del robo y, pluralidad de accio-

1502. Unidad de acción natural

---

[5] *Vid.* Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 486.

[6] Welzel, 1976, p. 308. Velásquez Velásquez, 2002, p. 469.

[7] Reyes Alvarado, 1990, p. 40.

[8] Cfr. Jescheck/Weigend, 2002, p. 735; Mir Puig, 2004, p. 633, num. 5; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 821.

nes, en el caso de las conductas abortivas realizadas sobre la misma mujer en diferentes momentos. Sin embargo, se afirma que esta fórmula «no conduce a ningún lado sino que, más bien, oculta las verdaderas razones para la aceptación de la existencia de una acción como objeto del enjuiciamiento» [9]. «Lo cierto es que el pretendido concepto de unidad por la natural concepción de la vida ha sido una fórmula hueca, que quedó vacía de contenido porque la jurisprudencia alemana no la usó en un sentido único sino en varios sentidos distintos, lo que la hizo prácticamente inútil» [10].

1503. Criterio óntico-normativo

Otro criterio es el denominado **óntico-normativo** que limita, en base a datos ónticos, al Derecho Penal para establecer la unidad y pluralidad de acciones. Así, debe examinarse tanto la finalidad concreta trazada por el autor (factor final), como el tipo penal correspondiente (factor normativo), siendo el primero el fundamental. En el *factor final* [11], se identifica a la voluntad que dirige y da sentido a una pluralidad de conductas físicas aisladas [12], orientada hacia una finalidad, conforme a la apreciación objetiva de una observación temporal y la experiencia de vida [13]. Ejemplo: para hurtar se averigua la rutina de la víctima, se busca un cómplice, calcula los inconvenientes y luego se sustrae y se apodera del bien. También se puede recurrir al criterio que la unidad de acción como conjunto de actos físicos finalmente ordenados, obedecen a un plan común de agente. Por eso se dice que la unidad de plan y la unidad de resolución son requisitos de la unidad de acción y configuran el factor final [14]. El *factor normativo* es la estructura del tipo delictivo en cada caso particular, y constituye una valoración jurídica que nos informa cuándo, una única resolución, que da sentido final a varios movimientos físicos, es considerada como unidad de acción por el tipo penal [15]. En realidad, una pluralidad de movimientos corporales sólo puede tener un sentido de unidad de acción si el enjuiciamiento social le da esa característica y encarga al Derecho Penal expresarlo en tipos legales. En esta posición no corresponde conceder prioridad a alguno de los dos factores, pues son indispensables, aunque, se reconoce que el verdadero problema jurídico es el factor normativo.

1504. Unidad jurídica de acción

En un sentido diferente, se formula la idea de la **unidad jurídica de acción** que es una unidad determinada desde una interpretación jurídico-penal y que existe cuando se da unidad subjetiva y unidad en la ejecución del comportamiento típico [16]. La *unidad subjetiva*, en «la unidad de acción se da sólo cuando el autor pretende desde el principio una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente como

---

[9] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 765.

[10] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 821. Cfr. JAKOBS, 1995, p. 1091, num. 36-37.

[11] Al *factor final* otros lo denominan *unidad natural* cuidando distinguirlo de la *natural de concepción de la vida* y otros lo llaman *unidad simple* (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 822).

[12] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 486.

[13] VILLA STEIN, 1998, p. 438.

[14] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 822.

[15] HURTADO POZO, 1987, p. 571. Cfr. 2005, p. 925, num. 2369.

[16] JAKOBS, 1995, p. 1077, num. 7; GARCÍA CAVERO, 2004, p. 762.

muy tarde durante la ejecución del comportamiento precedente» [17]. En cuanto a la *unidad de la ejecución*, «una unidad de acción 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 del subsiguiente, tanto si vincula con el acto una representación del resultado (en el dolo) como si no (en la imprudencia)» [18].

1505. Unidad de acción en base a criterios normativos

Todo indica que el criterio más aconsejable para valorar la unidad de acción es el **normativo o jurídico** [19], en el que lo fundamental es el sentido que corresponde al tipo penal infringido. En el Derecho Penal peruano se debate entre la determinación de la unidad de acción en base a límites óntico-jurídicos o a la determinación en base a criterios normativos [20].

1506. Unidad de acción y teoría de la acción

Además, existe cierto consenso en que el concepto de *unidad de acción* del que se habla en esta teoría del concurso no coincide con el concepto de acción de la teoría del delito. «En este último sentido sólo se delimitan los presupuestos mínimos que tiene que cumplir un comportamiento humano para poder valer como 'acción' en sentido jurídico-penal y en el 'cómo' puede operar esto se dividen las diversas teoría de la acción. Sin embargo, si un determinado complejo de comportamiento se presenta como una acción o varias es una cuestión para cuya solución no ofrecen apenas ayuda ninguna de dichas teorías» [21].

§108. Supuestos de unidad de acción

1507. Pluralidad de movimientos

El tipo penal requiere la realización de *pluralidad de movimientos*. Ejemplo: violación sexual (artículo 170, Código penal): violencia o grave amenaza, acceso carnal por vía vaginal.

1508. Delito subsecuente como elemento subjetivo

También hay unidad de acción cuando la *ejecución de un segundo tipo legal aparece como un elemento subjetivo del primero*. No es posible hacer una división de dos conductas diferentes y ello impide considerarlo como dos de-

---

[17] Jakobs, 1995, p. 1077, num. 8.

[18] Jakobs, 1995, p. 1078, num. 10.

[19] Jescheck/Weigend, 2002, p. 766; Mir Puig, 2004, p. 633, num. 6; Guinarte Cabada, **en** AA.VV., 2003c, p. 180.

[20] A favor del factor final y el factor normativo: Bramont Arias, Luis A./Bramont-Arias Torres, Luis A., 2001, p. 256; Bramont-Arias Torres, L. M., 2000, p. 292. A favor de la posición normativa: Peña Cabrera, Raúl, 1997, p. 540; Peña Cabrera, Alonso R., 2004, p. 369; García Cavero, 2003, p. 762. Hurtado Pozo (1987, p. 571) utiliza un criterio normativo y junto a él considera una perspectiva objetiva determinada por la subjetividad del agente y el contexto tempo-espacial en el que se desarrolla el comportamiento, pero agrega que el cuadro normativo del tipo legal es determinante. Cfr. *ibidem*, 2005, num. 2366-2377.

[21] Sanz Morán, 1986, p. 146.

litos autónomos así el segundo delito se haya consumado efectivamente. Ejemplo [22]: el sujeto que mata para robar (artículo 189, Código penal).

1509. Delito subsecuente como agotamiento

Existe unidad de conducta cuando *un segundo delito se presenta como agotamiento de un primero.* Ejemplo: falsificar moneda (artículo 252, Código penal) y posterior circulación (artículo 254, Código penal). No se exige en el primer tipo como aspecto de imputación subjetiva lo que sí aparece en el segundo, pero se presume o no puede dejarse de tener en cuenta dada la naturaleza del primero.

1510. Delito permanente

En los **delitos permanentes** se prolonga la consumación, creándose un estado antijurídico mantenido por el agente. «La ejecución del hecho dolosa, o imprudente o en parte dolosa o en parte imprudente, puede extenderse temporalmente del modo en que se extiende la producción del resultado sin que se pierda la unidad de la infracción» [23]. Ejemplo: el encierro del sujeto pasivo durante seis meses en un secuestro (artículo 152, Código penal) está constituido por diversos actos individuales para mantener la privación de libertad y, sin embargo, deben considerarse como unidad de acción. Situación semejante se presenta en la violación de domicilio (artículo 159, Código penal).

1511. Delito continuado

Tipos de realización continuada (**delito continuado**). Ejemplo: el cajero de un Banco se apodera de una alta suma de dinero mediante sustracciones parciales y sucesivas hasta completar su totalidad.

1512. Delito compuesto

Los **delitos compuestos** o **complejos** están integrados por varias conductas o que reúnen a más de un delito autónomo [24][25]. Ejemplo: robo

---

[22] Jurisprudencia: «*Siendo la violación de domicilio el medio utilizado por los acusados para perpetrar los delitos de usurpación y robo que se les atribuye, no es procesal tenérsele como delito independiente por cuanto queda subsumido dentro del tipo legal que prevé el art. 202 C.P. vigente*». Ejecutoria Suprema del 5 de agosto de 1991 **en** Andía Chávez, 1996, p. 240. En otro caso: «*Habiéndose producido las lesiones con arma de fuego como consecuencia del forcejeo que hubo al efectuarse un robo contra el agraviado, la conducta del autor se subsume en el delito de robo agravado contemplado en el último párrafo del art. 189 C.P.*». Ejecutoria del 24 de junio de 1999, Exp. 2731-98 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, Nº 24, 2000, p. 317.

[23] JAKOBS, 1995, p. 1085, num. 27.

[24] STRATENWERTH, 2005, p. 534, num. 3; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 470.

[25] Jurisprudencia: «*En lo que respecta a la imputación por delito de tenencia ilegal de arma de fuego sólo se ha probado que éstas fueron utilizadas por tres encausados, no descartándose que otros acusados hayan hecho también uso de dichas armas durante la producción de los ilícitos; situación que configura la agravante del delito de robo previsto en el inciso 3 del art. 189 del C. P., lo que por unidad de acción afecta la conducta criminal. Siendo esto así, la tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra subsumida en el tipo penal de robo a mano armada*». Ejecutoria de la Sala Penal de Reos en Cárcel del 1 de marzo de 2000, Exp. 515-99 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 38, 2001, p. 301.

(artículo 188, Código penal): integrado por violencia o amenaza (coacción, artículo 151, Código penal) y apoderamiento ilícito del bien (hurto, artículo 185, Código penal).

1513. Delitos con medios simbólicos

Tipos que requieren **medios simbólicos** para su realización. Ejemplo: difamación agravada por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social (artículo 132, Código penal).

1514. Unidad de acción en delito imprudente

En los **delitos imprudentes** se acepta la unidad de acción «aunque se origine en una pluralidad de resultados y en una multiplicidad de violaciones del deber de cuidado, pero siempre que los resultados sobrevengan simultáneamente» [26]. Ejemplo: quien conduce un automóvil sin frenos y sin luces, durante la noche, y en una curva atropella a dos peatones: habría dos resultados y dos violaciones del deber de cuidado y, sin embargo, existe unidad de acción (artículo 111, Código penal). También es posible aceptar que los resultados ocurran en forma sucesiva pero el sujeto –entre uno y otro resultado–, no puede cumplir con el deber de cuidado. Ejemplo: el conductor del vehículo sin frenos quien en una pendiente atropella a un peatón y luego, al no lograr detener el vehículo, arrolla a un ciclista.

1515. Unidad de omisión

Se admite unidad de conductas en los **delitos omisivos**, cuando el agente omite realizar la conducta ordenada en varias oportunidades, siempre inobservando el mismo deber de garante. «Concurren varias omisiones si tras el acaecimiento de uno de los resultados hubiera sido todavía posible el impedimento de los otros» [27]. Ejemplo: la omisión intencional de prestar alimentos a varios internos, por parte del funcionario penitenciario, con el objeto que mueran por inanición (artículo106, Código penal). Estamos ante una *unidad de omisión* [28].

§109. Delito continuado

1516. Delito continuado: origen

Esta figura tiene su *origen* histórico en la praxis jurisprudencial medieval, que para evitar la grave pena que había que imponer a los autores de un tercer hurto (*tertium hurtum*) concluían en considerar que estaban sólo ante un delito de hurto [29]. Originariamente, el delito continuado fue

---

[26] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 824; Jescheck, 1993, p. 651.

[27] Jescheck/Weigend, 2002, p. 769.

[28] *Vid.* Jakobs, 1995, p. 1087, num. 30-31.

[29] Reyes Alvarado, 1990, pp. 158-159. El tercer hurto era castigado con pena de muerte.

una institución jurídica que surgió con el objeto de beneficiar al reo al excluir sus diversas acciones delictivas de las reglas del concurso real, valorándolas como una sola o por lo menos como un solo delito [30].

1517. Concepto de delito continuado

El **delito continuado** es la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos, pero que transgreden el mismo tipo legal [31]. Ejemplo: el sujeto que hurta objetos valiosos en un supermercado en el que trabaja, sistemáticamente y en oportunidades diversas durante siete días consecutivos (artículo 185, Código penal). Resultaría absurdo procesar al sujeto por la cantidad de micro-hurtos realizados y se trata de un delito continuado. El delito continuado está definido en el artículo 49 del Código Penal (modificado por Ley 26683) y se entiende como violaciones de la misma ley penal cometidos en el mismo momento de acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal [32]. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 mantiene esta misma definición (artículo 51).

1518. Delito continuado: naturaleza jurídica

En cuanto a su *naturaleza jurídica* existen diferentes explicaciones. *Primera*, entender al delito continuado como una *ficción jurídica* [33] en la que el legislador recurre a la simulación de considerar que desde el punto de vista jurídico existe una sola acción, aún calificándola de continuada [34].

---

[30] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 491. Algunos consideran que la teoría del delito continuado ha sido, por primera vez, formulada por FARINACCIO (SOLER, 1978, II, p. 302).

[31] PEÑA CABRERA, 1997, p. 544.

[32] El Pleno Jurisdiccional Penal, reunido en Ica el 19 de noviembre de 1998, en su Acuerdo Nº 2 (primera conclusión), señala: «Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones de la ley que responde a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución», **en** VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p. 763.

[33] Esta teoría es la dominante en Italia y se fundamenta en la *unidad de designio criminal* «de modo que en virtud de ese elemento unificador, la pluralidad de acciones, cada una de las cuales constituye por sí misma delito, se pena como si constituyeran uno solo» (CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 129). Entre nosotros, BRAMONT ARIAS considera que en nuestra legislación penal, el delito continuado es una ficción jurídica (BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 305; BRAMONT ARIAS, L. A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2001, p. 256). La teoría de la ficción está ligada al origen histórico de la figura del delito continuado que se debe fundamentalmente a los prácticos clásicos del siglo XVI y siglo XVII; y luego fue defendida por CARRARA y BETTIOL (SANZ MORÁN, 1986, p. 133; CARRARA, 1972, I, pp. 344 y ss.; MIR PUIG, 2004, p. 636, num. 18; HURTADO POZO, 2005, p. 944, num. 2428).

[34] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 491; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 307.

Segunda, como una *realidad natural* [35], en el sentido que el delito continuado es una unidad real y natural en el que la unidad del dolo determina la unidad de acción, por lo tanto, en el delito continuado no hay pluralidad de acciones, sino *unidad natural de acción* [36]. *Tercera*, como una *realidad jurídica*, sosteniendo que el delito continuado es una creación del derecho (de la ley o del derecho consuetudinario) y se le considera intermedia entre la ficción y la realidad natural (*unidad jurídica de acción*) [37].

Razones prácticas, también fundamentan el delito continuado en el sentido de evitar «la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales» [38]. Así, resulta más sencillo demostrar en conjunto una actividad continuada que descender al detalle de cada uno de los hechos, por razones procesales que no siempre beneficiaban al reo [39]. Con el delito continuado, por lo tanto, «hay que evitar la determinación de las penas individuales para hechos individuales que han de juzgarse al mismo tiempo (...), cuando se da semejanza de tales hechos» [40]. Sin embargo, creemos que esta figura no está exenta de *críticas político-criminales*, pues de ella derivan importantes desventajas y problemas de extensión en su aplicación, muy diferente a la recomendación de aplicación restrictiva pretendida por la doctrina [41]. Así, algunos rechazan la figura [42], la ponen seriamente en duda [43], y otros le

1519. Críticas político criminales al delito continuado

[35] Esta teoría señala que el delito continuado supondría una unidad real y natural de acción, en cuanto cada acto particular responde a un solo designio criminal (unidad subjetiva) y produce una sola lesión jurídica (unidad objetiva), y el que la resolución criminal reactive los hechos en distintos momentos ello sólo compromete al modo de ejecución (MIR PUIG, 2004, p. 636).

[36] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 132.

[37] Es la teoría mayoritaria en Alemania y se diferencia de la teoría de la realidad natural en que admite la existencia de una pluralidad de acciones, de tal manera que el delito continuado no es, en plano natural, un supuesto de acción única, sino más bien como *unidad jurídica de acción* (CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 136). Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, p. 431. En el derecho penal peruano VILLA STEIN considera que nuestro Código Penal sigue esta postura (1998, p. 441).

[38] BACIGALUPO, 2004, p. 551.

[39] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 307; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 491.

[40] JAKOBS, 1995, p. 1091, num. 38.

[41] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, pp. 430-440.

[42] STRATENWERTH propugna su eliminación (1982, p. 356). Cfr. *ibidem*, 2005, p. 538, num. 13.

[43] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, pp. 430-440.

asignan cierta funcionalidad [44]. En la doctrina y jurisprudencia nacionales esta figura es todavía aceptada.

1520. Delito continuado y delito permanente

El delito continuado se *diferencia* del *delito permanente* [45] porque éste supone realizar distintos actos individuales para el mantenimiento del estado antijurídico que realiza ininterrumpidamente el tipo legal, que son objeto de una valoración unitaria (unidad de valoración típica); por el contrario, el delito continuado supone una pluralidad de realizaciones típicas y por ende, de concurso de delitos [46]. Ejemplo de delito permanente: detención ilegal (artículo 419, Código penal).

1521. Concurso ideal, real, profesionalidad, habitualidad y delito continuado

El delito continuado se delimita del *concurso ideal* porque el primero representa una unificación jurídica de acciones que son plurales y el concurso ideal tiene como presupuesto la unidad de hecho determinada por una única acción [47]: «(...) en el concurso ideal *hay* una acción, mientras que en el delito continuado *se considera* que la hay» [48]. También se diferencia del *concurso real* [49], ya que aquí pueden recaer las acciones en diferentes sujetos pasivos; pero si hablamos del *concurso real homogéneo* la diferencia radica en la finalidad, es decir, en la resolución criminal única que guía al delito continuado, ya que el concurso real tiene la finalidad para cada delito. También se distingue de la *profesionalidad o habitualidad del actuar*, que se caracteriza porque el sujeto tiene el propósito de procurarse una fuente de ingresos continuada a través de la repetición del hecho punible o una *inclinación* del autor a la comisión reiterada (Ejemplo: proxenetismo *por oficio* o *modo de vida*, numeral, 6, artículo 179, Código

---

[44] CASTIÑEIRA, 1977, p. 208.

[45] El Pleno Jurisdiccional Penal, reunido en Ica el 19 de noviembre de 1998, en su Acuerdo Nº 2 (segunda conclusión), señala: «sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente» (**en** VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p. 763).

[46] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 81: «Ambas categorías tienen de común responder a situaciones de pluralidad fáctica que por razones jurídicas son consideradas como una sola acción. Pero la unidad típica a que da lugar la relación de continuidad es más amplia que la que resulta de la simple interpretación del tipo penal. De esta forma, la relación de continuidad permite considerar como un solo hecho una pluralidad de unidades típicas de acción, y, por ello, un delito continuado puede englobar varios delitos permanentes». Cfr. BRAMONT ARIAS, L. A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2001, p. 275; PEÑA CABRERA, 1997, p. 546.

[47] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 80.Cfr. PEÑA CABRERA, 1997, p. 546.

[48] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 80.

[49] BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 308.

penal), siendo en realidad, supuestos de unidad de acción típica [50], en el que la profesionalidad o habitualidad agrava la pena, y no un delito continuado.

1522. Delito continuado y bienes personalísimos

La pluralidad de violaciones de la misma ley penal supone un número indeterminado de realizaciones sucesivas de la conducta típica, pero cabe aclarar que no todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, «solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados *bienes personalísimos*, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro» [51].

1523. Elementos del delito continuado

En cuanto a la determinación de los **elementos del delito continuado**, se han formulado tres teorías: *Primera, teoría subjetiva* [52] (cuya versión pura se origina en la doctrina italiana y que está actualmente abandonada), estima que la unidad proviene de la intención unitaria del agente («*unidad de resolución*», «*unidad de designio*»). *Segunda*, la *teoría objetiva* (cuya versión pura proviene de la doctrina alemana) afirma que el concepto de acción continuada se obtiene producto de las características objetivas de la co-pertenencia entre varios actos (MEZGER). *Tercera*, la *teoría objetiva-subjetiva* [53], en la actualidad aceptada, considera que para apreciar un delito continuado se requiere una serie de presupuestos objetivos y subjetivos [54]. En nuestra legislación penal, el artículo 49 acepta como elementos del delito continuado: circunstancias de naturaleza subjetiva y objetiva. Son de naturaleza objetiva: la pluralidad de acciones, la pluralidad de violaciones de la misma ley, el contexto temporal de la realización de las acciones. Son de carácter subjetivo: la unidad de resolución criminal [55].

---

[50] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, pp. 82-83.

[51] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, p. 433 (cursivas son nuestras).

[52] BRAMONT ARIAS, L. A. y BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A. señalan que nuestro código se afilia a la teoría subjetiva italiana de la «identidad de resolución criminal» y no a la teoría objetiva alemana que presta preferente atención al modo de comisión (2000, p. 259).

[53] PEÑA CABRERA considera que las distintas acciones deben ser unificados por una sola voluntad: la unidad subjetiva es aquí rectora, pero apoyándose en hechos objetivamente homogéneos (1997, p. 547).

[54] RODRÍGUEZ DEVESA, 1991, p. 860.

[55] Jurisprudencia: *«Que el ilícito penal ha sido perpetrado en diversos momentos en agravio de la menor; que siendo esto así, el comportamiento delictuoso del mencionado acusado ha*

a. Requisitos objetivos

1524. Requisitos objetivos

Se exige como límites objetivos: pluralidad de acciones u omisiones, igual norma violada, unidad o pluralidad del sujeto pasivo, bien jurídico no eminentemente personal, conexión temporal y espacial.

a.1. Pluralidad de acciones u omisiones

Deben tratarse de varias conductas que completen la descripción típica y antijurídica, es decir, que cada una de las acciones constituya una previsión típica; donde hipotéticamente al agente se le puede atribuir cada una de las acciones, aisladamente [56], y debe tenerse en cuenta los supuestos de unidad de acción estudiados anteriormente. En este delito, la valoración de todas las acciones, es en conjunto, integrable en una acción compleja o continuada que representa el aprovechamiento de una misma oportunidad, de modo tal que configuren un único delito [57]. El delito continuado nace de una pluralidad de acciones, «que individualmente contemplados pueden ser susceptibles de ser categorizados como delitos independientes, pero que en el terreno de la antijuricidad material deben ser considerados colectivamente, de forma unitaria» [58].

1525. Pluralidad de acciones y omisiones

1526. Acciones individuales que se incluyen o excluyen

No se excluye el delito continuado cuando cada una de las acciones individuales constituye por sí solo delitos consumados o delitos tentados, es decir, es indiferente el grado de ejecución alcanzado por los delitos que sirven para formar el delito continuado. Pero sí se excluye el delito continuado cuando sus acciones particulares concurren en forma comisiva y en forma omisiva [59].

---

infringido repetidas veces la misma ley penal con actos ejecutivos que forman parte de una misma resolución criminal, lo que constituye un delito continuado sancionado con la pena correspondiente a éste». Ejecutoria Suprema del 21 de noviembre de 1997, Exp. 4938-97 en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 264.

[56] BRAMONT ARIAS, L. A./BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2001, p. 257; PEÑA CABRERA, 1997, p. 546.

[57] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA II, 1989, p. 434.

[58] QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 750.

[59] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 771; BERDUGO *et al.*, 1999, p. 308; PEÑA CABRERA, 1997, p. 546.

a.2. Igual norma violada

Tradicionalmente se exige que la norma violada por las diferentes conductas corresponde a delitos iguales [60] (varios hurtos, varias estafas, etc.). Este parece ser el sentido del artículo 49 («*varias violaciones de la misma ley penal*»). Actualmente, el criterio es más flexible y se llega a admitir que es suficiente que las normas sean de naturaleza semejante. A esta identidad no le interesa que los delitos sean diferentes (v. gr. hurto, estafas, apropiación ilícita) y le es suficiente que las diferentes conductas afecten un mismo bien jurídico (**unidad del bien jurídico**) [61]. Nos parece que esta interpretación es la más conveniente, ya que el elemento de la identidad del bien jurídico servirá para, si falta la identidad de la acción en sentido «natural» o «jurídico», sugerir lo necesario de la homogeneidad del suceso delictivo [62]. Ejemplo: el sujeto que decide disponer de autopartes que le entregan en administración (apropiación ilícita, artículo 190, Código penal). Su conducta también incluye sustraerlos del depósito de la empresa (hurto, artículo 185, Código penal). Se considera únicamente que es posible el delito continuado entre ataques contra el mismo bien jurídico, pero no debemos entenderlo, de manera expresa, como la identidad del objeto de ataque, sino que hay que deducirlo como la continuación de una mera intensificación cuantitativa de la realización del tipo ya ejecutado.

1527. Igual norma violada

a.3. Unidad del sujeto activo

Tomando como necesidad que exista un dolo de continuación, se considera que sólo puede tener lugar con un único sujeto. Pero también hay que agregar que no sólo importa que las diversas infracciones sean cometidas por una misma persona, sino que, además, sean con el mismo título de participación. Por ello, se excluye el delito continuado si una misma persona actúa como autor en unas infracciones y como partícipe en otras [63].

1528. Unidad del sujeto activo

---

[60] Jurisprudencia: «*Por el delito continuado se atribuye a una persona un solo delito, no obstante la diversidad de acciones que lo integran. El delito continuado presupone la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representan una violación de la ley*». Primer Tribunal Correccional de Lima 1986, Exp. 1659-80 **en** Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios I, 1988, p. 70.

[61] Bustos, 2004, I, p. 715. Cfr. Jakobs, 1995, p. 1092, num. 39; Peña Cabrera, 1997, p. 548.

[62] Jakobs, 1995, p. 1092, num. 39.

[63] Choclán Montalvo, 1997, p. 246.

a.4. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo

1529. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo

Se admitirá la continuación cuando se lesione al mismo titular o sujeto pasivo en el caso de los delitos que afectan bienes jurídicos altamente personales (v. gr. violación, lesiones, secuestro) [64]. Por el contrario, no se admite delito continuado cuando los actos parciales inciden sobre diferentes sujetos pasivos. Ejemplo: homicidio de diferentes personas, violación de distintas mujeres. También es diferente el caso de una generalidad de sujetos pasivos que caracteriza al *delito masa.*

a.5. Conexión temporal y espacial

1530. Conexión temporal y espacial

La característica del delito continuado es que se sanciona con una misma pena diferentes actos particulares cometidos en el mismo momento o en momentos diversos, que se estiman continuados y que constituyen un solo delito. En este sentido, el artículo 49 expresa: *«en el momento de la acción»* y esta frase se refiere a un *estrecho ámbito temporal,* en el que el sujeto activo comete un delito mediante varias acciones físicamente independientes. Ejemplo: el ladrón que se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones. Cuando el artículo 49 utiliza la expresión *«en momentos diversos»,* se refiere a un *ámbito temporal amplio* que, según las circunstancias, puede extenderse en el tiempo. Ejemplo: el cajero que se apodera en el lapso de un año de una suma de dinero, sustrayéndola poco a poco [65]. Esta repetición de las acciones en momentos continuos y sucesivos no hace de esta figura una especie del concurso real, pues se requiere de un dolo continuado y no de varios.

Jurisprudencia [66]:

«Al acreditarse que los referidos acusados actuaron de manera conjunta y con el empleo de armas de fuego en la ejecución de los atentados patrimoniales perpetra-

---

[64] BACIGALUPO, 2004, p. 552; CASTIÑEIRA, 1977, p. 162. Nuestra jurisprudencia coincide con esta apreciación, *vid.* Ejecutoria Suprema del 2 de mayo de 1972. Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 308. QUINTERO OLIVARES señala que el código español actual exceptúa de este caso cuando se trata de infracciones contra el honor y la libertad (2000, p. 751).

[65] HURTADO POZO, 2005, p. 951, num. 2451.

[66] *«Tratándose que el delito de violación ha sido cometido en momentos diversos, desde que la agraviada tenía 10 años de edad y que los actos ilícitos persistieron en su ejecución de manera sucesiva en los siguientes años, los mismos constituyen una unidad delictiva por su naturaleza de atentado al bien jurídico de la indemnidad y libertad sexual, siendo actos de la misma resolución criminal, por lo que representa un delito continuado de acuerdo con el art. 49 del C. P.».* Ejecutoria Suprema del 26 de octubre de 1999, Sala C, Exp. 2697-99 Lima en ROJAS

dos en el período emprendido entre el 16 y 19 de diciembre, se configura un delito continuado» [67].

b. Requisitos subjetivos

Se hace necesario aceptar un *dolo* que comprenda la unidad de la finalidad y la pluralidad de conductas, lo que se traduce en el mismo fin existencial, no en el mismo propósito psicológico, de suyo imposible en actos diversos, aun dentro de la misma unidad contextual de acción [68]. En conclusión, la unidad de delitos se da en razón de la misma resolución criminal de las acciones [69].

1531. Requisitos subjetivos

Jurisprudencia [70]:

«Si el acusado sometió reiteradamente a la agraviada a la práctica del acto sexual, su conducta debe apreciarse como vinculado a una misma resolución criminal, lo que configura un delito continuado punible conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal» [71].

Por ello, en la doctrina se discute el «grado de representación que debe haber tenido el autor respecto de la continuación, es decir, qué intensidad adicional debe haber tenido el dolo de cada hecho particular» [72]: *Primero*, se exige un **dolo total** o **general** que englobe todos los hechos. Debe tratarse de un dolo global «que debe comprender el resultado global del hecho en sus rasgos esenciales, de acuerdo con el lugar, el tiempo, la persona del ofendido y la forma de su comisión, de modo que los actos individuales se presenten sólo como la realización sucesiva de un todo

1532. Dolo total y dolo de continuación

VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 130. En otro caso: *«Que, en autos ha quedado acreditada la comisión de cuatro latrocinios perpetrados entre los meses de junio y agosto de 1998, configurándose un delito continuado»*. Ejecutoria del 24 de marzo de 1999, R. N. 212-99- Ica **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 29, 2001, p. 177.

[67] R. N. 2028-99 Callao **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 101.

[68] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, II, p. 434.

[69] PEÑA CABRERA, 1997, p. 547.

[70] *«La entrega de una carta extorsiva amenazando de muerte en caso de no recibir una cantidad de dinero es un hecho vinculado directamente a la conducta posterior (secuestro) y por pertenecer a la misma finalidad delictiva constituye una forma de delito continuado»*. Exp. 573-97 Huari, **en** ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, p. 396.

[71] Ejecutoria Suprema del 21 de noviembre de 1997, Exp. 4938-97 **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 264.

[72] BACIGALUPO, 2004, p. 553.

querido unitariamente» [73]. Ejemplo: el empleado de una fábrica de calzados que decide sustraer diez pares de zapatos a razón de un par cada tres días [74]. *Segundo,* se requiere un **dolo de continuación** [75], es decir, un dolo que se continúe en cada acto delictivo según el cual cada acto parcial sea una continuación de «la misma línea psíquica» del dolo anterior.

Consideramos acertada esta figura del *dolo continuado* ya que, con ello, se resuelve la duda que si el dolo de esta figura concursal debe existir incluso desde el comienzo del primer momento delictivo o puede surgir en otra circunstancia de la ejecución [76]. Es una exageración exigir que el dolo unitario tenga lugar antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor [77]. Ejemplo: el trabajador decide llevarse diez pares de zapatos juntos y al ingresar al depósito de la fábrica piensa que puede ser descubierto y en ese momento decide llevarse un par y los nueve restantes cada tres días posteriores. También puede ser que el trabajador fue a sustraer solo un par de zapatos, pero la facilidad de la ejecución le hace decidir a llevarse un par cada tres días.

1533. Dolo continuado

1534. Continuación entre hecho doloso e imprudente

También se rechaza la continuación entre hechos dolosos e imprudentes [78].

---

[73] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 771.

[74] «En la práctica procesal no suele analizarse exhaustivamente este dolo total limitándose en el análisis del requisito objetivo». BERDUGO *et al.*, 1999, p. 308.

[75] Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 263.

[76] «El requisito del dolo global privilegia al autor que planea escrupulosamente (...) y condena la relación de continuidad a la falta de relevancia en la práctica (...), si se toma el requisito en serio y no se opera con ficciones. Por eso, un amplio sector doctrinal se conforma con una relación de continuidad que se da cuando 'toda resolución posterior se manifiesta como continuación de la precedente, ya que tales resoluciones forman una línea psíquica ininterrumpida'. Se entiende que esta línea no se da sobre todo cuando el autor toma el no descubrimiento del primer hecho como ocasión para repetir» (JAKOBS, 1995, p. 1094, num. 44). «No obstante, como no es fácil probar la existencia de un dolo global por parte del agente, un buen sector doctrinario se inclina por exigir el denominado *dolo de continuación*, entendido como un ceder psíquico de carácter homogéneo por parte del autor ante la misma situación de hecho, lo cual constituye una auténtica elaboración criminológica del asunto; es más, incluso se postula una concepción puramente objetiva del delito continuado, afirmando que debe prescindirse del requisito subjetivo, pues es suficiente con las exigencias objetivas hasta ahora indicadas para dar cabida a dicha figura» (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 472).

[77] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 827. Cfr. CASTIÑEIRA, 1977, p. 146.

[78] BACIGALUPO, 2004, p. 553.

Entre autoría y participación se establece que está excluido el dolo continuado porque el dolo de cometer un hecho «como propio», en el sentido de autoría, no puede concurrir continuadamente con el dolo de cometer un hecho «como ajeno», en el sentido de participación [79]. **1535.** Continuación entre autoría y participación

c. Delito masa

El **delito masa** es una ficción creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español [80] como una figura del delito continuado [81] y que en el Código Penal peruano aparece descrita en el artículo 49 (modificación de la Ley 26683): «*Si con dichas violaciones el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas* (...)». La base de esta figura son los requisitos del delito continuado con la particularidad que se presente una pluralidad de sujetos pasivos (*sujeto pasivo-masa*) [82]. Ejemplo: diversas estafas cometidas contra grupos de personas a quienes se les ofrecen viviendas en urbanizaciones inexistentes. La creación del delito masa responde a «la necesidad de imponer una pena de cierta gravedad a los denominados fraudes colectivos, y normar al concurso, pero esta conclusión no siempre es cierta, pues a veces la estimación del delito masa es beneficiosa para el reo, a juicio de continuación» [83]. El Anteproyecto de la parte General del Código Penal del 2004 define al delito masa: «Si el hecho representa notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave» (artículo 51 *in fine*). **1536.** Delito masa

d. Consecuencia penal

Es la que corresponde al tipo vulnerado. El Pleno Jurisdiccional Penal reunido en Ica el 19 de noviembre de 1998 en su Acuerdo Nº 2 (cuarta conclusión) señala: «*(...) en el caso de delitos continuados procede aplicar la ley vigente a la terminación del período de realización de la conducta criminal*» [84]. **1537.** Consecuencia penal del delito continuado

---

[79] Jakobs, 1995, p. 1095, num. 46.

[80] Rodríguez Devesa, 1991, p. 867. En el derecho español, el delito masa opera únicamente en el campo de los delitos patrimoniales (Sanz Morán, 1986, p. 204).

[81] Rodríguez Devesa, 1991, p. 867.

[82] *Loc. cit.* Cfr. Fernández Carrasquilla, 1989, II, p. 436.

[83] Bramont-Arias Torres, L. M., 2000, p. 310.

[84] *Diálogo con la Jurisprudencia.* Año 7, Nº 35, p. 272.

1538. Consecuencia penal para el delito masa

En el caso del *delito masa*, el artículo 49 del Código Penal establece que deberá imponerse una pena superior en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

1539. Consecuencias procesales

El tratamiento procesal producto de este enjuiciamiento unitario tiene diversas consecuencias materiales. Ejemplo: la cosa juzgada se extiende a todos los actos particulares, inclusive a los que no fueron conocidos por el tribunal oportunamente [85].

§110. Concurso ideal

1540. Concurso ideal

Llamado también *concurso formal* [86], es la confluencia de dos o más infracciones delictivas ocasionadas por una sola acción del sujeto [87]. Nuestro Código Penal define el concurso ideal en el artículo 48: «Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho». En el mismo sentido se expresa el artículo 50 del Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004.

Jurisprudencia:

«Las lesiones que sufrieron unos agraviados y el fallecimiento de otros como consecuencia de la conducta temeraria y negligente de los acusados que conducían vehículo de transporte de pasajeros a excesiva velocidad, configuran un concurso ideal de delitos que debe sancionarse conforme a lo previsto en el art. 48. C. P.» [88]. *En otro caso: «El desalojar violentamente a la persona que vive en un inmueble debido a la falta de pago del contrato de compra-venta del mismo constituye un concurso ideal entre el delito de usurpación y el delito de justicia por propia mano»* [89]. *En un tercer caso: «Se evidencia que los actos aludidos y probados corresponden a un mismo hecho o voluntad criminal, los mismos que están sancionados por dos normas legales; el artículo trescientos noventa y tres y el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, es decir constituye un Concurso ideal de Delitos previsto en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal»* [90].

---

[85] STRATENWERTH, 1982, p. 356; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 547; SANZ MORÁN, 1986, p. 163. CUELLO CONTRERAS y GEERDS admiten la posibilidad de un nuevo procedimiento por actos desconocidos del delito continuado (*ibidem*).

[86] Así lo denominaba FERRI (Gustavo CORNEJO, 1936, I, p. 291).

[87] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 304; MIR PUIG, 2004, p. 640, num. 37.

[88] Ejecutoria Suprema del 18 de setiembre de 1997, Exp. 668-97-Lambayeque en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 259.

[89] Ejecutoria Superior del 25 de setiembre de 1998, Exp. 1398-98 en BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., 2000, p. 148.

[90] Sentencia del 23 de marzo de 2002, Exp. 06-2001 Lima, vigésimo sétimo considerando.

No se requiere que la conducta se subsuma precisamente en varios tipos legales de manera coincidente. Es suficiente que coincidan parcialmente. Ejemplo: pagar con dinero falso (artículo 254, Código Penal) está en concurso ideal con la estafa (artículo 196, Código Penal).

1541. Coincidencia parcial de tipos

En el concurso ideal, lo determinante será la unidad de acción aunque los propósitos o finalidades sean varias, pues de lo contrario se confundiría el concurso ideal con el concurso real. A diferencia de la *unidad de ley* (concurso aparente de leyes), donde sólo se aplicará uno de ellos, en el concurso ideal todos los preceptos son considerados. Así, para que tal pluralidad de tipos penales genere esta figura concursal, no deben excluirse entre sí debido a criterios de especialidad, consunción y subsidiaridad [91].

1542. Concurso ideal y concurso aparente de leyes

Jurisprudencia:

«Que en cuanto al delito de estafa, se tiene que junto al delito de libramiento indebido, configurarían en este caso un concurso ideal de delitos, pues cuando con una acción única se ha realizado dos tipos penales; siendo que el libramiento indebido excluya al de estafa, por el principio de especialidad, ya que según refiere la agraviada, los procesados al librar los cheques sin fondos la han estafado al no poder recuperar el dinero que prestó» [92].

En cuanto a la *naturaleza jurídica* [93] del concurso ideal se han ensayado dos teorías: *Primera, teoría de la unidad* (von LISZT, BAUMANN), si bien en el concurso ideal concurre una sola acción, considera que únicamente hay un solo delito aunque sean aplicables varios tipos penales. Esta teoría otorga al cumplimiento del tipo legal una importancia preponderante y considera que el concurso ideal es concurso de leyes y un caso de delito único [94]. *Segunda, teoría de la pluralidad* (FRANK, BINDING, von BURI) considera que aunque externamente haya una sola acción, la infracción de pluralidad de leyes penales llevan a la estimación de varios hechos punibles. Una sola acción no puede ser causa de la «violación de diferentes leyes». Esta teoría adopta, como punto de referencia, el número de tipos realizados por el agente y no se toma importancia a la cantidad de hechos. Por consiguiente, aquí se considera al concurso ideal como un caso de concurso de delitos [95].

1543. Naturaleza jurídica del concurso ideal

---

[91] BACIGALUPO, 2004, p. 556. *Vid. infra.* núms. margs. 1579 y ss.

[92] Ejecutoria del 26 de abril de 1998, Exp. 4963-97 en ROJAS VARGAS, 2000, p. 396.

[93] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 774; SANZ MORÁN, 1986, pp. 144-145; HURTADO POZO, 1987, pp. 576-577.

[94] CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 61.

[95] *Ibidem*, p. 60.

a. Requisitos

a.1. Unidad de acción

La actividad desplegada por el agente debe ser producto de una conducta dirigida a la consecución de uno o varios resultados. El autor se sirve de una sola acción para lograr su propósito múltiple, sabiendo que con ella basta para alcanzar su propósito. Hay unidad de hecho cuando la acción corresponda a una misma manifestación de voluntad, pero para integrar al presupuesto de concurso ideal esta unidad de hecho tiene que dar lugar a la realización de varios tipos por lo que el acto voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines, «de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo uno, aunque los fines sean diversos» [96]. Cuando se habla de una acción se entiende acción y omisión.

1544. Unidad de acción

a.2. Se requiere una doble o múltiple desvaloración de la ley penal

Mediante la acción tiene que haberse producido una pluralidad de infracciones legales. Hay que entender que existe una pluralidad de delitos, porque respecto a cada una de las acciones se complementa perfectamente tanto el tipo objetivo (la acción realizada) como el tipo subjetivo doloso (la intención de conseguir cada uno de los resultados). De ahí que con los delitos dolosos haya que matizar la aplicación del concurso ideal [97]. Con este requisito cabe tanto la posibilidad de aplicar diversas leyes (concurso ideal heterogéneo) [98] como la de aplicar varias veces la misma ley (concurso ideal homogéneo) [99].

1545. Doble o múltiple desvalorización de la ley penal

1546. Concurso ideal entre tipos dolosos e imprudentes

Es posible que concurran tipos dolosos con tipos imprudentes, y algunas están expresamente tipificadas (Ejemplo: aborto seguido de muerte, artículo 115, segundo párrafo, Código Penal, llamadas figuras *preterintencionales*), y dolosos o imprudentes entre sí.

---

[96] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 489.

[97] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 304.

[98] Jurisprudencia: «*El caso constituye un supuesto de concurso ideal de delitos heterogéneos, donde importa que haya unidad de acción aunque no de fines, debiendo sancionarse sólo con la figura que tiene mayor pena, de acuerdo al principio de absorción.*» Sentencia de la Sala Mixta de la Corte Suprema de Justicia de Ancash s/f., Exp. 573-97 Huari, en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, p. 398.

[99] JESCHECK, 1993, p. 657.

Se acepta la concurrencia entre tipos *omisivos* [100]. No obstante, no parece caber concurso ideal entre tipo omisivo y comisivo [101].

1547. Concurso ideal entre tipos omisivos

En el *delito permanente* se admite el concurso ideal en diferentes hipótesis: *Primera*, cuando un delito instantáneo era el medio para mantener el estado antijurídico, es decir, cuando «con el fin de mantener la situación antijurídica propia de la permanencia delictiva, el agente lleva a cabo una acción constitutiva de un delito distinto, ambas infracciones estarán en concurso ideal» [102]. Ejemplo: se lesiona a otro para permanecer en su casa (lesiones y violación de domicilio). *Segunda*, cuando un delito permanente pretende crear los presupuestos para la comisión de otro delito. Ejemplo: tenencia de armas y comisión del robo agravado. *Tercera*, varios delitos permanentes se encuentran igualmente en concurso ideal entre sí cuando las acciones ejecutivas coinciden al menos parcialmente [103].

1548. Concurso ideal en el delito permanente

a.3. Identidad del sujeto activo

Debe ser sólo un agente el que cometa la acción única que genere la doble o múltiple desvaloración de la ley penal.

1549. Identidad del sujeto activo

a.4. Unidad y pluralidad de sujetos pasivos

Afectan bienes jurídicos de manera reiterada (concurso homogéneo) o una pluralidad de bienes jurídicos (concurso heterogéneo) [104]. El **concurso ideal heterogéneo** se da cuando una misma conducta es englobada por una pluralidad de tipos penales. Ejemplo: el que mata a otro de un disparo (artículo 106, Código penal) y el proyectil causa la lesión a otra persona (artículo 121, Código penal). El **concurso ideal homogéneo** se presenta cuando una misma conducta permite una reiterada concurrencia del mismo tipo penal, es decir se realiza el mismo tipo repetidas veces [105]. Ejemplo: lanzar un explosivo y causar la muerte a diversas personas.

1550. Concurso ideal homogéneo y heterogéneo

---

[100] JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 779. En sentido diferente: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 829.

[101] BACIGALUPO, 2004, p. 556; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 779. En sentido diferente: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 829: «el que ha encontrado a una persona en peligro se apodera de su billetera realiza *otro hacer* que a su vez es típico de hurto calificado».

[102] SANZ MORÁN, 1986, p. 157.

[103] JESCHECK, 1993, p. 661.

[104] Cfr. JESUS, 1985, p. 515; MIRABETE, 1985, I, p. 305; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF restan importancia práctica a esta diferenciación y consideran al concurso ideal homogéneo inadmisible (1995, p. 566).

[105] SANZ MORÁN, 1986, p. 149.

El concurso ideal homogéneo presenta una *problemática* que ha originado diversos criterios: *Primera*, se trata de un *concurso real de delitos*. La razón material de no aceptar al concurso ideal homogéneo, podría verse en que en esta clase de concurso de delitos, que se da cuando mediante una conducta se producen varios resultados, «en realidad no concurre un solo 'hecho', sino tantos 'hechos' cuantos resultados producidos dolosamente, esto es: que no se trata de un propio concurso ideal, sino de un concurso *real*» [106]. *Segunda*, se trata de una hipótesis de *delito único*: la unidad de delito vendrá dada por la unidad de acción con independencia del número de lesiones legales [107]. *Tercera*, se trata de un caso enteramente asimilable al *concurso ideal heterogéneo*: esta es la solución aceptada mayoritariamente y se basa en la idea que no puede hacerse depender la unidad o pluralidad de los delitos del carácter homogéneo o heterogéneo de los resultados [108].

1551. Problemática del concurso ideal homogéneo

Nuestro Código Penal no parecería admitir expresamente la figura del concurso ideal homogéneo, pues el artículo 48 habla de una pluralidad de disposiciones penales aplicables y no de una sola disposición aplicable como sería el caso de dicha modalidad concursal. Sin embargo, consideramos que se trata de un caso enteramente asimilable al concurso ideal heterogéneo.

1552. Concurso ideal homogéneo en el Código Penal

b. Concurso ideal por enganche

El **concurso ideal por enganche** es un supuesto particular admitido como concurso ideal por la doctrina, que también es llamada *unidad de acción por abrazamiento* o *concurso ideal mediante encadenamiento* [109]. Consiste en la concurrencia de varios delitos que no guardan relación entre sí, pero cada uno de ellos se halla en concurso ideal con un tercer delito que opera como abrazadera o enganche [110]. «La doctrina estima que como el tercer delito sirve de puente entre los otros, se perfecciona entre ellos la identidad de actos ejecutivos que se suele exigir como requisito del concurso ideal y en consecuencia el autor puede ser penado por esa con-

1553. Concurso ideal por enganche

---

[106] MIR PUIG, 2004, p. 641, num. 42.

[107] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 829: «Es, en realidad, un caso de pluralidad de resultados o, como se sostiene, un caso de pluralidad de evento consecuente con una sola acción u omisión».

[108] SANZ MORÁN, 1986, p. 150.

[109] WELZEL, 1976, p. 318.

[110] MIR PUIG, 2004, p. 642, num. 46; SANZ MORÁN, 1986, p. 154; REYES ALVARADO, 1990, p. 342.

currencia de los tres delitos» [111]. Ejemplo: el que falsifica un título profesional (artículo 427, Código penal) y estafa a sus clientes (artículo 196, Código penal), siendo el *delito enlace* el de ejercicio ilegal de la profesión (artículo 363, Código penal) [112].

La jurisprudencia alemana (con la expresión de «abrazamiento» –*Verklammerung*– o «efecto abrazadera» –*Klammerwirkung*–) aceptó esta forma de concurso ideal de manera limitada [113]. «Para reducir su eficacia se sostuvo que el enlace no podría producirse cuando las tipicidades que se enganchaban eran más graves que la que operaba como gancho»[114]. En realidad, no es claro el fundamento para admitir el concurso ideal cuando el delito enlace sea más grave y rechazarlo cuando sea más leve [115]. Por lo tanto, la doctrina dominante rechaza la posibilidad de concurso ideal si alguno de los hechos abrazados es esencialmente más grave que el delito que sirve de intermediario [116].

1554. Efecto abrazadera

c. Consecuencia penal

Para establecer la consecuencia penal se han ensayado varios principios (*acumulación, asperación, combinación* y *absorción*), debido a que el concurso ideal en la práctica es fundamentalmente un problema de determinación de la pena, sin embargo, el tratamiento jurídico de este concurso se rige por el **principio de absorción** [117], es decir, sólo se aplica la pena

1555. Principio de absorción

---

[111] Reyes Alvarado, 1990, p. 341.

[112] García Cavero, 2003, p. 766. Para este autor en este supuesto se presenta conjuntamente un concurso real de los delitos vinculados y un concurso ideal del delito vinculante con cada uno de los delitos vinculados (*ibidem*, p. 767).

[113] Sanz Morán, 1986, p. 154.

[114] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 830. Sanz Morán considera que no debe ser aceptado el concurso ideal (1986, pp. 155 y 245). El Tribunal Supremo Federal de Alemania expidió una decisión en 1982 donde expresaba que «cuando los dos delitos situados al comienzo y al final del hecho punible intermedio sean de mayor gravedad que éste, se aceptará el efecto abrazadero» (Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 572).

[115] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 830.

[116] Mir Puig, 2004, p. 642, num. 46; Maurach/Gössel/Zipf, 1995, p. 572.

[117] Jurisprudencia: «*Si hubiera concurso de delitos, el trámite que se seguirá será el que corresponda al delito de mayor gravedad, aunque se haya declarado no haber mérito de juicio oral o prescrito la acción penal respecto a éste*». Ejecutoria Suprema del 7 de agosto de 1993, Exp. 355-93 **en** Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 128. En otro caso: «*Durante el juicio oral no se ha efectuado una debida apreciación de los hechos materia de inculpación, toda vez que existe concurso ideal de delitos, debiendo aplicarse la pena que establece el delito más*

correspondiente al delito más grave en el caso de diferencia de penas de los delitos en concurso. Cuando las penas son iguales se aplicará una de ellas (artículo 48, Código penal). Este tratamiento jurídico es menos punitivo que el del concurso real de delitos.

1556. Concurso ideal y prescripción

Con respecto a la *acción penal*, en esta figura concursal la *prescripción* sólo se da cuando ha transcurrido el plazo correspondiente al delito más grave, y no el plazo del otro delito absorbido (artículo 80, Código penal).

Jurisprudencia:

«Existiendo concurso ideal de delitos en el presente proceso; a que se refiere el art. 48 C. P., la acción penal aún no ha prescrito por cuanto no ha transcurrido el plazo correspondiente al delito más grave.»[118]. En otro caso: *«En el caso del concurso ideal de delitos la acción penal prescribe al haber transcurrido un plazo igual al máximo de pena señalada para el delito más grave.»*[119].

1557. Penas accesorias y medidas de seguridad

Por expresa declaración del artículo 48, las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque no estén previstas más que en una de esas disposiciones que están en concurso ideal. En el mismo sentido se expresa el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (artículo 50, segundo párrafo).

§111. Concurso real

1558. Concurso real

También llamado **concurso material**, se presenta cuando un sujeto realiza varias acciones punibles de las que se derivan la comisión de otras tantas infracciones penales [120]. En esta figura concurren varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo [121], que proviene de un mismo agente y que son enjuiciables en el mismo proceso

---

grave, de conformidad con el art. 48 C.P.». Ejecutoria del 13 de setiembre de 1999, R. N. 147-99 **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 34, p. 260.

[118] Ejecutoria del 13 de enero de 1997, Consulta 2854-95-B **en** GÓMEZ MENDOZA, 1997, p. 102.

[119] Ejecutoria Suprema del 11 de diciembre de 1997, Exp. 4561-97-A **en** LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, 1999, p. 277.

[120] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 302.

[121] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 488.

penal [122]. El **concurso real** de delitos está regulado en el artículo 50 del Código Penal y se le define como varios hechos punibles que son considerados como otros tantos delitos independientes. En cuanto al concepto, el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 mantiene el mismo sentido (artículo 52).

Jurisprudencia [123]:

«Existe concurso real de delitos si los agentes sometieron sexualmente a la víctima con uso de arma de fuego, luego de lo cual proceden apoderarse de diversos bienes muebles del domicilio fingiendo ser miembros policiales ingresando en horas de la noche y con uso de arma de fuego» [124].

1559. Concurso real y concurso ideal

A diferencia del *concurso ideal* (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar *pluralidad de acciones* y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal y que también lo diferencia con el concurso aparente de leyes [125].

1560. Punibilidad del concurso real

El concurso real de delitos, al presentar distintas acciones y diferentes resultados, no crea ningún problema teórico importante. Aquí el problema político-criminal se encuentra en la pena aplicable.

a. Requisitos

a.1. La existencia de una pluralidad de acciones

1561. Pluralidad de acciones

Pueden concursar acciones con acciones, omisiones con omisiones, sean dolosos o imprudentes [126]; que deben ser delictivas en sí, y punibles

---

[122] Peña Cabrera, 1997, pp. 543-544.

[123] *«En caso de autos se presenta un concurso real de delitos, ya que se observa que existen dos momentos delictivos independientes uno del otro, en el que la violación sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior, el homicidio, pero vinculado este último directamente al primer delito, por el móvil de ocultar la violación sexual precedente con la intención de procurar una impunidad ... debiendo deducirse entonces la penalidad aplicable, en estricto respeto del principio de legalidad de las penas, de lo que resulta el concurso real de delitos entre el delito de homicidio calificado previsto en el inciso segundo y tercero del art. 108 del C. P. y el de violación sexual regulado en el art. 170 del código sustantivo antes anotado».* Ejecutoria Suprema del 31 de marzo de 1998, Exp. 6407-97 Cusco, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 34, p. 261.

[124] Ejecutoría Suprema del 17 de julio de 1998 Exp. 1774-98-Lima **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 34, p. 169.

[125] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 824.

[126] Velásquez Velásquez, 2002, p. 474.

independientemente [127]. Lo que se quiere decir es que deben ser varias acciones independientes y punibles [128].

a.2. La existencia de una pluralidad de lesiones de la ley penal

1562. Pluralidad de lesiones de la ley penal

El concurso puede afectar varias veces la misma disposición penal o disposiciones diferentes. Estas acciones independientes representan a estas infracciones penales [129]. Para que se llegue a tales lesiones, consideramos que no se requiere que el agente llegue a consumar todas las acciones emprendidas, pudiendo quedar alguna o todas ellas en grado de tentativa [130].

a.3. La existencia de una unidad de sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto pasivo

1563. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo

Necesariamente debe ser un solo sujeto activo de las acciones. No importa para esta figura concursal las circunstancias en que haya actuado la persona en los diferentes momentos del delito: autor, coautor, autor mediato, instigador, cómplice, o que haya actuado solo o con partícipes [131]. Como expresamos, el sujeto pasivo puede ser único o plural, esto quiere decir que una o varias personas pueden resultar afectadas por la conducta delictiva desplegada por el mismo agente [132].

---

[127] Jurisprudencia: «*Aun cuando se impone la pena más grave, en el concurso real de delitos cada ilícito penal es independiente*». Ejecutoria Suprema del 14 de setiembre de 1995 Junín **en** INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, 1996, p. 17. En otro caso: «*Han quedado acreditados los delitos de robo agravado y lesiones graves. Que estando a que estas conductas delictivas independientes y habiendo concurrido las mismas, estamos frente a lo que constituye un concurso real de delitos*». Ejecutoria del 31 de marzo de 1998, Exp. 6407-97 Cusco, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, N° 34, p. 261. En un tercer caso: «*La realización de varios delitos independientes por el mismo acusado, configura un concurso real de delitos, el cual debe ser sancionado conforme a lo dispuesto en el art. 50 del Código Penal*». Ejecutoria Suprema del 31 de marzo de 1998, Exp. 6407-97-Cuzco **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 255.

[128] BACIGALUPO, 2004, p. 557; JESCHECK/WEIGEND, 2002, pp. 784-783. Cfr. MANTILLA NOUGUÉS/RODRÍGUEZ PINZÓN, 1999, p. 260; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 299.

[129] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 484; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 461.

[130] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1995, p. 593.

[131] MANTILLA NOUGUÉS/RODRIGUEZ PINZÓN, 1999, p. 260; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2000, p. 299.

[132] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 475.

La independencia de estos delitos no se refiere sólo a delitos de diferente naturaleza [133], si no que el agente pudo haber cometido en diversas ocasiones, independientemente, el mismo delito u otros diferentes. Se distingue entre un **concurso real homogéneo** y un **concurso real heterogéneo**, que es correcta y necesaria. Es homogéneo cuando el autor comete varias veces el mismo hecho punible [134], mientras que es heterogéneo cuando al autor viola diferentes tipos penales. Ejemplo: homogéneo, quien realiza varios hurtos independientemente; heterogéneo, quien hurta, lesiona y estafa.

1564. Concurso real homogéneo y herterogéneo

a.4. Que sea juzgado en un mismo proceso penal [135]

Es necesario que el agente sea objeto de juzgamiento en un mismo proceso penal [136]. Las reglas del concurso real inciden en el proceso penal, de ahí que se hable también de un concurso real procesal [137]. Hay **concurso procesal** cuando «entre los varios delitos no hay ninguna vinculación, fuera del hecho de ser atribuidas a un mismo sujeto en un mismo proceso». Este tipo de concurso puede encontrar sustento legal en la fórmula del artículo 50 del Código penal, cuando habla de «otros tantos delitos independientes». Pero si estos delitos independientes se deben procesar, algunos en *procesos sumarios* y otros en *procesos ordinarios*, el Decreto Legislativo Nº 124 (artículo 1) señala que ante un concurso de delitos donde unos son más graves que otros el proceso a seguir será el ordinario (ya que corresponde al delito de mayor gravedad) [138]. En el Códi-

1565. Concurso procesal

---

[133] Hurtado Pozo, 2005, p. 936, num. 2402.

[134] Jurisprudencia: «*La pluralidad de acciones independientes entre sí que materializan el tipo penal configuran un concurso real homogéneo de delitos, por lo que la pena aplicable debe graduarse conforme a lo dispuesto en el art. 50 del C. P.*». Sala Penal «B» de la Corte Suprema, Exp. 038-98-Lima, 14 de abril de 1998, **en** Prado Saldarriaga, 1999, p. 266.

[135] Mantilla Nougués/Rodríguez Pinzón, 1999, p. 260.

[136] Velásquez Velásquez, 2002, p. 475.

[137] En materia procesal se relaciona con la **conexión procesal mixta** (San Martín Castro, 2001, I, p. 141).

[138] Jurisprudencia: «*Que de autos aparece que se investiga los delitos de venta ilícita de mercaderías que es de trámite ordinario y el de apropiación ilícita que le corresponde la vía sumaria; que en casos como el presente en el que existe concurso de delitos el procedimiento a seguirse será el que corresponda al delito de mayor gravedad*». Ejecutoria del 14 de enero de 1997, Sala Penal, Consulta 2878-95-B-La Libertad **en** Gómez Mendoza, 1997, p. 95. En otro caso: «*En caso de concurrencia de delitos se declara no haber mérito para pasar de juicio oral, por un delito sujeto a trámite ordinario; quedando pendiente de resolver el delito sujeto a procedimiento sumario debe devolverse la causa al juzgado de origen para que proceda con arre-*

go Procesal Penal del 2004 el artículo 33 precisa que «en caso de concurso de delitos sujetos a distintos trámites procesales, el procedimiento se seguirá de acuerdo al que corresponde al delito con pena más grave».

b. Concurso medial

1566. Concurso medial

Es un caso especial del concurso real de delitos en el que un delito es medio necesario para cometer otro delito [139]. Entre ambos delitos hay una relación de medio a fin, por lo tanto, aquí hay dos delitos: delito medio y delito fin [140][141]. Sin embargo, a diferencia del Código Penal español (artículo 77) [142], nuestra legislación no contempla una regulación expresa sobre esta materia, y creemos que está relacionada con el

---

glo al D. Legislativo 124». Décimo Cuarto Tribunal Correccional de Lima 1986, Exp. 437-86, **en** CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 1988a, p. 143. En un tercer caso: «*Cuando existe un concurso de delitos de trámite ordinario y sumario, la vía procedimental a seguirse debe ser la que corresponda al delito de mayor gravedad, aun cuando se declare no haber mérito para pasar a juicio oral por el delito más grave*». Ejecutoria del 7 de noviembre de 1996, Consulta 3161-95-B-La Libertad, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 5, Nº 13, 1999, p. 209.

[139] En materia de conexión procesal suele relacionarse a esta figura, desde el punto de vista material, con la «conexidad ideológica» y se presenta «cuando el sujeto activo del delito realiza una infracción penal como un instrumento medio para poder perfeccionar el delito fin que realmente es el que interesa y que finalmente lo lleva a cometer a él, o los diversos hechos punibles, instrumentales, que sean necesarios para conseguir su ilícita finalidad» (SAN MARTÍN CASTRO, 2001, I, p. 140).

[140] Según Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES hay casos donde se puede presentar de una acción tanto al delito medio como al delito fin dando lugar al concurso ideal o al concurso aparente de leyes, luego añade que si se está ante un concurso aparente de leyes se aplicará los principios sólo al delito fin (2000, p. 313).

[141] Jurisprudencia: «*El asesinato para facilitar la comisión de otro delito se caracteriza por la muerte de una persona como medio para hacer viable otro hecho delictivo. Si de autos se colige que el delito fin era el robo; el hecho criminoso no puede ser calificado al mismo tiempo como robo agravado ya que se estaría incurriendo en una doble valoración de la conducta incriminada, pues se trata de tipos penales excluyentes*». Ejecutoria del 30 de marzo de 1999, Exp. 375-99-Piura, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Nº 31, Gaceta Jurídica, Lima 2001, p. 294. En otro caso: «*Se halla acreditada la comisión de los delitos imputados, toda vez que con la finalidad de procurarse dinero en efectivo del banco agraviado (que era retirado mediante la emisión de cheques) los procesados elaboraron una letra de cambio supuestamente aceptadas por personas inexistentes, habiendo llegado a utilizar la firma falsificada del gerente para la aprobación de los descuentos de las letras*». Ejecutoria del 11 de mayo de 1998, Exp. 2906-97, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 374.

[142] Sobre la problemática de si el concurso medial es una manifiesta del concurso ideal (equiparado al concurso ideal por el artículo 77 del Código Penal español) o un concurso real particular: *vid.* MIR PUIG, 2004, p. 642; CHOCLÁN MONTALVO **en** CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, I, p. 429.

artículo 50 (concurso real de delitos). Ejemplo: quien lesiona gravemente a otro para robarle una gran suma de dinero; el delito medio es el de lesiones y el delito fin es el de robo.

c. Consecuencia penal

Para precisar la consecuencia penal del concurso real, se han ensayado diversas fórmulas [143]. *Primera*, ***acumulación material***, en el sentido que se aplican todas las penas correspondientes a los distintos delitos mediante una acumulación aritmética [144]. *Segunda*, **absorción**, en el sentido que la pena menor se subsume dentro de la más grave y, por tanto, los delitos menos graves serían impunes. En esta fórmula es la pena mayor la que corresponde por los demás delitos, menores a ésta, que quedan absorbidas [145]. *Tercera*, **acumulación jurídica** (asperación o exasperación) que estriba en la consideración de una pena total elevando adecuadamente la pena concreta más grave. Algunos consideran que se trata de una acumulación jurídica intermedia [146] entre la acumulación material (cuando se toma en cuenta las otras penas para dar gravedad a la pena total) y absorción (cuando se elige la pena mayor entre las penas menos graves).

1567. Consecuencia penal del concurso real

A pesar de su confusa redacción [147], creemos que el artículo 50 del Código Penal adopta el criterio de la **acumulación jurídica** [148] al establecer que se impondrá la pena del delito más grave pero teniendo en cuenta las circunstancias que están señaladas en los artículos 45 [149] y 46 [150], y no el artículo 48, por ser un error material, referidos a la valoración de la culpabilidad del agente a efectos de fijar la pena. Por ello, el juez tendrá

1568. Acumulación jurídica

---

[143] Muñoz Conde/García Arán señalan que en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación (2002, p. 490).

[144] Este sistema contradice al principio de humanidad de las penas (Bustos, 2004, I, p. 712). *Supra*. num. margs. 222 y ss.

[145] Bramont-Arias Torres, L. M., 2000, p. 295.

[146] Villa Stein, 1998, p. 439.

[147] Hurtado Pozo, 2005, p. 937, num. 2409.

[148] Peña Cabrera, 1997, p. 544; Villa Stein, 1998, p. 439; Bramont-Arias, L. M., 2000, p. 301. En el sentido de una estricta aplicación de la absorción, *vid.* García Cavero, 2004, pp. 769-770.

[149] Hurtado Pozo, 2005, p. 938, num. 2410. *Vid.* razones de este error material en relación a la exposición de motivos y al sentido del artículo 108 en el Código de 1924.

[150] Bramont-Arias Torres, L. M., 2000, p. 301.

que precisar una pena para cada delito independiente, luego tomar de ellas la que establezca la pena más grave [151] para finalmente aplicar una pena agravada del delito más grave. Los otros delitos son considerados como circunstancias agravantes. Creemos que por este camino se logra una diferencia en la punibilidad entre el concurso real y el ideal. *De lege ferenda* (y motivado por el incremento de la criminalidad), el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 declara que «se impondrá la pena del delito más grave hasta un tercio sobre el extremo máximo» (artículo 52).

1569. Concurso real y prescripción

Con respecto a la *prescripción de la acción penal*, en esta figura concursal las acciones prescriben separadamente de acuerdo al plazo señalado para cada delito (artículo 80, Código penal).

d. Concurso real retrospectivo

Es una forma especial del concurso real de delitos cuya peculiaridad, de carácter procesal, consiste en que el sujeto, que ya ha sido sentenciado, puede ser de nuevo juzgado si se descubre un nuevo delito cometido antes de la sentencia. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 define al *concurso real retrospectivo*: «Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente, de acuerdo con las reglas del concurso, fijándose la reparación civil para el nuevo delito descubierto» (artículo 53).

1570. Concurso real retrospectivo

1571. Refundición de penas

Nuestra jurisprudencia utiliza la institución de la **refundición de penas** [152] para el concurso real retrospectivo, que consiste en el tratamiento único de la pena impuesta al condenado, es decir, que las sentencias pronun-

---

[151] Jurisprudencia: «*La conducta realizada por el acusado se subsume vía concurso real, toda vez que hay pluralidad de resultados realizados en distintos tiempos. Por lo que a efectos de determinar la pena resulta aplicable al acusado la pena más grave en virtud del principio de absorción previsto en el numeral 50 del C. P.*». Resolución de la Décima Sala Penal de Lima del 30 de abril de 1997, Exp. 787-97, **en** GÓMEZ MENDOZA, 1999, p. 308. En otro caso: «*Corresponde a esta suprema sala realizar una correcta tipificación en estricto respeto del principio de legalidad a fin de evitar la indeterminación en la aplicación de la Ley Penal, por lo que debe de subsumirse la conducta como un concurso real de delitos en los incisos tercero y cuarto de la primera parte del art. 189 del C. P. vigente a la fecha de los hechos, y en el art. 427 del referido código sustantivo*». Ejecutoria Suprema del 25 de noviembre de 1997, R. N. 4932-97 Arequipa **en** ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 131.

[152] PRADO SALDARRIAGA, 2000, p. 142.

ciadas en las causas por delitos conexos, en este caso por delitos que entran en concurso real, sean objeto de un tratamiento único [153].

El Pleno Jurisprudencial Penal realizado en Ica (1998) [154] en su Acuerdo Plenario 01-98, determinó los siguientes puntos con respecto a la aplicación de la refundición de penas: *Primero*, la refundición de penas debe ser interpretada y aplicada en la perspectiva sustantiva, no perdiendo de vista el derecho del justiciable de merecer un tratamiento único. En consecuencia, para refundir penas se requiere que entre los hechos objeto de condena medie una relación de concurso real, sin que entre ellos se haya pronunciado una sentencia firme o se haya reducido una causa extintiva de la acción. *Segundo*, procede la refundición en caso que la pena anterior se esté ejecutando en beneficio penitenciario o haya sido suspendida en su ejecución. *Tercero*, en ningún caso puede el procesado verse perjudicado por actos o situaciones que hayan impedido que la última sentencia dictada en su contra refunda las distintas penas que debe cumplir. Por el principio que prohíbe la autoincriminación no puede exigirse al procesado que sea la fuente que dé cuenta de las condenas anteriores que debe cumplir.

1572. Refundición de penas y Pleno Jurisprudencial Penal

El artículo 51 del Código Penal (modificado por Ley 26832) ofrece dos soluciones procesales para este caso especial de concurso real: *Primera*, si la pena al nuevo delito descubierto fuera una pena inferior a la impuesta por el delito ya sentenciado, se dispone el sobreseimiento y su archivamiento. *Segunda*, si la pena correspondiente al nuevo delito des-

1573. Supuestos de concurso real retrospectivo

---

[153] Jurisprudencia: *«Es derecho de toda persona sentenciada y condenada en más de una oportunidad la facultad de acogerse a la refundición de penas, siempre y cuando su pedido reúne los requisitos de procedibilidad contenida en la cuarta disposición transitoria de la ley 10124 y lo dispuesto por le art. 51 del C. P.»*. Ejecutoria Suprema del 17 de setiembre de 1997, Exp. 4045-97 Lima en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 133. En otro caso: *«El objeto de la refundición es que las sentencias pronunciadas en las causas por delitos conexos sean objeto de un tratamiento único, siendo sus requisitos la conexión de causas y la temporalidad, es decir, que las causas a refundirse hayan sido pasibles de aumentación en algún momento y que además la segunda condena deba de haber sido causado por un hecho anterior a la primera; en el presente caso, el no precisarse en la segunda sentencia la fecha en que sucedieron los hechos, no se cumple con los requisitos establecidos en la ley 10124»*. Sentencia de la Sala Penal de Bandas y Terrorismo del 25 de enero de 1999, Exp. 110-98, en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 133. En un tercer caso: *«En materia de ejecución de condenas, nuestro modelo nacional está circunscrito al sistema de cumplimiento único de penas, tanto así que funciona el criterio de refundición de penas; sistema que resulta contrario a la acumulación o suma de penas, por lo que no resulta legalmente válido sumar el cumplimiento de más de una pena impuesta contra una persona»*. Sentencia 672 de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior del Cono Norte de Lima del 21 de diciembre de 1999, Exp. 99-507, en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 133.

[154] VILLAVICENCIO, 2002, p. 761.

cubierto resulta ser superior a la impuesta en la sentencia condenatoria, el proceso abierto por estos hechos seguirá su curso, aplicando al sujeto la pena correspondiente.

Jurisprudencia:

«Al producirse la figura del concurso real retrospectivo (artículo 51 del Código penal), el órgano jurisdiccional está en obligación de dictar el sobreseimiento de la causa y por ende su archivo definitivo, cuando en fecha posterior a la expedición de una sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta» [155].

1574. Constitucionalidad del concurso real retrospectivo

Existe un debate sobre la constitucionalidad de la Ley 26832 que modificó el artículo 51 del Código Penal. En este sentido, el Acuerdo Plenario Nº 7-97 del Pleno Jurisdiccional Penal reunido en Arequipa [156], en su cuarta disposición, considera que «no es inconstitucional, ya que no afecta el principio del debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia ni el derecho a la igualdad ante la ley». Este acuerdo ha sido elevado a la categoría de *jurisprudencia vinculante* [157]

---

[155] Ejecutoria del 24 de abril de 2000, R. N. 122-2000, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 67.

[156] Otros acuerdos del Pleno, con respecto a esta materia, son lo siguientes: *Primero*, para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tener presente los supuestos de eximentes incompletos y atenuaciones especiales. *Segundo*, el sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil. En estos casos no se computa el tiempo de duración del proceso penal por cuanto ha operado una causal de suspensión de la prescripción de la acción civil. *Tercero*, en que el delito recién descubierto mereciera una pena igual a la impuesta en la sentencia condenatoria no puede sobreseerse el proceso. En este supuesto la causa debe proseguir, y en su oportunidad se aplicará, de ser el caso, lo dispuesto en la Ley 10124.

[157] Ejecutoria suprema del 23 de febrero de 2005, R. N. 2367-2004, considerando octavo. En el sentido de la inconstitucionalidad de este artículo, *vid.* Exp. 09-97, Sentencia (voto singular) de la Sala Penal Corporativa de Bandas y Terrorismo Especial, 11 de agosto de 1999, en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, pp. 133-134: *«El art. 51 del C. P. regula la figura del concurso real retrospectivo, el mismo que conforme está redactado merece una adecuada interpretación en observancia de los principios de equidad, seguridad jurídica y protección de bienes jurídicos; por tal razón, es del caso significar en primer lugar que la referida institución no es sino una derivación de la acumulación de causas por conexión procesal; no obstante lo anterior, de aplicarse el dispositivo mencionado quedarían en la impunidad actos de comisión delictiva, e incluso cabe la posibilidad que de seguirse tramitando los procesos penales por los delitos de menor gravedad puede recaer una sentencia absolutoria; que la aplicación de la norma penal en referencia importa una abierta violación a derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado: dere-*

§112. Unidad de ley (concurso aparente de leyes)

Creemos que es más adecuado referirnos al concepto de **unidad de ley** [158] 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 sólo* de dichos tipos penales [159]. El Código Penal peruano no contiene ningún dispositivo que lo regule, como sí lo tenía el Código Penal de 1924 en su artículo 106 [160]. Ejemplo: la madre que mata a su hijo durante el parto comete infanticidio (artículo 110, Código penal) pero su conducta también sería típica en parricidio (artículo 107, Código penal), pero el contenido del injusto corresponde de manera más completa al infanticidio.

1575. Concurso aparente de leyes

La *diferencia* del concurso aparente de leyes con el *concurso ideal* es que precisamente en el concurso aparente hay *unidad de ley* en tanto que en el concurso ideal hay *pluralidad de leyes* [161]. Así, en el concurso aparente se produce el fenómeno que una ley excluye a otra [162] (unidad de ley), lo que no ocurre en el concurso ideal en el que se aplica la pena del delito más grave, pero no se excluye ninguna ley.

1576. Concurso aparente de leyes y concurso ideal

Sobre la *naturaleza* de la unidad de ley se debate si es una cuestión propia del estudio de la interpretación de la ley penal [163] o si es un verdadero

---

cho a la igualdad, tutela judicial efectiva de las víctimas y presunción de inocencia; que existiendo colisión de normas, el art. 138 en su segunda parte, faculta al magistrado a que en caso de incompatibilidad de normas de naturaleza inconstitucional y en otros de naturaleza legal deba aplicarse el control difuso, prefiriendo la primera con las citadas y optando por la inaplicabilidad del artículo cuestionado».

[158] Término que prevalece en la doctrina alemana: SANZ MORÁN, 1986, p. 120. Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 830; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, p. 551.

[159] BUSTOS, 2004, I, p. 588.

[160] Contiene reglas sobre el concurso aparente de leyes el artículo 8 del Código Penal español de 1995.

[161] Por eso consideramos preferible la denominación unidad de ley. Sin embargo, en la tradición jurídica nacional se sigue hablando del llamado «concurso aparente de leyes».

[162] «Rige el principio de exclusión ya que de tantos tipos penales que configura un hecho delictivo determinado sólo uno de ellos se aplicará a tal caso» (MEZGER, 1955, p. 345).

[163] BUSTOS, 2004, I, pp. 588 y ss.

1577. Naturaleza jurídica del concurso aparente de leyes

caso de concurso [164] o «una apariencia de concurso» [165]. Creemos que su estudio no puede apartarse del concurso ideal siendo una excepción a este principio [166].

Jurisprudencia:

«El concurso aparente de normas surge cuando un sujeto realiza una acción ante la cual concurren de manera aparente varias disposiciones legales, cuando en realidad una sola es la aplicable a dicha acción; por lo mismo no es exactamente un problema concursal sino uno de interpretación, o lo que es lo mismo, la cuestión es establecer qué tipo legal es el aplicable a la conducta del agente» [167].

a. Principios

1578. Principios del concurso aparente de leyes

Existen reglas o principios (especialidad, consunción, subsidiariedad) [168] que resuelven la unidad de ley (concurso aparente) cuyo propósito es determinar cuál de las normas es la que con mayor precisión y plenitud comprenda a las diferentes circunstancias del hecho delictivo. No necesariamente la de mayor sanción sino la que mejor subsuma al hecho [169]. Actualmente, se sostiene que con el principio de especialidad es posible resolver todos los supuestos del concurso aparente de leyes [170].

a.1. Principio de especialidad (Lex specialia derogat lex generalis)

Entre dos o más tipos, uno excluye al otro porque contempla de manera más específica al hecho, es decir, el tipo legal más específico prima sobre

---

[164] PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 182.

[165] *Ibidem*, p. 183.

[166] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 831.

[167] Ejecutoria Suprema del 25 de enero de 1996, Exp. 4647-95 Lambayeque, en ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS, 2001, p. 132.

[168] La doctrina ha abandonado (tanto en Italia como en Alemania) el llamado **principio de alternatividad**, en el sentido que dos tipos operen paralelamente como consecuencia de un *error legislativo*. *Vid. infra*. núms. margs. 1586-1587.

[169] Cfr. QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 756.

[170] JAKOBS, 1995, p. 1050, num. 12; GARCÍA CAVERO, 2003, p. 747. A esto, ZAFFARONI señala que es verdad que en la subsidiaridad suele existir también un contenido más rico en el tipo que se aplica, pero no puede decirse lo mismo de la consunción. De cualquier manera existen casos de subsidiaridad en que el tipo aplicable no tiene mayor riqueza de contenido, sino que interfiere a los restantes por decisión del legislador» (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 832).

el tipo más general [171]. Ejemplo: el asesinato (artículo 108, Código penal) es especial en relación al homicidio simple (artículo 106, Código penal). Cuando utilizamos este principio debemos ubicar al precepto penal que incluya la mayor parte de los hechos, es decir, que tenga todos los elementos del otro tipo penal; pero, adicionalmente, algún elemento que indique un fundamento especial de la punibilidad [172].

1579. Principio de especialidad

Esta relación de especialidad se presenta entre tipos básicos con los cualificados o privilegiados [173] (v. gr. homicidio con asesinato; homicidio con infanticidio) y, tipos simples con tipos compuestos (v. gr. hurto en relación al robo) [174].

1580. Supuestos de especialidad

a.2. Principio de subsidiariedad (Lex primaria derogat legi subsidiariae)

Consiste en aplicar una norma subsidiaria o auxiliar cuando no se puede aplicar la norma principal [175]. «En la actualidad, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que en la subsidiaridad media una unidad de conducta y que ésta abarca tanto el supuesto en que una ley subordina su aplicación a la inaplicabilidad de otra –caso de especialidad–, como el supuesto aquí considerado exclusivo de subsidiaridad, es decir, el descarte de la tipicidad correspondiente a la afectación de intensidad menor» [176].

1581. Principio de subsidiariedad

---

[171] Mir Puig, 2004, p. 646; Berdugo *et al.*, 1999, p. 309; Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 494. Zaffaroni refiere a que «esta relación de subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual» (Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 832).

[172] Bacigalupo, 2004, p. 538; Quintero Olivares, 2000, p. 758.

[173] Bacigalupo, 2004, p. 538; Bramont-Arias Torres, L. M., 2000, p. 311.

[174] Jurisprudencia: «*Si bien la conducta desplegada por el agente puede encuadrarse en más de un tipo penal, debe ser de aplicación aquel que prevea el carácter pluriofensivo de su conducta, de modo que en aplicación del principio de especialidad, la figura típica de lesiones graves se encuentran subsumidas dentro de los alcances del tipo penal que prevé el delito de robo agravado*». Ejecutoria del 7 de octubre de 1999, R. N. 3274-99- Piura en Rojas Vargas, 2000, p. 107. En otro caso: «*En el presente caso se presenta lo que en doctrina general se denomina un concurso aparente de leyes, entre los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, el mismo que se resuelve al amparo del principio de especialidad a favor del último delito mencionado, cuya descripción típica absorbe a los otros delitos*». Ejecutoria Suprema del 31 de agosto de 1998, Exp. 1052-97 Lima, en Rojas Vargas/Infante Vargas, 2001, p. 132.

[175] Mezger, 1955, p. 346.

[176] Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 833. *Vid.* Bramont-Arias Torres, L. M., 2000, p. 311.

1582. Subsidiariedad expresa y tácita

La subsidiariedad puede ser: expresa o tácita. La **subsidiariedad expresa** se presenta cuando el texto penal indica expresamente cuál es el tipo prevalente, ya sea remitiendo a otro tipo o utilizando expresiones relativas a la aplicación del delito más grave [177]. En la **subsidiariedad tácita** la existencia de tal relación se determina a través de la interpretación. Así, las formas imperfectas de la imputación del delito (tentativa) son subsidiarias respecto a la consumación, como lo son también las formas de participación frente a la autoría, la complicidad secundaria frente a la complicidad necesaria [178].

a.3. Principio de consunción (Lex consumens derogat legi consumptae)

1583. Principio de consunción

Consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas en aquel [179]. Se da cuando el contenido de injusto y de la imputación personal de un delito están incluidos en otro. Es decir cuando un tipo más grave incluye a uno menos grave [180]. Ejemplo: en el tipo de homicidio quedan consumidas las lesiones.

1584. Consunción y subsidiariedad

Resulta difícil dar pautas claras para la diferenciación con el **principio de subsidiariedad**, pero debemos considerar que no estamos en una comparación abstracta de los tipos concurrentes, «sino en el modo efectivo y concreto de verificarse el supuesto en estudio, y operando con pautas valorativas, es decir, que el desvalor captado por uno de los tipos aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro»[181].

1585. Hecho acompañante típico y hecho posterior impune

La consunción opera con unidad o pluralidad de acciones. En el primer supuesto da lugar al denominado «**hecho acompañante típico**». Ejemplo: los daños causados a los bienes quedan consumidos en el hurto agravado. Mayor interés presenta el segundo supuesto conocido como «**hecho posterior impune o copenado**», que se presenta en acciones que se cometen normalmente después de una infracción precedente para agotarla, utilizarla o protegerse de la persecución, siempre que no se incremente el daño causado por el hecho precedente [182]. Esta figura opera, común-

---

[177] SANZ MORÁN, 1986, p. 123; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 478.

[178] SANZ MORÁN, 1986, p. 124.

[179] BERDUGO *et al.*, 1999, p. 309; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M, 2000, p. 312.

[180] BACIGALUPO, 2004, p. 539.

[181] SANZ MORÁN, 1986, p. 125.

[182] *Ibidem*, p. 126.

mente, en delitos contra el patrimonio. Ejemplo: el aprovechamiento del bien que fue objeto del hurto o el uso de documento por parte del sujeto que lo falsificó.

a.4. La problemática de la alternatividad

1586. Problemática de la alternatividad

Si bien la doctrina ha abandonado el principio de alternatividad, se considera que ésta tendría su campo de aplicación exclusivamente para el supuesto de dos tipos penales que operen paralelamente como consecuencia de un *error legislativo*. Se ha señalado que un error del legislador no puede servir de sustento a una elaboración doctrinal (MORO). Se tratarían de «impremeditadas duplicidades del legislador» [183]. Ejemplo: el tipo de *perturbación electoral* contenido tanto en el artículo 354 del Código Penal de 1991 y en la Ley Orgánica de Elecciones de 1997, Ley 26859, en el artículo 384 inciso b [184].

1587. Soluciones al problema de tipos alternativos

En la doctrina se han ensayado soluciones para el supuesto de tipos alternativos, como la de aplicar la pena mayor [185] o negar la posibilidad de elección entre las dos en función a si se trata de una ley que repite declarativamente a la anterior o la ley posterior se habría dictado como regulación independiente [186].

---

[183] *Ibidem*, p. 127.

[184] HUGO VIZCARDO (2003, p. 107) considera que se trata de una duplicidad de normas con penas distintas que debe solucionarse aplicando lo que más convenga al procesado.

[185] SANZ MORÁN, 1986, p. 127; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., en *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 18, Lima 2000, p. 20.

[186] «Sin embargo, la posibilidad de elección no existiría, pues o bien habría que entender la ley posterior como repetición declarativa de la anterior, y entonces habría que punir por la anterior, o bien la ley posterior se habría dictado como regulación independiente, y entonces tendría como *lex posterior* virtualidad derogatoria sobre la *lex prior*» (JAKOBS, 1995, p. 1050, nota 13). Cfr. GARCÍA CAVERO, 2003, p. 756.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

Las cifras entre paréntesis remiten a los números marginales en donde se encuentran los extractos de jurisprudencias y acuerdos plenarios.

A

Acción y omisión (1428)
Ej. 25/agosto/1999, Exp. 2528-99 Lima

Actos preparatorios
no sancionables (879)
Ej. 11/enero/1999, Exp. 4804-98 Huaura
Ej. 18/mayo/1994, Exp. 111-94
sancionables (881)
Sent. 20/abril/1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto

Ámbito de responsabilidad de la víctima (715)
Ej. 13/abril/1998, Exp. 4288-97 Ancash
Ej. 25/febrero/1997, Exp. 1789-96 Lima

Anomalía psíquica (1332)
Sent. 20/agosto/1995, Exp. 972-95

Aplicación temporal de la ley procesal penal
en el sentido de irretroactividad (357, 358)
Exp. 209-86
Sent. TC, Exp. 1300-2002-HC/TC
en el sentido de retroactividad benigna (357)
Exp. 10-85

Atenuación de la pena por imputabilidad restringida
aplicación facultativa (1354)
Exp. 0130-96 Cusco
caso (1352)
Sent. 30/setiembre/1994, Exp. 412-94

Atipicidad objetiva (809)
Ej. 20/enero/1997, Cons. 3198-95-B Lima

Atipicidad subjetiva (810)
Cons. 3837-96 La Libertad
Ej. 30/setiembre/1997S, Exp. 1262-97
Ej. 18/mayo/1998, Exp. 8157-97

Ausencia de acción (585)
Ej. 18/setiembre/1998, Exp. 3019-98 Puno

Autoría inmediata
conforme a la teoría del dominio del hecho
R. N. 4354-97 Callao
en delitos especiales (1088 cit.)
Acuerdo 3, Pl. Juris. Trujillo

Autoría mediata
autoría mediata por aparatos organizados de poder (1060)
Ej. 16/marzo/2000, Exp. 5049-99 San Román-Juliaca
intermediario que actúa en cumplimiento del deber (1049)
Ej. 25/mayo/1998, Exp. 843-98 Lima
irresponsabilidad por excesos del intermediario (1040)

Ej. 9/octubre/1997, Exp. 3840-97 Ayacucho
en delitos especiales (1089 cit.)
Acuerdo 3, Pl. Juris. Trujillo

C

Causalidad (688)
Ej. 2/octubre/1998, Exp. 3479-98 Lima

Causalidad adecuada (695)
Sent. 24/ noviembre/ 2004, Exp. 306-2004

Causalidad e imputación objetiva (700)
Sent. 24/noviembre/2004, Exp. 306-2004
Ej. 24/noviembre/1998, Exp. 4034-98
Ej. 30/enero/1997, Exp. 5445-97
Ej. 24/abril/1998, Exp. 550-98

Clases de imprudencia (854)
Ej. 6/agosto/1998, Exp. 8653-97

Coautoría
aporte necesario (1078)
Ej. 25/marzo/1999, Exp. 201-99 Lima
como dominio funcional del hecho (1065)
Ej. 9/octubre/1997, Exp. 4484-97 Cañete
Ej. 19/octubre/1998, Exp. 3535-98 Huánuco
decisión común (1068)
Exp. 2874-94-Lima
delimitación entre coautor y cómplice (1090)
Ej. 6/mayo/1999 Cañete, R. N. 5924-97 Piura
no participación en la ejecución (1079)
Ej. 20/noviembre/1997, Exp. 3900-97 Lima
Ej. 29/diciembre/2004, R. N. 2220-2004 Ayacucho
principio de distribución funcional del trabajo (1068)
R. N. 4647-95 Lambayeque
principio de imputación reciproca (1070)
Exp. 2874-94-Lima
reparto funcional de roles (1069)
Ej. 26/marzo/1999
Ej. 6/abril/2000, Exp. 490-99 Cono Norte de Lima
requisitos de la coautoría (1067)
Exp. 4165-97 Ica
R. N. 6017-97 Lima
Ej. 21/julio/2004, R. N. 1260-2004
Ej. 14/setiembre/1998, Exp. 3471-98
Ej. 6/mayo/1999 Cañete
en delitos especiales (1088 cit.)
Acuerdo 3, Pl. Juris. Trujillo

Co-culpabilidad (1427)
Exp. 589-98-P/CAM Camaná
Exp. 88-94

Combinación de leyes penales en el tiempo (371)
interpretación integrativa
Ej. 9/diciembre/1994, Exp. 520-93-B-Lima
Ej. 26/abril/1999, Exp. 4882-98
Ej. 5/mayo/1993, Exp 662-92 Lima
prohibición de lex tertia
Exp. 78-85 Lima
Ej. 20/noviembre/1998, Exp. 2476-98 Lima
Ej. 4/noviembre/1985, Exp. 729-85

Complicidad
diferencia con autoría (1167)
R. N. 1658- 97 Lima
formas de complicidad (1168)
Sent. 5/agosto/1999, Exp. 98-174
momento del aporte (1174)
Ej. 7/julio/1999 Ucayali
promesa anterior (1175)
Vot. Sing. en Ej. 30/diciembre/2004, R. N. 2976-2004

Complicidad primaria
casos (1179)
Ej. 31/marzo/1998, Exp. 590-98 Lima
Ej. 28/enero/2000, R. N. 4231-99
requisitos (1179)
Ej. 6/octubre/1999, Exp. 3086-99 Lima

Complicidad secundaria
casos (1178)
Ej. 19/noviembre/1997, Exp. 4614-97 Lima
Ej. 17/junio/1993, Exp. 630-93 Lima
Ej. 10/noviembre/1998, Exp. 4188-98 Callao

Concurso ideal
casos (1540)
Ej. 18/setiembre/1997, Exp. 668-97 Lambayeque
Ej. 25/setiembre/1998, Exp. 1398-98
Sent. 23/ marzo/2002, Exp. 06-2001 Lima
consecuencia penal (1555)
Ej. 7/agosto/1993, Exp. 355-93
Ej. 13/setiembre/1999, R. N. 147- 99
y prescripción (1556)
Ej. 13/enero/1997, Cons. 2854-95-B
Ej. 11/diciembre/1997, Exp. 4561-97-A
y principio de especialidad (1542)
Ej. 26/abril/1998, Exp. 4963-97

Concurso ideal heterogéneo (1545)
Exp. 573-97 Huari

Concurso medial (1566)
Ej. 30/marzo/1999, Exp. 375-99-Piura
Ej. 11/mayo/1998, Exp. 2906-97

Conducta neutral
Ej. 16/setiembre/2004, R. N. 2270-2004 La Libertad (1140)
Ej. 7/marzo/2001, R. N. 4166-99 (1173)
Ej. 24/noviembre/2004, R. N. 608-2004 Ucayali (1173)

Concurso real
casos (1558)
Ej. 17/julio/1998, Exp. 1774-98-Lima
Ej. 31/marzo/1998, Exp. 6407-97 Cuzco
consecuencia penal (1568)
Res. 30/abril/1997, Exp. 787-97
Ej. 25/noviembre/1997, R. N. 4932-97 Arequipa

Concurso real homogéneo (1564)
Ej. 24/abril/2000, Exp. 038-98 Lima

Concurso real retrospectivo
en sentido de constitucionalidad (1574)
Ejecutoria Vinculante 23/febrero/2005, R. N. 2367-2004
Acuerdo 7, Pl. Juris. Arequipa
en sentido de inconstitucionalidad (1574)
Vot. Sing. en Sent. 11/agosto/1999, Exp. 09-97
soluciones procesales (1573)
Ej. 24/abril/2000, R. N. 122-2000

Conciencia disidente (1396)
Vot. Sing. en Sent. 29/octubre/2003, Exp. 2001-1575
Ej. 5/octubre/2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte

Conocimiento
contenido (757)
Ej. 20/mayo/1998, Exp. 132-98

Consentimiento
ámbito de eficacia del consentimiento (735)
Ej. 31/marzo/1998, Exp. 378-98
Ej. 30/noviembre/1998, Exp. 4165-98 Lambayeque
capacidad (738)
Ej. 10/enero/2000, Exp. 4385-99 Amazonas
Ej. 7/mayo/1999, Exp. 935-99 Junín
Ej. 23/marzo/1998, Exp. 7864-97
Ej. 31/enero/ 2005, R. N. 3665-2004 San Martín
Ej. Vin. 21/enero/2005, R. N. 1628-2004 Ica
como una figura atenuante de la pena (735)
Ej. 10/mayo/1999, Exp. 31-I.-1-98
ineficacia en violación de menores de edad (736)
Exp 1877-1998

Criterios de la imputación objetiva (701)
R. N. 1767-97
Ej. 3/junio/1998, Exp. 6239-97 Ancash

Culpa consciente (855)
Exp. 167-97-P/COR Camaná

Culpa inconsciente (856)
Ej. 3/octubre/1997, Exp. 3365-96 Piura

Cumplimiento de deberes de función o de profesión
como causa de atipicidad (723)
Ej. Vin. 22/diciembre/2004, R. N. 1062-2004 Lima
Ej. 22/diciembre/1998, Exp. 4730-98
como causa de justificación (723)
Ej. 21/mayo/1998, Exp. 2683-97 Lima
obligación específica de actuar (724)
R. N. 1346-97 Ica

D

Deber de cuidado
concepto (825)
Ej. 2/abril/1998, Exp. 2007-97 Lima
criterio objetivo de la determinación del deber de cuidado (826)
Ej. 7/setiembre/1998, Exp. 3475-98
deber de cuidado externo (829)
Ej. 29/enero/1998, Exp. 6685-97
fuentes del deber de cuidado
Ej. 7/setiembre/1998, Exp. 3475-98 (832)
Exp. 167-97-P/COR Camaná (833 cit.)
Ej. 7/enero/1998, Exp. 6095-97 (833 cit.)
infracción al deber de cuidado (838)
Ej. 16/junio/1998, Exp. 798-98
Ej. 20/enero/2005, R. N. 2161-2003 Cono Norte
Ej. 13/mayo/1998, Exp. 5705-97
Ej. 28/enero/1998, R. N. 2565-97 Cono Norte
Exp. 19-97 Arequipa

Delito continuado
concepto (1517 cit.)
Acuerdo 2, Pl. Juris. Ica
conexión temporal: casos (1530)
R. N. 2028-99 Callao
Ej. 26/octubre/1999-Sala C, Exp. 2697-99 Lima
Ej. 24/marzo/1999, R. N. 212-99- Ica
igual norma violada (1527)
Exp. 1659-80
requisito subjetivo (1531)
Ej. 21/noviembre/1997, Exp. 4938-97
Exp. 573-97 Huari
consecuencia penal (1537)
Acuerdo 2, Pl. Juris. Ica

Delito de estado (671)
Ej. 19/enero/1998, Exp. 4133-97

Delito de infracción de deber (660)
Exp. 3299-94-B Lima
Ej. 9/noviembre/1998, Exp. 2730-98

Delito de peligro (672)
Ej. 31/marzo/1995, Exp. 19-95

Delito imprudente
sistema de numerus clausus (819)
Ej. 7/enero/1998, Exp. 6095-97
fundamento referido sólo al desvalor de acción (821 cit.)
Ej. 7/enero/1998, Exp. 6095-97
causalidad (824 cit.)
Ej. 13/agosto/1999, Exp. 0031-99-AS Loreto
error sobre la evitabilidad del resultado (860)
Ej. 24/noviembre/2004, Exp. 306-2004
tentativa y participación (861)
Ej. 24/noviembre del 2004, Exp. 306-2004
imputación objetiva (824 cit.)
Ej. 21/setiembre/1998, Exp. 3355-98
elementos de la imputación objetiva (824 cit.)
Ej. 13/abril/1998, R. N. 4288-97 Ancash
identificación individual del agente (844, cita)
Ej. 18/marzo/1998, Exp. 6534-97
Ej. 7/enero/1998, Exp. 6095-97
relación de riego desaprobado y resultado
Ej. 2/noviembre/1998, Exp. 5032-97 (844)
Ej. 14/enero/1998, Exp. 6109-97 (844)
Exp. 167-97-P/COR Camaná (845)
imputación a la víctima (839)
Ej. 25/febrero/1997, Exp. 1789-96 Lima
Ej. 13/abril/1998, Exp. 4288-97 Ancash
Ej. 10/abril/1997, Exp. 2151-96
concurrencia de culpas (846)
Res. 18/marzo/1998, Exp. 6534-97 Lima
previsibilidad objetiva del resultado (847)
Ej. 24/abril/1998, Exp. 550-98
Ej. 6/agosto/1998, Exp. 8653-97

Delito instantáneo (669)
Ej. 30/junio/1998, Exp. 639-98 Lima
Acuerdo 2, Pl. Juris. 1998 Ica

Delito permanente (670)
Ej. 20/mayo/1996, Exp. 332-95
Acuerdo 2, Pl. Juris. 1998 Ica

Delito pluriofensivo (675)
Ej. 12/agosto/1999, R. N. 2435-99 Huánuco

Desistimiento
volutariedad (956)
Ej. 29/octubre/1970

Determinación de la favorabilidad de la ley penal (368)
Ej. 10/junio/1998, Exp. 1697-98 Lima

Dolo
como elemento de la culpabilidad (751)
Ej. 23/abril/1998, Exp. 6500-97
concepto (752)
Ej. 26/marzo/1998, Exp. 455-97 Callao
elementos (755)
Ej. 19/noviembre/1998, Exp. 4230-98 Puno

Dolo eventual
determinación (796)
Exp. 589-94 Ancash
Exp. 3242-94
Ej. 13/mayo/1998, Exp. 8619-97
diferencia con la culpa consciente (797)
Ej. 24/noviembre/2004, Exp. 306-2004
Exp. 167-97-P/COR Camaná

E

Ejercicio legítimo de un derecho
derecho de denunciar (1254)
Exp. 62-96 Ancash
Ej. 17/diciembre/1997, Exp. 5676-97
derecho de información, opinión, expresión y difusión (1253)
Ej. 1/diciembre/1997, Exp. 6971-97
Vot. Sing. en Ej. 23/abril/1998, Exp. 6500-97 Lima
Ej. 28/abril/ 2005, R. N. 3301-04 Lima.

Error de comprensión culturalmente condicionado
como causa de justificación (1389)
Ej. 9/junio/2004, R. N. 975-04 San Martín
como error
Exp. 98-93 Lambayeque (1381)
pericia antropológica (1385)
Sent. 5/octubre/2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte

Error de prohibición
concepto (1369)
Ej. 4/octubre/1999, R. N. 2721-99 Junín
error de prohibición directo (1370)
Exp. 97-17273, Lambayeque
error de prohibición indirecto (1373)
Exp. 498-98-P/CAM Camaná
Ej. 15/octubre/1997 (Cons.), Exp. 4103-96
vencibilidad (1374)
Sent. 19/junio/1998 (1374)
Sent. 11/junio/1997, Exp. 1298-96 (1377)

Error de tipo
Ej. 7/julio/1998, Exp. 426-97 (767)
Ej. 30/diciembre/1997, R. N. 2104-97 (767)
Ej. 27/enero/2005, R. N. 3801-2004 Tacna (769)

Error de tipo invencible (772)
Ej. 27/enero/2005, R. N. 3801-2004 Tacna
Exp. 559-97
Ej. 27/abril/1999, Exp. 98-3971 Huaura

Error de tipo vencible
R. N. 3753-97 Ayacucho (771)
Ej. 7/junio/2005, R. N. 1251-05 Ica (771 cit.)

Estado de necesidad exculpante (1407)
Ej. 24/noviembre/1995, Exp. 557-95 Callao
Ej. 9/julio/1999, Exp. 1853-99 Lima

Estado de necesidad justificante
casos (1231)
Ej. 5/julio/1999, Exp. 386-99 Lambayeque
Ej. 2/octubre/1995, Exp. 431-95 Junín
concepto (1236)
Ej. 20/setiembre/1995, Exp. 281-95 Junín

Extradición
in dubio pro extraditurus (421)
Ej. 6/julio/1998, Exp. 03-94
por reciprocidad (415)
Exp. 13-94 Lima, Exp. 15-94 Lima

F

Fases del delito o iter criminis (873)
Ej. 11/enero/1999, R. N. 4804-8, Huaura
Exp. 573-97 Huari

G

Garantías del principio de legalidad (290)
Sent. 20/mayo/1998, Exp. 169-98

Grave alteración de la conciencia (1338)
Exp. 851-98-P/COT Camaná

I

Ideación
impunidad (876)
Ej. 11/enero/1999, R. N. 4804-8 Huaura

Imputabilidad (1326)
Ej. 30/setiembre/1996, Exp. 1400-95 Junín
Ej. 29/setiembre/1993, Exp. 1297-93 Lima

Imputabilidad restringida
casos (1350)
Ej. 29/setiembre/1993, Exp. 1297-93
atenuación de la pena (1353-1354)
Acuerdo 4, Pl. Juris. Iquitos

Inimputabilidad por esquizofrenia paranoide (1335)
Ej. 17/mayo/1999, Exp. 011-98
Ej. 30/setiembre/1996, Exp. 1400-95 Junín

Interrupción externa
en tentativa acabada (977)
Ej. 30/marzo/1998, Exp. 152-97
Ej. 6/julio/1976
en tentativa inacabada (976)
Sent. 20/enero/1999, Exp. 98-0191-1215-JX01P Huánuco
Exp. 2760-97 Lima

Irretroactividad de la ley de ejecución penal (359)
Sent. TC 10/diciembre/2003, Exp. 2196-2002-HC/TC
Ej. 6/enero/2004, Exp. 014-2001

L

Legítima defensa
fundamento (1197)
Exp. 4742-96 Lima
Sent. 17/setiembre/1996, Exp. 1655-91
proporcionalidad de los medios (1213)
Exp. 279-93 Lima
racionalidad de la defensa (1212)
Sent. 17/setiembre/1996, Exp. 1655-91
Ej. 10/febrero/1992, Exp. 1336-91 Lima
Ej. 14/junio/1999, Exp. 1985-99 Lima
requisitos (1199)
Ej. 27/abril/1998, Exp. 4986-97

Legítima defensa incompleta (1222)
casos (1222)
Ej. 9/noviembre/1990, Exp. 122-90 Callao
atenuación de la pena (1224)
Acuerdo 4, Pl. Juris. Iquitos

Leyes sustitutivas por retroactividad benigna (367)
Sent. Pl. Nº 2-2005/DJ-3001-A, 26/noviembre/2005

M

Medidas de seguridad
juicio de prognosis de peligrosidad del delincuente (167)
Ej. 18/enero/2000, Exp. 4749-99 Lima
medida de seguridad post-delictual (170)
Ej. 07/agosto/1998, Exp. 596-98

Miedo insuperable
Ej. 17/junio/1998, Exp. 1866-98 Sicuani-Cusco (1411)
Sent. 16/mayo/1991 (1412)
Ej. 6/marzo/1995 (1415)
Ej. 99-0025-191601-SP-02 Loreto (1416)

Minoría de edad
criterio biológico de determinación de la edad (1345)

Ej. 12/abril/1999, Exp. 0387-99
y competencia (1347)
Ej. 115-94 Lambayeque

N

Negligencia médica (840 cit.)
Ej. 11/setiembre/1998, Exp. 1682-98

O

Obediencia jerárquica (1418)
Sent. 9/julio/1996, Exp. 983-95

Omisión (1430)
Ej. 25/agosto/1999, Exp. 2528-99 Lima

Omisión impropia
denominaciones (1439)
Ej. 25/agosto/1999, Exp. 2528-99 Lima
equivalencia jurídica: deber de evitar un resultado (1482)
Ej. 25/agosto/1999, Exp. 2528-99 Lima
posición de garante (1455)
Sent. 24/noviembre/2004, Exp. 306-2004
Ej. 18/junio/1998, Exp. 1384-98 Arequipa

Omisión propia
elementos estructurales de la imputación al tipo de objetivo (1444)
Exp. 1394-1998 Lambayeque

P

Participación de extraneus en delitos de infracción de deber propio
teoría de la unidad de la imputación (1134)
Ej. 17/diciembre/1985
Vot. Sing. en Ej. 30/diciembre/2004, R. N. 2976-2004
teoría de la ruptura del titulo de la imputación (1132)
Ej. 15/marzo/1994, Exp. 1885-92-B

Principio de certeza
nullum crimen sine lege certa (291)
Sent. TC, Exp. 010-2002-AI-TC
y juicio de tipicidad (294)
Ej. 2/octubre/1997, Exp. 4354-97 Callao

Principio de culpabilidad (230)
Ej. 19/agosto/ 1997, Exp. 377-97

Principio de especialidad (1580)
Ej. 7/octubre/1999, R. N. 3274-99 Piura
Ej. 31/agosto/1998. Exp. 1052-97 Lima

Principio de la necesidad o de mínima intervención (190)
Ej. 8/abril/ 1998, Exp. 570-98 Lima

Principio de legalidad
nullum crimen, nulla poena sine lege (278)
Ej. 13/octubre/ 1994, Exp. 904-93-B Junín
reconocimiento constitucional (277)
Exp. 440-81
y pena accesoria no prevista por la ley (278)
Ej. 26/noviembre/1997, Exp. 1331-97 Cono Norte

Principio de lesividad (196)
Ej. 29/ mayo/ 1998, Exp. 25-98-B
Ej. 20/abril/1999, R. N. 668-99
Exp. 98-080-04-0401-JXP Camaná
Exp. 09-97
Ej. 11/ agosto/ 1999
Ej. 12/ enero/ 1998, Exp. 1767-97 Lima
Ej. 17/ noviembre/ 1997, R. N. 5269-97 Huánuco
Ej. 25/ julio/1998, Exp. 5541 Tumbes
Exp. 1482-96

Principio de proporcionalidad
Ej. 19/enero/2005, R. N. 3441-2004 Lambayeque (241)
Exp. 3119-96 Callao (242)
Ej. 11/ setiembre/ 1996, Exp. 3874-95-B Ancash (242)
Ej. 9/julio/1996, Exp. 938-95 Junín (242)
Ej. 4/noviembre/1999, Exp. 2521-99 (242)
Ej. 16/agosto/1999, Exp. 99-396 (242)

Principio de subsidiariedad (193)
Ej. 17/diciembre/ 1998, Exp. 3429-98 Lima

Ej. 17/junio/1998, Exp. 5635-97-A Lima
Ej. 17/ junio/ 1998, Exp. 5001-97
Ej. 17/ diciembre/ 1998, Exp. 3429-98
Ej. 26/ abril/ 1999, Exp. 5962-98

Prohibición de analogía (299, 303)
Ej. 12/agosto/1994, Exp. 1688-94 Lima
Ej. 17/marzo/1998, Exp. 5339-97-B
Sent., Exp. 169-98

Prohibición de regreso (713)
Ej. 25/noviembre/2004, R. N. 552-2004 Puno

Proscripción de responsabilidad objetiva (233)
Exp. 607-98 Lima
Ej. 17/noviembre/ 1998, Exp. 4031-98

Protección de los bienes jurídicos por medio del control social formal (197)
Ej. 19/ marzo/ 1998, Exp. 8240-97

R

Refundición de penas (1571)
Ej. 17/setiembre/1997, Exp. 4045-97 Lima
Sent. 25/enero/1999, Exp. 110-98
Sent. 21/diciembre/1999, Exp. 99-507
Acuerdo 1, Pl. Juris Ica (1572)

Responsabilidad objetiva (234)
Ej. 24/noviembre/ 1998, Exp. 4034-98
Exp. 6239-97

Retroactividad benigna (362, 363, 364)
Ej. 17/octubre/1995, Exp. 306- 092-A
Exp. 209-95-Ucayali
Ej. 13/agosto/1991
Ej. 20/agosto/1999, Exp. 2522-99 Callao

S

Societas delinquere non potest (577)
Ej. 24/octubre/1997, Exp. 3963-96

Sujeto pasivo (657)
Ej. 5/agosto/1999, R. N. 2529-99 Huánuco

T

Tentativa
concepto (887)
Sent. 20/abril/1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto
diferencia con la consumación (892)
Ej. 29/octubre/1999, R. N. 3395-99
en delito de peligro (890)
Exp. 573-97 Huari
teoría objeta de la fundamentación punitiva de la tentativa (896)
Ej. 8/abril/1996, Exp. 68-95 Callao

Tentativa inacabada (942)
Ej. 3/marzo/1999, Exp. 4385-98

Tentativa inidónea
concepto (982)
Exp. 141-98-P/APL Camaná
absoluta impropiedad del objeto (985)
Ej. 18/abril/1991, Exp. 818-90
Ej. 4/noviembre/1999, R. N. 2924-99
Ej. 29/enero/1998, Exp. 5990-97 La Libertad

Tipo abierto (289, cita)
Sent. TC, Exp. 010-2002-AI-TC

Tipo de tentativa
comienzo de la tentativa: teoría objetivo-individual (935)
Sent. 20/abril/1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto
elementos (912)
Exp. 889-98-P/APL Camaná
tipo subjetivo (914)
Res. 20/setiembre/1999, Cons. 147-99 Callao

Tipo subjetivo (749)
Ej. 30/octubre/1997, Exp. 2163-97-B

U

Ultractividad (362)
Ej. 17/agosto/1998, Exp. 1207-97 La Libertad

Unidad de ley
problema de interpretación (1577)
Ej. 25/enero/1996, Exp. 4647-95 Lambayeque

V

Voluntad (783)
R. N. 3019-98 Puno

INDICE DE MATERIAS

Las cifras entre paréntesis remiten a los números marginales.

A

Aberratio ictus (779)
- irrelevante (780)
- relevante (779)

Abogado
- derecho de defensa (37)
- defensa penal (38)
- defensa y criminalización secundaria (39)
- reforma de la defensa pública (40)
- y control social (36)

Abolicionismo penal (69)

Acción
- concepto (566, 567)
- como concepto normativo (564)
- denominación (565)
- origen (498, 601)
- en Hegel (602)
- en los hegelianos (603)
- concepto causal (604, 605)
  - *en Liszt* (604)
  - *en Beling* (605)
  - *en Mezger* (606)
  - *crítica* (608)
  - *en la doctrina peruana* (609)
- concepto final (610-617)
  - *en Welzel* (610-617)
  - *fases de la dirección final* (611)
  - *acciones en cortocircuito y automatizadas* (612)
  - *finalidad y voluntariedad* (613)
  - *finalidad y dolo* (614)
  - *finalidad y dolo eventual* (615)
  - *finalidad y tipo culposo* (616)
  - *finalidad y cibernética* (617)
  - *en la doctrina peruana* (618)
- concepto social
  - *relevancia social* (621)
  - *en Schmidt* (619)
  - *en Engisch* (620)
  - *en Maihofer* (620)
  - *en Jescheck* (622)
  - *en Wessels* (622)
  - *crítica* (623)
- concepto negativo (624)
  - *en Kahrs* (625)
  - *en Herzberg* (626)
  - *en Behrendt* (627)
- concepto funcional de Jakobs (628, 629)
- concepto personal de Roxin (630, 632)
- e imputación delictiva (563)
- funciones (568)
  - *política* (569)
  - *de base* (570)
  - *de enlace* (571)

de delimitación (572)

Acción comunicativa (566)

Acción y omisión (1428)

Aceptación voluntaria de protección (1469-1473)

Aceptación voluntaria unilateral de protección (1473)

Actio liberae in causa (1346-1348)
fundamento (1346)
solución (1347)
modelo de la excepción
modelo del tipo
como autoría mediata
formas (1348)

Acto preparatorio (879)
absorción (886)
como actos de complicidad (885)
formas (883)
fundamento para su punición (882)
impunidad (880)
sancionables (881)

Actuación de representante de persona jurídica
en delitos de dominio (577)
en delito de infracción de deber (579)

Actuar en nombre de otro (580, 581)

Adecuación social (742-744)

Administrativización del Derecho Penal (256)

Aeronaves (383, 384)
civiles nacionales y extranjeras (383)
del Estado (384)

Agente provocador (1161)

Agotamiento (1509)

Ámbito de responsabilidad de la víctima (715)

Analogía (185-187, 301)
analogía in bonam partem (186, 304)
analogía in malam partem (186, 303)
analogía juris (185, 301)
analogía legis (185, 301)
interpretación analógica (302)
sentido literal posible del texto penal (187)

Anomalía psíquica (1337-1342)

Anormalidad (1336)

Antejuicio (465-467)

Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 (344)

Antijuridicidad (485, 1183)
origen (499)
como concepto único (1184)
e injusto (1185)

Antijuridicidad formal (1184)

Antijuridicidad material (1184)

Aparato de poder (1058-1063)
concepto (1058)
responsabilidad de altos dirigentes de aparatos políticos (1059)
imputación
por autoría mediata (1060-1062)
fungibilidad de los ejecutores (1061)
por instigación (1063)
por coautoría (1063)
por autoría intelectual (1063)

Aplicación espacial de ley penal (376)

Aplicación temporal de jurisprudencia (361)

Aplicación temporal de ley de ejecución penal (359, 360)

Aplicación temporal de ley penal (345)

Aplicación temporal de ley procesal penal (357)

Aplicación temporal en medidas de seguridad (356)

Apología (884)

Arrepentimiento posterior (970)

Asentamientos humanos (321)

Asilo (451)
fundamento (452)
fuentes (453)
clases (454)
religioso, territorial y diplomático
solicitud (455)
concesión (456)
cese (457)

Atenuación de la pena para los jóvenes adultos (1354)

Atenuación de la pena por imputabilidad restringida (1352-1353)

Atipicidad (808)

atipicidad absoluta (808)
atipicidad relativa (808)
atipicidad objetiva (809)
atipicidad subjetiva (810)

Aumento del riesgo permitido (708)

Ausencia de acción (585, 586)

Ausencia de culpabilidad en las personas jurídicas (578)

Ausencia de imputación (808)
ausencia de imputación objetiva (809)
ausencia de imputación subjetiva (810)

Ausencia de tipicidad (808)

Autoría (1027)
definición normativa (1028)
características especiales (1030)
en tipo de tendencia (1031)
en delitos de propia mano (1032)

Autoría accesoria (1087)

Autoría concomitante (1087)

Autoría en los delitos de infracción de deber (1088-1098)
en autoría inmediata (1088)
en coautoría (1088)
en autoría mediata (1089)

Autoría inmediata (1029)

Autoría mediata (1033)
fundamento de sanción (1035, 1036)
características (1038)
posición subordinada del intermedario (1039)
rol dominante del andante (1040)
falta de acción del intermediario (1041)
e instigación (1037)
en delito de propia mano (1043)
casos
intermediario que actúa sin realizar el tipo objetivo (1042-1043)
intermediario que actúa sin realizar el tipo subjetivo (1044-1048)
intermediario que actúa en cumplimiento del deber (1049)
intermediario que actúa justificado (1050)
intermediario que actúa sin posibilidad de imputación personal (1051)
intermediario menor de edad o inimputable (1052)
intermediario en error de prohibición (1053)
intermediario inexigible (1054-1057)
intermediario que actúa dentro de un aparato de poder (1058-1063)

Autor intelectual (1147)

B

Bien jurídico (646)
concepto (200)
derechos subjetivos (201)
en Birbaum (202)
en Binding (203)
intereses vitales en Liszt (204, 205)
valores éticos-sociales en Welzel (206)
concepto jurídico-constitucional (207)
en Bricola y Rudolphi (208)
en Roxin (209)
concepto sociológico (210)
en Amelung (211)
en Hassemer (212)
en la doctrina nacional (213)

C

Cadena perpetua (225)

Capacidad de conducta (574, 575)

Capacidad de motivación (1327)

Causalidad (687)
como presupuesto del tipo objetivo (689)
teorías (690)
equivalencia de las condiciones (691-693)
teorías individualizadoras (694)
teoría de la causalidad adecuada (695-697)
teoría de la relevancia típica (698)

Causalismo naturalista (503, 510)
pensamiento positvista (503, 504)
en von Lizst (505)
acción (506)
tipo (507)
antijuridicidad (508)
culpabilidad (509)

punibilidad (510)
críticas (513)

Causalismo valorativo (511, 526)
ideología neokantiana (511, 512)
acción (514)
tipo de injusto (515, 516)
tipo total del injusto (517)
antijuridicidad (518)
elementos subjetivos de las causas de justificación (519)
culpabilidad (522, 523)
influencia (526)

Causas de exculpación (1404)

Causas de inimputabilidad (1335)

Causas de justificación (1186)
fundamentación (1190)
diferencia con las causas de inculpabilidad (1187)
sistemas
teoría monista (1188)
teoría pluralista (1189)
y unidad del orden jurídico (1191)
consecuencias (1192)
aspectos objetivos y subjetivos (1193)
concurrencia de justificaciones (1195)
justificación incompleta (1194)

Causas personales que cancelan la punibilidad (489)

Causas personales que excluyen la punibilidad (488)

Chivo expiatorio (254)

Ciencias penales (53)
autonomía de las ciencias penales (54)

Cifra negra (254)

Circunstancias y cualidades personales (1119-1120)
referidas al autor (1125)
referidas al hecho (1125)
que están a nivel de lo injusto (1124)
que hacen a la culpabilidad (1122)
que hacen a la punibilidad (1123)
que agravan la punibilidad (1126, 1129)
que atenúan la punibilidad (1126, 1128)
que excluyen la punibilidad (1126, 1127)
que fundamentan la punibilidad (1129)
que fundamentan la punibilidad a nivel de lo injusto (1131)
que afectan la imputación personal (1137)

Coautoría (1064)
definición normativa (1066)
requisitos (1067)
decisión común (1068-1072)
división de tareas y subordinación (1069)
principio de la imputación recíproca (1070)
momento del acuerdo (1071)
exceso de otros coautores (1072)
realización común (1073)
naturaleza del aporte (1074)
aportes en conjunto (1075)
aporte y conditio sine qua non (1077)
aporte necesario (1078)
no participación en la ejecución (1079)
en tipos de tendencia (1080)
en delito de propia mano (1081)
y tentativa (1085)
y desistimiento (1086)

Coautoría aditiva (1084)

Coautoría alternativa (1083)

Coautoría sucesiva (1082)

Co-culpabilidad (160, 1426-1427)

Código Penal de 1863 (332-335)
fuentes legales (332)
comisiones de elaboración (333)
literatura originada (334)
reforma (335)

Código Penal de 1924 (336-341)
fuentes legales (336)
contenido (337)
literatura originada (338)
reforma
Proyecto de Código Penal Cornejo-Jiménez de 1928 (339)
Anteproyecto de Código Penal de 1972 (340)
Reforma penal de los años 80 (341)

Código Penal de 1991 (342-343)
contenido (342)
literatura originada (343)

Código Penal de Santa Cruz (331)

Código Penal tipo para Latinoamérica (403)

Cogitationis poena nemo patitur (876)

Coinstigación (1165)

Combinación de leyes penales en el tiempo (371)
interpretación integrativa (371)
lex tertia (371)

Complicidad (1167)
formas (1168)
aporte material (1169)
aporte psicológico (1169)
e imputación objetiva (1172)
momento del aporte (1174)
promesa anterior (1175)
por omisión (1177)
dolo del cómplice (1178)
consecuencia penal (1181)

Complicidad oculta (1106, 1176)

Complicidad primaria (1179)

Complicidad secundaria (1178)

Comunicación de la decisión delictiva (878)

Comunidades campesinas (316)
mecanismo de regulación de conflictos (317)

Concepción crítica de la pena (150)
en Bustos (151)
en Binder (152)
en Ferrajoli (153)
teoría negativa y agnóstica de la pena en Zaffaroni (154)

Concepción del tipo estricto como tipo desvalorado (517)

Concepto personal de lo injusto (654)

Conciencia actual de la antijuridicidad (1361)

Conciencia condicionada de la antijuridicidad (1359)

Conciencia de la antijuridicidad (1355-1356)

Conciencia disidente (1396-1402)
ubicación legislativa (1396)
y pluralismo jurídico (1397)
supuestos (1399)
determinación de la objeción de conciencia (1400-1402)

Conciencia potencial de la antijuridicidad (1361)

Concurrencia de culpas (846)

Concurso aparente de leyes (1496, 1575-1576)
naturaleza (1577)
principios (1578)
y concurso ideal (1576)

Concurso de delitos (1496)
formas (1497)
ubicación sistemática (1498)

Concurso eventual de personas (1002)

Concurso ideal (1540-1557)
concepto (1540)
y concurso aparente de leyes (1542)
naturaleza (1543)
teoría de la unidad
teoría de la pluralidad
requisitos (1544-1552)
unidad de acción (1544)
doble o múltiple desvaloración de la ley penal (1545-1548)
identidad del sujeto activo (1549)
unidad y pluralidad de sujetos pasivos (1550-1552)
consecuencia penal (1555-1557)
absorción (1555)
y prescripción (1556)
penas accesorias y medidas de seguridad (1557)

Concurso ideal heterogéneo (1550)

Concurso ideal homogéneo (1550-1552)

Concurso ideal por enganche (1553-1554)

Concurso medial (1566)

Concurso necesario de personas (1002)

Concurso real (1558-1569)
concepto (1558)
y concurso ideal (1559)
requisitos (1561-1565)
pluralidad de acciones (1561)
pluralidad de lesiones de la ley penal (1562)
unidad de sujeto activo (1563)
unidad o pluralidad del sujeto pasivo (1563-1564)
concurso procesal (1565)
consecuencia penal (1567)
acumulación material (1567)
absorción (1567)
acumulación jurídica (1567-1568)
y prescripción (1569)

Concurso real heterogéneo (1564)

Concurso real homogéneo (1564)

Concurso real retrospectivo (1570-1574)
- concepto (1570)
- soluciones procesales (1573)
- problemática constitucional (1574)

Condicionamiento cultural que origina error de tipo (1394)

Condicionamiento cultural que origina justificación putativa (1395)

Condicionamiento por cultura (1380)

Condicionamiento por costumbre (1380)

Condicionamientos (1266)

Condiciones objetivas de punibilidad (487)

Condiciones procesales (490)

Conducta neutral (1173)

Conducta prohibida (664)

Conexión de antijuridicidad (824 cit.)

Conflicto cultural intrasistémico (1398)

Conocimiento (756)
- contenido (757)
- de circunstancias agravantes y atenuantes (758)
- conocimiento de la antijuridicidad (759)
- conocimiento actualizable (760)
- grado (761)

Conocimientos mínimos (762)
- en sentido estricto
- en sentido amplio
- conocimiento previamente transmitidos (762)
- exteriorización previa de conocimientos (762)
  - *exteriorización simultánea de conocimientos* (762)
  - *exteriorización posterior de conocimientos* (762)
- conocimiento en atención a la calidad personal o posición social del agente (762)

Conocimientos situacionales (763)

Conocimientos situacionales reflexivos (763)

Consecuencias accesorias (582)
- requisitos (583)
- clases (583)
- garantías y reglas de aplicación (584)

Consentimiento (731, 849)
- como causa de antijuridicidad (732)
- consentimiento y acuerdo (733)
- como causa de atipicidad (734)
- como ausencia de imputación objetiva (734)
- ámbito de eficacia (735)
- casos especiales (736)
- requisitos (737)
- capacidad (738)
- momento (739)

Consentimiento presunto (741)

Consentimiento putativo (740)

Conspiración (884)

Consumación formal (891)
- y tentativa (892)
- y agotamiento (895)

Consumación material (893)

Contrato (1470-1471)

Control social (1)
- objeto
- y violencia
- formas
  - *formal*
  - *informal*

Co-responsabilidad (160)

Corpus Juris (404)

Corte Penal Internacional (402)

Costumbre (312)
- concepto (312)
- presupuestos (312)
- consuetudo y desuetudo (312)
- y la parte general (314)
- formas:
  - *praeter legem* (313)
  - *contra legem* (313)
  - *secundum legem (costumbre integrativa)* (313)

Criminalización primaria (9, 15)

Criminalización secundaria (9, 16)

Criminología
- concepto (83)

objeto (83)
relación con el derecho penal (89)

Criminología crítica (85)

Criminología del desarrollo (90)

Criminología positiva (84)

Culpabilidad
concepto (1266)
aspecto formal (1264)
aspecto material (1264)
y pena (1265)
origen (497)
concepción psicológica (1268-1276)
antecedentes (1267)
en Liszt (1269)
en Beling (1273)
en el positivismo italiano (1277-1282)
en Carmignani (1277)
en Carrara (1278-1279)
en Ferri (1281-1282)
concepción normativa (1283
en Frank (1285)
exigibilidad en Goldschmidt (1286-1287)
exigibilidad en Freudenthal (1288)
actitud social del autor en Schmidt (1289)
en Mezger (1290)
dolo en Weber (1292)
dolo en Dohna (1293)
en Welzel (1294-1299)
concepción funcionalista (1301)
responsabilidad en Roxin (1302-1308)
culpabilidad y necesidad preventiva de la sanción penal (1303)
asequibilidad normativa (1304)
concepto dialéctico (1308)
culpabilidad de Jakobs (1309-1314)
infidelidad al derecho (1310)
y prevención general (1311)
y constitución social (1312)
culpabilidad por la vulnerabilidad de Zaffaroni (1315-1319)
criterio de la selectividad (1315)
estados de vulnerabilidad (1316)
reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad (1317)
reproche formalmente ético (1318)
teoría del sujeto responsable de Bustos (1320-1324)
hombre concreto (1321)
responsabilidad (1322)
exigibilidad (1323-1324)

Culpabilidad moral (102)
expiación (103)
retribución moral (105)

Culpabilidad por el hecho (1263)

Culpabilidad por la conducción de la vida (1263)

Cumplimiento de deberes de función o de profesión (723)
como causa de justificación (723)
como causa de atipicidad (723)
como ausencia de imputación objetiva (723)
obligación específica de actuar (724)
aparente colisión de deberes (728)

D

Daños permanentes (720)

Daños sobrevenidos (720)

Dañosidad social (518)

Deber de garante por responsabilidad institucional (1457)

Deber de garante por responsabilidad por organización (1457)

Deber de tolerancia del agresor (1198)

Deberes de aseguramiento (1466-1467)

Deberes de salvación o auxilio (1468)

Deberes estatales (1481)

Debido proceso (259)
en las normas y la jurisprudencia (260)
principios (261)

Defensa social (137)

Deliberación (875)

Delito (479)

Delito agotado (893)

Delito complejo (665, 1512)

Delito común (659)

Delito continuado (1516-1539)
origen (1516)
concepto (1517)

naturaleza (1518)
ficción jurídica
realidad natural
realidad jurídica
y delito permanente (1520)
y concurso ideal (1521)
y concurso real (1521)
y profesionalidad o habitualidad del actuar (1521)
determinación de los elementos (1523)
teoría subjetiva
teoría objetiva
teoría objetiva-subjetiva
requisitos objetivos (1524)
pluralidad de acciones u omisiones (1525-1526)
igual norma violada (1527)
unidad del sujeto activo (1528)
unidad o pluralidad del sujeto pasivo (1529)
conexión temporal y espacial (1530)
requisitos subjetivos (1531-1535)
dolo total (1532)
dolo de continuación (1532)
dolo continuado (1533)
consecuencia penal (1537-1538)
consecuencia procesal (1539)

Delito cualificado por el resultado (870)

Delito de actividad (666)

Delito de convergencia (663, 1002)

Delito de desobediencia (674)

Delito de dominio (659, 1026)

Delito de encuentro (663, 1002)

Delito de estado (671)

Delito de expresión (807)

Delito de infracción de deber (660, 1026)

Delito de lesión (672)

Delito de medios alternativos (676)

Delito de medios determinados (676)

Delito de peligro (672)

Delito de peligro abstracto (674)

Delito de peligro concreto (673)

Delito de propia mano (662)

Delito de resultado (667)

Delito de resultado cortado (802)

Delito de tendencia (805, 806)

Delito especial (660)

Delito especial o de infracción de deber impropio (661)

Delito especial o de infracción de deber propio (661)

Delito imprudente
origen (811)
sistema causal (812)
sistema finalista (813)
teoría social de la acción (814)
sistema funcionalista (815)
técnica legislativa (816-820)
sistema numerus clausus (819)
denominación (816)
como tipo abierto (818)
fundamento de punibilidad (821-823)
como error de tipo vencible (823)
causalidad (824)
imputación objetiva de la conducta (824, 825-839)
deber de cuidado
concepto objetivo y normativo (825)
determinación (826-827)
formas (828-829)
fuentes (832)
riesgo permitido (830-831)
relatividad de los riesgos permitidos (831)
afectación al deber de cuidado (838)
aumento del riesgo permitido (838)
principio de confianza (837)
imputación a la víctima (839)
imputación objetiva del resultado (824, 841-850)
resultado típico (842)
previsibilidad objetiva del resultado (847)
relación de riesgo desaprobado y resultado (844-845)
concurrencia de culpas (846)
fin de protección de la norma de cuidado (848)
consentimiento (849)
imputación subjetiva (851-858)
cognoscibilidad (852)
previsibilidad (853)
objetiva
personal o individual
clases de imprudencia (854)
culpa consciente (855)
culpa inconsciente (856)

culpa consciente y dolo eventual (858)
error de tipo (859-860)
error sobre la capacidad de evitación
error sobre la efectiva peligrosidad de su conducta
ampliación de la imputación
tentativa (861-864)
autor inmediato (865)
coautor (865)
autor mediato (865)
participación (866)

Delito instantáneo (669)

Delito masa (1536)

Delito monofensivo (675)

Delito monosubjetivo (663)

Delito mutilado de dos actos (802)

Delito permanente (670, 1510)

Delito pluriofensivo (675)

Delito plurisubjetivo (663)

Delito preterintencional (868-869)
homogénea (869)
heterogénea (869)

Delito putativo (991-995)

Delito simple (665)

Derecho a la defensa y a la asistencia letrada (266)

Derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación (267, 268)

Derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales (262)

Derecho al Hábeas Corpus (269)
y estado de excepción (270)

Derecho consuetudinario (315)

Derecho de la medición judicial de la pena (161)

Derecho Internacional Penal (401)

Derecho Penal (2-8)
como forma de control social (2)
concepto jurídico (3)
finalidades (4)
en relación con otros mecanismos de control social (4)
como ultima ratio legis (5)
función (6)
denominaciones (7)

Derecho Penal de acto o de hecho (8, 236)

Derecho Penal de autor (8, 236)

Derecho Penal de dos velocidades (77)

Derecho Penal del ciudadano (78)

Derecho Penal del enemigo (78)
pena como coacción (79)
concepto de enemigo (80)
críticas (82)

Derecho Penal Internacional (400)

Derecho Penal mínimo (70)

Derecho Penal simbólico (75)

Derecho Penal subjetivo (176)

Derogación de la ley penal (350)

Deseo y móviles (784)

Desistimiento
en tentativa inacabada (945)
fundamento de la impunidad
teoría «puente de plata» (946)
teoría «puente de oro para la retirada (946)
teoría del premio (947)
teoría de la culpabilidad insignificante (948)
teoría del fin de la pena (949)
naturaleza (951)
requisitos (952-962)
abstenerse (952)
voluntariedad (953-956)
abandono definitivo (961)
desistimiento eficaz (962)
efectos (963)
en tentativa acabada (964)
requisitos
actividad positiva del agente (965)
voluntariedad (966)
desistimiento definitivo (968)
eficacia (969)
consecuencia penal (971)
en caso de varios intervinientes (972, 974)

Desvalor de acción (654)

Desvalor del resultado (654)

Determinación de la favorabilidad de la ley penal (368)

Dialéctica hegeliana y la pena (110, 111)

Distinción entre tentativa inacaba y acabada (943)
- **teoría de la consideración global**
- **teoría de la consideración individual**

Diversidad cultural (249)

Discrecionalidad judicial (161)

Disminución del riesgo permitido (709)

Divisibilidad de la conciencia de lo injusto (1360)

Doctrina (327)

Dogmática penal (55-60)
- concepto (55)
- objeto (56)
- función de interpretación del derecho penal positivo (57)
- función de garantía (58)
- función de búsqueda de objetivos políticos criminales (59)
- dogmática creadora o crítica (60)

Dolo
- en el causalismo (751)
- concepto (752)
- teoría de la voluntad (754)
- teoría de la representación (755)
- elementos del dolo (755)
- momento (753)
- clases (785)

Dolo antecedente (753)

Dolo cognitivo (754)

Dolo de consecuencias accesorias (787)

Dolo de consecuencias ulteriores (788)

Dolo de lesión (764-765)

Dolo de peligro concreto (764-765)

Dolo directo de primer grado (786)

Dolo directo de segundo grado (787)

Dolo eventual (789)
- teoría del consentimiento (790, 791)
  - teoría de la indiferencia (792)
  - teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación (792)
  - teoría de la probabilidad o de la representación (793, 794)
  - teoría de la no improbable producción del resultado (795)
  - teoría del riesgo (795)
  - posición intermedia (796)
  - y culpa consciente (797)

Dolo inmediato (786)

Dolo inocuo (877)

Dolo mediato (787)

Dolo potencial (760)

Dolo subsecuente (753)

Dolus generalis (782)

Dominio de la acción (1023)

Dominio de la voluntad (1024)

Dominio del hecho funcional (1025, 1065)

E

Ejercicio legítimo de un derecho (1251-1256)
- derecho de información, opinión, expresión y difusión (1253)
- derecho de denunciar (1254)
- derecho de corrección (1255)
- derecho de retención (1256)
- derecho de huelga (1256)

Elementos descriptivos (680)

Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo (655)

Elementos normativos (681, 682)
- delimitación con los elementos descriptivos (683)
- normativos jurídicos (681)
- normativos ético-sociales (681)

Elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo (798)
- tipicidad (800)

Encubrimiento (1003)

Entrega (447)
- solicitud de detención y entrega (448)
- diferencia con la extradición (449)
- procedimiento de entrega (450)

Error de comprensión (1372)

Error de comprensión culturalmente condicionado (1379-1395)
- como error de prohibición invencible (1382)

como inimputabilidad (1384, 1388)
como causa de justificación (1389)
como inexigibilidad (1390)
como error e inexigibilidad (1391)

Error de derecho (1363)

Error de hecho (1363)

Error de prohibición (1369-1378)
concepto (1369)
determinación de la vencibilidad (1376-1378)

Error de prohibición al revés (992)

Error de prohibición directo (1370-1372)
abstracto (1371)
de subsunción (1371)

Error de prohibición indirecto (1373-1374)

Error de prohibición invencible (1374)

Error de prohibición vencible (1375)

Error de tipo (766)
sobre elementos descriptivos y normativos (767)
y error de hecho (768)
exclusión del dolo (769)
formas (770)
error de tipo invencible (772)
error de tipo vencible (771)
error al revés (773)
error sobre circunstancias agravantes y atenuantes (774)
y excepción de naturaleza de acción (775)

Error «in persona vel in objetivo» (776)
irrelevante (777)
relevante (778)

Error juris nocet (1374, cita)

Escuela de Frankfurt (73, 74, 562)

Especial confianza (1478-1480)

Estado de inconsciencia (595)
hipnosis (596)
ebriedad alcohólica absoluta (597)
actio libera in causa por inconsciencia (598)
supuestos intensos de anomalía psíquica

Estado de necesidad (1231)
fundamento (1232)
diferencia con la legitima defensa (1233)
formas (1235)

Estado de necesidad agresivo (1234)

Estado de necesidad defensivo (1234)

Estado de necesidad exculpante (1237, 1406-1410)
requisitos (1408-1410)

Estado de necesidad incompleto (1249)

Estado de necesidad justificante (1236)
requisitos
situación de peligro (1239-1243)
acción necesaria (1244-1247)
elemento subjetivo (1248)

Estado de necesidad putativo (1250)

Estados pasionales intensos (1345)

Etnias de la Amazonía peruana (320)

Excusas absolutorias (488)

Exenciones del Derecho Internacional (468-471)

Exigibilidad (1266)

Exigibilidad de otra conducta (486, 1403)

Extradición (405)
sujetos (406)
y formas de cooperación internacional (407)
fundamento (408)
naturaleza (409)
clases (410)
activa y pasiva (410)
gobernativa, judicial y mixta (411)
de tránsito, reextradición, concurso de demandas (412)
fuentes (413, 414)
por reciprocidad (415)
requisitos (416)
en relación al sujeto (417)
principio de administración de justicia por representación (418)
nacionalidad del extraditable (419)
situación personal del extraditable (420)
indubio pro extraditurus (421)
en relación al delito imputado (422)
principio de doble incriminación (423)
delitos fiscales y monetarios (424)
delitos militares (426)
delitos políticos (427, 428)

pluralidad de delitos (429)
en relación a las penas (430-435)
no prescripción de la acción o de la pena (430)
ne bis in idem,(431)
no extradición por infracción de poca gravedad (432)
prohibición de la pena de muerte (433)
especialidad (434)
agravación de la pena (435)
y derechos humanos (436-439)
aspectos procesales (440-446)
en la extradición activa (440-445)
en la extradición pasiva (446)

Extraterritorialidad de la ley penal (385)

Extrema rareza del acontecer (718)

Extrema ratio (193)

F

Falta (492, 850)

Fases del delito (872, 873)
fase interna (872, 876)
fase externa (872)

Fin de protección de la norma penal (722)

Formas básicas de imputación (573)

Formas imperfectas de realización del tipo (871)

Fórmula del sentido literal posible (305)

Fuerza física irresistible
definición normativa (587)
fuerza física (588)
origen de la fuerza irresistible (588)
vis compulsiva (589)
vis absoluta (590)
actio libera in causa por fuerza física irresistible (591)

Función punitiva del Estado (176)
justificación constitucional (176)
legitimación extrínseca (179)
legitimación intrínseca (179)

Funcionalismo extremo (555)
teoría de los sistemas sociales (556)
derecho penal (556)
delito (556)
sociedad (556)
persona (556)
contexto de comunicación normativa (556)
pena (556)
acción (557)
injusto (558)
justificación (559)
culpabilidad (560)
influencia en la doctrina nacional (561)

Funcionalismo mesurado (548)
fines políticos criminales (549)
acción (550)
tipo (551)
teoría de la imputación al tipo objetivo (552)
injusto (553)
culpabilidad y responsabilidad (554)

G

Garantía de ejecución (273, 275)

Garantía jurisdiccional (271, 272)

Garantías del principio de legalidad (290)

Grave alteración de la conciencia (1343-1345)

Grave alteración de la percepción (1349)

Grupo de Bologna (68)

H

Hecho acompañante típico (1585)

Hecho posterior impune o copenado (1585)

Hecho precendente (1458)

I

Ideación (875)

Imperativo categórico de Kant (106, 107, 108)

Impericia (840)

Imprudencia (840)

Imputabilidad (486)
concepto (1326)

elementos (1328)

Imputabilidad disminuida (1350)

Imputación a la víctima (839)

Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto (723)

Imputación objetiva (484, 700)
y tipo objetivo (699)
y causalidad (688, 700)
principios (701)

Imputación objetiva de la conducta (702, 703)

Imputación objetiva del resultado (702, 716)

Imputación objetiva en la participación (1138)
comportamiento cotidiano desvinculado de la conducta delictiva del autor (1139)
comportamiento cotidiano vinculado de la conducta delictiva del autor (1140)
participación de quien tiene un deber (1141)
participación con prestaciones no neutrales (1142)
participación con aporte inocuo en contexto claramente delictivo (1143)

Imputación objetiva en sentido estricto (716)

Imputación personal (482, 486)

Imputación subjetiva (484, 749)

Incapacidad de conducta en las personas jurídicas (576)

Inexigibilidad parcial (1350-1351)

Inexigibilidad por carencias sociales (1426-1427)

Inexigibilidad por condicionamiento cultural y costumbres que no provienen de error (1425)

Inexigibilidad por condicionamientos (1326)

Infracciones penales (491)
clasificación bipartita
clasificación tripartita

Injerencia (1458-1465)

Injusto (481)

Inmunidad (463-464)

Instigación
definición normativa (1145)
como extensión típica (1144)
denominaciones (1146-1147)
concepto (1148)
diferencia con la coautoría (1149)
diferencia con la autoría mediata (1149)
omnimodo facturus (1150)
y causalidad (1151)
momento (1152)
a un hecho delictivo menos grave (1153)
a un hecho delictivo más grave (1154)
medios (1155)
por omisión (1156)
instigador doloso (1157)
dolo del instigador (1158-1160, 1162)
excesos cuantitativos y cualitativos (1163)
instigación eficaz (1164)
consecuencia penal (1166)

Instigación accesoria (1165)

Instigación en cadena (1165)

Instigación mediata (1165)

Intención (786, 801)

Intermediario (1034)

Internación (171)

Interrupción del nexo causal (719)

Interrupción externa
en tentativa acabada (977-979)
en tentativa inacabada (975, 976)
consecuencia penal (980, 981)

Intervenciones médico quirúrgicas (727)

Intimidación (125)

Inviolabilidad (460-462)

Iter criminis (872, 874)

Ius puniendi (177)

J

Juicio de concreta aptitud lesiva (764)

Juicio de tipicidad (634)

Jurisdicción especial (272, 315)

Jurisprudencia (306)
como fuente de producción derivada (307)
importancia (308)
jurisprudencia del Tribunal Cosantitucional (309)
jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema (309)

Juristas (328)

Justificación en los delitos imprudentes (1257-1258)
legítima defensa (1259-1260)
estado de necesidad justificante (1261)

Justificación en los delitos omisivos (1262)
legítima defensa (1262)
estado de necesidad justificante (1262)

L

Legítima defensa (1196)
atenuación de la pena (1224)
fundamento (1197, 1197)
requisitos (1199)
agresión ilegítima (1200-1210)
conducta humana (1200-1204)
actualidad (1205-1206)
ilegitimidad (1207-1209)
realidad (1210)
necesidad de la defensa (1211-1216)
racionalidad (1212)
proporcionalidad (1213)
necesidad en abstracto de la defensa (1214)
necesidad en concreto de la defensa) (1214)
excesos extensivo e intensivo (1215)
turpis fuga (1216)
falta de provocación suficiente (1217-1220)
animus defendendi (1221)
defensa con medios mecánicos u otros (1225-1228)

Legítima defensa de terceros (1229)

Legítima defensa incompleta (1222)

Legítima defensa presunta (1230)

Legítima defensa putativa (1210, 1223)

Lesión al deber (214)
en Hegel (215)
en la escuela de Kiel (216)
en Mayer (217)
en Hardwig (218)
Derecho Penal de la sociedad (218)
Derecho Penal de la comunidad (218)
en Otto (219)
en Jakobs (220)
posiciones intermedias (221)
críticas (222, 223)

Lesión a la norma (214)

Ley
concepto (281)
formas (281)
como fuente principal (276)

Ley penal abolitiva (366)

Ley penal en blanco (282-286)
concepto (282)
constitucionalidad (286)
como técnica legislativa (283)
normas sancionadora y complementaria (284)
problemas de remisión (282 cit.)
formas (285)
en sentido estricto
cuyo complemento se haya en una ley distinta
cuyo complemento se encuentra en la misma ley

Ley penal en blanco al revés (287)

Ley penal excepcional (370)

Ley penal intermedia (369)

Ley penal temporal (370)

Leyes sustitutivas por retroactividad benigna (367)

Libre albedrío (100)

Límites al poder penal (178)
límites materiales o garantías penales (180)
límites formales o garantías procesales (180, 258)

Locus comissi delicti (395)

Locus regit actum (377)

Lugar de comisión del delito (395)
teoría de la acción o de la actividad (396)
teoría del resultado (397)
teoría de la ubicuidad (398)
supuestos especiales de aplicación (399)
en delitos de tránsito
en delitos continuados
en delito a distancia
en la participación
en la autoría mediata

M

Medición judicial de la pena (161)

Medidas de seguridad (163-172)
- origen (163)
- naturaleza (164)
- función general (164)
- concurrencia con la pena (165)
  - *sistema monista* (165)
  - *sistema de doble vía* (165)
  - *sistema vicarial* (165, 166)
- en el código penal (167)
- y peligrosidad del delincuente (167)
- juicio de peligrosidad (168)
- proporcionalidad (169)
- clases (170)
  - *pre-delictuales*
  - *post-delictuales*
- en el Anteproyecto de la Parte General de 2004 (172)
- para inimputables (1342)

Medio delictivo (676)

Miedo insuperable (1411-11416)

Ministerio Público
- función del fiscal (26)
- y reformas procesales penales (27)

Minoría de edad (1330-1334)
- criterios para la fijación de la edad (1330)
  - *biológico*
  - *intelectual*
  - *mixto*
- fundamento de la irresponsabilidad (1331)
- ley penal del menor (1331)

Momento de comisión del delito (372)
- teoría de la acción o de la actividad (373)
- teoría del resultado (374)
- teoría mixta (374)
- sistema diferenciador o de valoración jurídica (375)
  - *en delito omisivo*
  - *en delito permanente*
  - *en delito continuado*
  - *en delito a distancia*
  - *en la tentativa*
  - *en la prescripción*
  - *en la autoría mediata*
  - *en la coautoría*
  - *en la complicidad*

Momento y lugar de ejecución de la conducta (677)

Movimientos reflejos (592)
- acciones pasionales y de corto circuito (593)
- reacciones producidas en forma semiautomática (594)

N

Negligencia (840)

Norma imperativa (1431)

Norma prohibitiva (1431)

Neoretribucionismo (115)

Nexos causales desviados (718)

Nueva defensa social (67)

Nullum crimen, nulla poena sine lege (181)

Nullum crimen sine inuria (196)

Nulla poena sine iuditio (271)

Nullum crimen sine lege certa (291)

Nullum crimen sine lege previa (295)

Nullum crimen, sine lege scripta (298)

Nullum crimen, sine lege stricta (299)

O

Obediencia jerárquica (1417-1424)
- naturaleza (1417)
- requisitos
  - *relación de subordinación* (1418)
  - *competencia del superior jerárquico* (1419)
  - *obrar por obediencia* (1420)
  - *orden legal* (1421)
  - *orden antijurídica* (1422-1424)

Objeto de la acción (684)
- carácter dinámico (684, cita)
- clases (686)
  - *personal*
  - *real*
  - *fenomenológico*
- diferencia con el bien jurídico (685)

Objeto de referencia (566)

Obrar por disposición de la ley (729, 730)

Omisión
- concepto (1429-1430)
- formas (1434)
- tentativa (1488)
- desistimiento (1489)
- tentativa inidónea (1490)
- autoría (1491)
- coautoría (1492)
- autoría mediata (1492)
- disuasión (1493)
- complicidad (1494)

Omisión impropia (1436-1442)
- como delito de resultado (1437)
- tipificadas (1438)
- denominación (1439)
- problemática constitucional (1441)
- técnica legislativa (1442)
- como tipo abierto (1451)
- y delito de propia mano (1454)
- como delito de infracción de de ver (1455)
- elementos estructurales a la imputación del tipo objetivo (1453)
  - *posición de garante* (1455-1481)
    - teoría formal de la posición de garante (1456)
    - teoría de las funciones o material de la posición de garante (1456)
    - posición de Jakobs (1457)
    - *equivalencia jurídica* (1482-1486)
    - causalidad hipotética (1483)
    - nexo de evitación (1484)
    - omisiones idénticas (1486)
    - omisiones no idénticas (1486)
- imputación subjetiva (1487)
- error de tipo (1487)

Omisión imprudente (1495)

Omisión imprudente como paradigma del delito (653)

Omisión por comisión (1440)

Omisión propia (1435)
- imputacion (1443)
- elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo (1444)
  - *situacion típica* (1445)
  - *no realización de la conducta ordenada* (1446)
  - *capacidad para realizar la acción ordenada* (1447)
- imputación subjetiva (1448-1449)
  - *dolo cognitivo* (1449)
- error de tipo (1450)

P

Parte general del Derecho Penal (472)

Participación (1000, 1090-1093)
- en sentido forma (1093)
- en sentido material (1093)
- en la tentativa (1116)
- fundamento de la punición (1094)
  - *teoría de la participación en la culpabilidad* (1095)
  - *teoría de la corrupción* (1095)
  - *teoría pura de la causación* (1096-1098)
  - *teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito* (1099-1101)
  - *teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico tutelado* (1102-1103)
- principios (1104-1137)
  - *principio de convergencia* (1104-1107)
  - *principio de accesoriedad* (1108-1114)
  - accesoriedad mínima (1112)
  - accesoriedad limitada (1111)
  - accesoriedad extrema o máxima (1113)
  - hiper-accesoriedad (1114)
  - *principio de exterioridad* (1115-1116)
  - *principio de comunicabilidad* (1117-1137)

Participación de extraneus
- en delitos de infracción de deber impropios (1129)
- en delitos de infracción de deber propios (1131-1134)
- determinación de la pena en delitos de infracción de deber propios (1136)

Participación necesaria (1002)

Participantes (1001, 1090)

Partícipes (1001, 1090)

Peligro abstracto (199)

Pena

concepto (94)
explicación positiva
explicación negativa
clases
privativa de libertad (159)
limitativa de derechos (159)
multa (159)
restrictiva de libertad (160)
en el Código Penal (155, 158)
en la Constitución Política (156)
en el Anteproyecto del 2004 (162)
y control social (91)
y derecho penal (92)
y norma (93)
y bien jurídico (94)

Personas de cultura diferente
en el Código Penal de 1924 (323)
la inimputabilidad de personas de cultura diferente (324)
solución del error para personas de cultura diferente (325)

Plenos jurisdiccionales (310)

Poder Judicial
función jurisdiccional (28)
independencia judicial (31)
interferencias políticas (29)
modelo de sistema judicial (30)
selección y formación de magistrados (32)
formación profesional del juez (33)
función de selección de l juez (34)
reforma del sistema judicial (35)

Policía (17)
orígenes (17)
funciones (17, 24)
y control penal (18)
como instrumento del poder ejecutivo (19)
y libertades fundamentales (20)
función selectiva (22)
control de identidad (22.37)
retención (22.37)
relación con el juez (23)
modernización policial (25)
Defensoría del Policía (25.43)

Policía vecinal (322)

Política Criminal (61-66)
concepto (61)
como disciplina práctica (62)
como disciplina teórica (62)
como disciplina científica (63)
objetivo (64)
relación con la Criminología
relación con la Dogmática Penal (65)
origen (66)
en Claus Roxin (71)

Política Criminal del riesgo (76)

Posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad (1357-1358)

Posición de garante (655, 1433)

Premeditación (875)

Presunción de la antijuridicidad (654)

Presunción de inocencia (263)

Presupuestos que apartan la punibilidad (487)

Prevención (116)
presupuestos (119)
formas de prevención (120)

Prevención especial (133)
peligrosidad del sujeto (134)
en von Liszt (135, 136)
intimidación
corrección
inocuización
delincuentes ocasionales
delincuentes habituales irrecuperables
críticas (139)

Prevención especial negativa (141)

Prevención especial positiva (140)

Prevención general (121)
antecedentes (122)
en las etapas de la realización de la pena (123)
críticas (124)

Prevención general negativa (125)
críticas (127)
en la legislación peruana (157)

Prevención general positiva (128)
función comunicativa (129)
efectos (130)
de aprendizaje
de confianza
de pacificación

afirmación positiva del Derecho de Mir Puig (128)
conciencia social de la norma de Hassemer (128)
actitud de respeto hacia el Derecho de Armin Kaufmann) (128)
versión ética de Welzel (131)
versión sistémica de Jakobs (72, 132)

Principio de alternatividad (1578, cita; 1586-1587)

Principio de certeza (291)
redacción casuística de la ley penal (292)
lex incerta (293)
y juicio de tipicidad (294, 837)

Principio de confianza (711)
para determinar el deber de cuidado (711)
y contactos anónimos (712)

Principio de consunción (1583-1585)
y subsidiariedad (1584)

Principio de culpabilidad (230, 1263)
significado del término culpabilidad (231)
importancia (232)

Principio de dolo y culpa (233)

Principio de ejecución legal de la pena
fines de la ejecución penitenciaria (274)
prisonización (274)
juez de ejecución y vigilancia penitenciaria (275)

Principio de especialidad (1579-1580)

Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos (196)

Principio de fragmentariedad (194)
determinación de la fragmentariedad (195)

Principio de idoneidad (257)

Principio de igualdad (458)
excepciones (459)

Principio de implementabilidad de la ley penal (253, 254)

Principio de imputación personal (235)

Principio de irretroactividad de la ley penal (351)
definición normativa (188)
origen (352)
fundamentos (353)
alcances (354)
en norma complementaria de ley penal en blanco (355)

Principio de juicio legal (271, 272)

Principio de jurisdiccionalidad (271, 272)

Principio de la necesidad (190)

Principio de legalidad (181, 277)
antecedentes (278)
definición normativa (183, 277)
funciones garantistas (279)
efectos (280)
y tipo penal (182)

Principio de lesividad (196)
y mínima intervención (197)
consecuencias (198)

Principio del pabellón o de bandera (382)

Principio del talión (101)

Principio de mantenimiento del orden jurídico (1197)

Principio de menor lesividad posible (725)

Principio de mínima intervención (190)
programa de control razonable de la criminalidad (191)

Principio de ofensividad (196)

Principio de personalidad o de nacionalidad (389)
personalidad activa (390)
personalidad pasiva (391)
excepciones (394)

Principio de preferencia de las normas de derechos humanos y constitucionales (247)

Principio de presunción de inocencia (263)
consecuencias (264)
infracciones frecuentes (265)

Principio de prohibición de la analogía
definición normativa (184)

Principio de proporcionalidad (241)
definición normativa (242)
proporcionalidad entre el delito y la pena (243)
en la criminalización primaria y secundaria (244)
importancia (245)
formas (246)

abstracta
concreta

Principio de proscripción de la crueldad (224)

Principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (867)

Principio de protección de la víctima (250)
víctima y poder (251)

Principio de protección individual o de autodefensa (1197)

Principio de racionalidad y humanidad de las penas (224)
pena humanitaria (224)
humanidad de las penas en instrumentos internacionales (226)
dignidad del individuo (227, 228)

Principio de representación popular (255)

Principio de respeto y protección a las autonomías culturales (248)
instrumentos internacionales (248)

Principio de responsabilidad por el hecho (236)
relación con el principio de legalidad (237)
relación con el principio de proporcionalidad (240)
consecuencias (238)
como barrera a un derecho penal autoritario (239)

Principio de respuesta no contingente (256)

Principio de subsidiariedad (193)

Principio de subsidiariedad entre leyes (1581-582)
subsidiariedad expresa (1582)
subsidiariedad tácita (1582)

Principio real o de protección de intereses (386)
ámbito de aplicación de delitos (387)
funcionarios y servidores públicos (388)
excepciones (394)

Principio de territorialidad (377)
fundamento (378)

Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder (250)

Principios generales del derecho (311)

Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (1333)

Principio universal (392, 393)

Prisión (41-46)
Instituto Nacional Penitenciario (41)
resocialización (42)
población penal (43)
prisonización (44)
situación penitenciaria (45)
privatización de las cárceles (46)

Privatización de conflictos (252)

Probabilidad de conciencia de la antijuridicidad (486)

Proceso de comunicación (566, 567, 1266)

Proceso de criminalización (14)

Profesionalidad o habitualidad del actuar (1521)

Prohibición en exceso (241)

Prohibición de analogía (299, 300)

Prohibición de regreso (713, 1140)
conducta neutral e infracción de deber de solidaridad (714)
conocimientos especiales (713)

Prohibición de retroactividad in malam partem (296)
finalidad (297)
alcances (297)

Propósitos especiales (799)

Proscripción de responsabilidad objetiva (233)

Proyecto Alternativo alemán de 1966 (71)

Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre (330)
Manuel Lorenzo de Vidaurre (329)

Prueba del dolo (762, cita)

Psicopatía (1341)

Psicosis (1340)

Punibilidad (480, 483)

Q

Questione criminale (68)

R

Ratio cognoscendi (645)

Ratio essendi (645)

Reduccionismo penal (70)

Refundición de penas (1571-1572)

Relación de riesgos (717)

Relaciones de comunidad (1480)

Relaciones familiares (1474-1477)

Reparación (173, 174)
- y fines de la pena (174)

Representaciones diplomáticas (381)

Resocialización (138)

Resolución de realizar el delito (875)

Responsabilidad colectiva (235)

Responsabilidad de las personas jurídicas (235)

Responsabilidad de personas que ejercen jurisdicción especial (326)

Responsabilidad objetiva (234)

Responsabilidad por el hecho (1405)

Responsabilidad por el resultado (234)

Resultados producidos a largo plazo (720-721)

Resultados tardíos (720)

Retribución (98)
- presupuestos (99)
- culpabilidad como elemento referencial (99)
- retribución en el cristianismo (102)
- retribución jurídica (109)

Retroactividad benigna (189, 362)
- definición normativa (363)
- fundamentación (364)
- como límite al poder penal (365)

Riesgos concurrentes (717)

Riesgo insignificante (710)

Riesgo permitido (704)
- y protección de bienes jurídicos (705)
- ubicación sistemática (706)
- determinación (707)

Rondas campesinas (318)
- tareas de investigación (318)
- justicia campesinas (318)
- sanciones (319)

S

Seguridad Ciudadana (47-49)
- Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (52)

Seguridad Nacional (21)

Sistema finalista (527-543)
- precursores (527)
- origen (529)
- estructuras objetivas-lógicas (528)
- ontologísmo fenomenológico (530)
- filosofía epistemológica (530)
- acción (531)
- lo injusto (533)
- tipo (534)
- antijuridicidad (535)
- culpabilidad (536)
- error (537)
- delito omisivo (539)
- delito culposo (540)
- críticas (541)
- posturas neofinalistas (542)
- en la doctrina y jurisprudencia nacionales (543)

Sistema funcionalista
- sociología sistémica (545)
- fines de la pena (546)

Sistema Penal (9, 10)
- característica (11)
- medio de socialización sustitutivo (10)
- control social duro (11)
- estructura (12)
- agencias de control penal (12)
- función de atribución (13)

Sistema posfinalista político-criminal (548)

Sistemas de la teoría del delito (493)
- sistemas bipartitos (494)
  - *imputatio facto e imputatio juris* (494)
  - *en Carrara* (495)
- sistemas tripartitos (496)
  - *influencia* (502)
- otras concepciones (501)

Sistemas delimitadores entre autoría y participación (1004)

sistema unitario (1005-1008)
concepción unitaria formal (1008)
sistema diferenciador (1009)
concepto extensivo de autor (1010-1011)
teoría subjetiva de la participación (1012-1013)
concepto restrictivo de autor (1016-1026)
teoría objetivo-formal (1016-1017)
teoría objetivo-material (1018-1019)
teoría del dominio del hecho (1020-1026)

Situación motivacional (1403)

Sobrecriminalización (51, 229)

Socialización exótica (672 cit.; 1384)

Societas delinquere non potest (576)

Sucesión de leyes (365)

Sujeto activo (656)

Sujeto pasivo (657)
del delito (658)
de la acción (658)

T

Tempus regit actum (351)

Tentativa (887)
concepto (889)
y actos preparatortios (888)
en delito de peligro concreto (890)
y dolo eventual (944)
fundamento de su punición
teoría objetiva (896-899)
teoría subjetiva (900-904)
teoría de la impresión (905-908)
teoría funcionalista (909-911)

Tentativa acabada (942)

Tentativa inacabada (941)

Tentativa inidónea (982-990)

Tentativa irreal o supersticiosa (996-997)

Teoría absoluta de la pena (96)
pena y justicia (96, 97)
aportes (112)
críticas (113)

Teoría de la acción social (525)

Teoría de la autonomía o ruptura del título de la imputación (1129, 1132-1133)

Teoría de la coacción psicológica de Feuerbach (126)

Teoría de la culpabilidad estricta (1366)

Teoría de la imputación penal (472)
definición (473)
objeto (473)
unidad de perspectiva valorativa (473)
método (474)
niveles de análisis (475)
como instrumento conceptual y práctico (476)
finalidad práctica (477)
función garantista (478)

Teoría de la participación (998, 999)

Teoría de la pena (95)

Teoría de la unidad de imputación (1134)

Teoría del delito (472)

Teoría de los elementos negativos del tipo (517; 645, cita)

Teoría del tipo conglobante (745-748)

Teoría estricta del dolo (1364)

Teoría mixta de la pena (142)
pena justa y útil (142)
críticas (143)
dirección conservadora (144)
dirección progresista (144)
teoría diferenciadora de *Schmidhäuser* (145)
teoría unificadora dialéctica de *Roxín* (146-148)
en la doctrina nacional (149)

Teoría normativa de la culpabilidad (520, 522)

Teoría psicológica de la culpabilidad (509)

Teoría relativa de la pena (116)
fundamentos humanitarios (118)
utilidad social de la pena (116)

Teoría restringida de la culpabilidad (1367)

Teoría restringida del dolo (1365)

Teorías criminológicas
de la integración social (86, 87)
de la sociedad pluralista (86, 87)
de la interpretación conflictiva de la sociedad (86, 87)

Teoría sistémica de Jakobs (72)

Tercera vía (173)

Territoire flottant (382)

Territorio (379)
- suelo (380)
- dominio marítimo (380)
- espacio aéreo (380)

Tipicidad (484, 634)

Tipo (484, 633)
- origen (500)
  - *tatbestand* (647)
  - *corpus delicti* (648)
- teoría del tipo
  - *en Beling* (649)
  - *neokantismo* (650)
  - *finalismo* (651)
  - *funcionalismo* (652)
- y principio de legalidad (633)
- tipo sistemático (637)
- tipo garantía (637)
- conducta típica (635)
- y antijuridicidad (644; 1182)
- formación (646)
- funciones
  - *indiciaria* (638)
  - *fundamentadora* (639)
  - *seleccionadora* (640)
  - *garantizadora* (641)
  - *motivación* (642)
  - *instrucción* (642)
  - *sistematizadora* (643)

Tipo abierto (288, 736)
- y principio de legalidad (289)

Tipo autónomo (679)

Tipo básico (678)

Tipo cualificado (678)

Tipo de la tentativa (912)
- elementos del tipo de tentativa (912):
- tipo subjetivo (914-916)
- como tipo dependiente (913)
- tentativa por imprudencia (915)
- comienzo de ejecución (tipo objetivo) (917)
  - *y actos preparatorios (918)*
  - *teoría objetiva (919)*
  - teoría formal-objetiva (920, 921)
  - teoría material-objetiva (922)
  - tesis de frank (923)
  - tesis de la puesta en peligro del bien jurídico (924)
  - *teoría subjetiva* (925)
  - teoría subjetiva pura (926)
  - teoría del dolus-ex-re (927)
  - teoría de la firmeza de la resolución (928)
  - posición de Bockelmann (929)
  - *teoría objetivo-individual* (930-935)
  - *posición de Jakobs* (936-937)
- falta de consumación del tipo (938)
- consecuencia penal (939)

Tipo de tendencia interna intensificada (805, 806)

Tipo de tendencia interna trascendente (801-804)

Tipo objetivo (653)

Tipo privilegiado (678)

Tipo que equipara acción y omisión (1432)

Tipo subjetivo (653, 749)
- contenido (750)

Tránsito de leyes (365)

Trastorno mental transitorio (1343)

Tratamiento ambulatorio (171)

Tribunal competente (262)

Tribunal independiente (262)

Tribunal imparcial (262)

U

Ultima ratio (193)

Ultractividad (362)

Unidad de acciones
- determinación (1499-1506)
  - *por el número de inervaciones musculares* (1499)
  - *por el número de resultados* (1500)
  - *por el número de tipos realizados* (1501)
  - *unidad de acción natural* (1502)
  - *concepción natural de la vida* (1502)

criterio óptico-normativo (1503)
unidad jurídica de acción (1504)
criterio normativo (1505)
supuestos (1507-1515)
en pluralidad de movimientos (1507)
delito subsecuente como elemento subjetivo (1508)
delito subsecuente como agotamiento (1509)
delito permanente (1510)
delito continuado (1511)
delito compuesto (1512)
delito con medios simbólicos (1513)
en delitos imprudentes (1514)
en delitos omisivos (1515)
Unidad de ley (1575-1576)

V

Vacatio legis (349)
Validez social de la ley penal (347)
Verbo rector (665)
Versari in re illicita casus imputatur (234, 867)
Víctima (658, cita)
Vigencia de la ley penal (348)
Voluntad (783)

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AA.VV.

2005 *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs*, Guillermo Jorge Yacobucci (director), Ara, Lima.

2005a Estudios de Derecho Penal, Ara, Lima.

2004 *Código penal comentado*, T. I (Título preliminar, parte general), José Luis Castillo Alva (coordinador), Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Ara, Lima.*

2003 *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Arroyo Zapatero, Luis/Neumann, Ulfrid/Nieto Martín, Adán (coordinadores), Colección Estudios, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca (España).

2003a *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 1ª ed., reimpr., José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores), Tecnos, Madrid.

2003b *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Manuel Jaén Vallejo (director) y Luis M. Reyna Alfaro (coordinador), Ara, Lima.

2003c *Jueces Tercer Turno. Temario III: Derecho Penal y Procesal Penal*, Centro de Estudios Adams, Madrid.

2001 *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje al profesor Claus Roxin*, Carlos Julio Lascano (director editorial), Marcos Lerner-La Lectura, Córdoba.

2001a *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra.

2001b *Política criminal, derechos humanos y sistema jurídicos en el siglo XXI, Volumen de homenaje al profesor doctor Pedro R. David en su 72º aniversario*, ILANUD, Depalma, Buenos Aires.

2001c *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistemas de justicia,* Julio E. S. Virgolini/Alejandro W. Slokar, Estudios críticos sobre la cuestión criminal 1, Depalma, Buenos Aires.

2000 *La insostenible situación del derecho penal,* Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Estudios de Derecho Penal 15, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada.

1999 *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* Diego-Manuel Luzón Peña/Santiago Mir Puig (directores), Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid.

1998 *Cuestiones fundamentales del derecho penal,* Juan María Terradillo Basoco/Paz Mercedes De la Cuesta Aguado (coordinadores), Monografías Universitarias de San Roque 98 C-1, Ayuntamiento de San Roque.

1997 *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia,* 3 tomos, Trivium, Madrid.

1995 *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra,* Jesús-María Silva Sánchez (editor), Bernd Shünemann/J. de Figueiredo Dias (coordinadores), José María Bosch Editor, Barcelona.

1994 *Mujeres, derecho penal y criminología,* Elena Larrauri (compiladora), Criminología y Derecho, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid.

1992 *Comentarios a la jurisprudencia penal del tribunal supremo,* José María Bosch editor, Barcelona.

1992a *Derechos fundamentales y justicia penal,* Edmund Vásquez Martínez/Liber Amicorum (coordinadores), Editorial Juricentro, San José.

1991 *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales, Estudio en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario,* Bernd Schünemann, Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid.

1991a *Pensamiento penal moderno,* Antonio José Cancino M. (recopilador), Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.

1988 *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte,* Temis, Bogotá.

1988a *Política criminal (Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal),* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Círculo Cultural Javier Pérez de Cuellar, AFA, Lima.

1987 *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía,* edición dirigida por Jorge Enrique Valencia, Temis, Bogotá.

1985 *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann,* Roberto Bergalli/Juan Bustos Ramírez (directores y compiladores), Biblioteca de Ciencias Penales 1, Depalma, Buenos Aires.

1984 *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Carlos Pérez*, edición dirigida por Jorge Enrique Valencia, Temis, Bogotá.

1982 *Política criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá.

1980 *La nueva Constitución y el derecho penal*, José Hurtado Pozo (editor), Grupo Nacional Peruano de la Asociación Internacional de Derecho penal, Sesator, Lima.

1978 *Política y justicia en el Estado capitalista*, Selección, traducción, introducción y notas de Perfecto Andrés Ibáñez, Barcelona.

1970 *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.

2003 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima.

2001 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 1ª ed., Palestra, Lima.

2000 *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima.

1997 *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima.

ABASTOS HURTADO, Manuel G.

1978 *Discurso* **en** Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 42, núms. 1, 2 y 3 (enero-diciembre), Lima.

1949 *Necesidad de una legislación especial*, **en** Asuntos Indígenas del Perú, Ministerio de Justicia y Trabajo, Año I, Vol. I, Nº 1, Lima.

1937-1938 *El delincuente en el código de Maúrtua*, **en** Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año II, Lima.

s/f *Derecho penal. Parte especial*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

2000 *Serie de Jurisprudencia*, Nº 4, Academia de la Magistratura. Lima.

2000a *Serie de Jurisprudencia*, Nº 3, Academia de la Magistratura. Lima.

1999 *Serie de Jurisprudencia*, Nº 1, Academia de la Magistratura. Lima.

ACHENBACH, Hans

1981 *Riflessioni storico-dogmatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, trad. Sergio Moccia, **en** Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano.

AGUDELO BETANCUR, Nódier

1990 *Casos de derecho penal*, 2ª ed, Temis, Bogotá.

ALBRECHT, Peter-Alexis

2000 *El derecho penal en la intervención de la política populista*, **en** La insostenible situación del derecho penal, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Estudios de Derecho Penal 15, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael

2004 *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Grijley, Lima.

AMBOS, Kai

2005 *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Ezequiel Malarino, Duncker & Humblot-Konrad, Temis, Montevideo.

2004 *El nuevo derecho penal internacional*, Ara, Lima.

AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel (Editores)

2003 *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo.

ANCEL, Marc

1981 *La défense sociale nouvelle*, Paris.

ANDÍA CHÁVEZ, Juan

1996 *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, Grijley, Lima.

ANIYAR DE CASTRO, Lola

1992 *Democracia y justicia penal*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas.

1982 *A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado actual*, **en** Revista de directo pena e criminología Nº 34, Forense, Rio de Janeiro.

1981 *Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 14, Edersa, Madrid.

1977 *Criminología de la reacción social*, Maracaibo.

ANTÓN ONECA, José

1986 *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro/Luis Beneytez Merino, Akal/Iure, Madrid.

ARDITO VEGA, Wilfredo

1994 *¿Son los derechos humanos un concepto universal?*, **en** Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Boletín Nº 3, Lima.

ARMAZA GALDOS, Jorge

1993 *Significado del tipo penal en el sistema de los delitos*, Hiparquía ediciones, Arequipa.

ARMAZA GALDOS, Jorge/ZAVALA TOYA, Fernando

1999 *La decisión judicial*, Gaceta Jurídica, Lima.

ARMAZA GALDOS, Julio

2004 *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Adrus, Arequipa.

2003 *Aproximación al estudio de la ciencia jurídico-penal peruana decimonónica*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2002 *Elementos negativos del delito*, Jurista editores, 1ª ed., Lima.

1994 *Estudios sobre la Pena*, Hiparquía, Arequipa.

1992 *Legítima Defensa y Estado de Necesidad Justificante*, Hiparquía, Arequipa.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto

1982 *Derecho penal venezolano*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos

2004 *Error de tipo-error de prohibición*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

BACA CABRERA, Denyse/ROJAS VARGAS, Fidel/NEIRA HUAMÁN, Marlene

1999 *Jurisprudencia Penal: Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima 1998, Procesos Sumarios*, T. III, Gaceta Jurídica, Lima.

BACIGALUPO, Enrique

2004 *Derecho penal. Parte general*, Presentación y anotaciones de Percy García Cavero, Ara, Lima.

1998 *Principios de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid.

1997 *Tentativa*, **en** Código Penal. Doctrina y jurisprudencia, T. I, Trivium, Madrid.

1990 *Principios de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Akal, Madrid.

1988 *Tipo y error*, 2ª ed. corregida y aumentada, Hammurabi, Buenos Aires.

1987 *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires.

1985 *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Juricentro, San José.

1984 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis-Ilanud, Bogotá.

1974 *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires.

BAJO, Miguel/BACIGALUPO, Silvina

2001 *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Universitario Ramón Areces, Madrid.

BARATTA, Alessandro

1987 *Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*, **en** Doctrina Penal, Nº 40, Buenos Aires.

1986 *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, México.

1982 *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, **en** Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Temis Bogotá.

BARBERO SANTOS, Marino

1980 *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, Barcelona.

BARRIG, Maruja

1980 *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana (Antología)*, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima.

BASADRE GROHMAN, Jorge

1937 *Historia del Derecho Peruano*, Ediciones Antena, Lima.

BATISTA, Nilo

1990 *Introdução crítica ao directo penal brasileiro*, Rio de Janeiro.

1984 *Temas do direito penal*, Liber Juris, Rio de Janeiro.

1979 *Concurso da agentes*, Liber Juris, Rio de Janeiro.

BAUMANN, Jürgen

1981 *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, reimpresión, trad. de Conrado Finzi de la 4ª ed. alemana, Depalma, Buenos Aires.

BECCARIA, Cessare

1990 *De los delitos y de las penas*, trad. de Santiago Sentís Melendo/ Marino Ayerra Redín, notas de Pietro Calamandrei, 2ª ed. segunda Temis, Bogotá.

BECERRA, Nicolás E.

1997 *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

1996 *Diversidad cultural y derechos humanos*, Ciclo de conferencias sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (en línea), Colegio de Abogados de Córdoba (citado el 30 de noviembre de 2000), **en** http://www.abogado.org.ar/d_18t03.htm.

BELING, Ernst

1944 *Esquema de derecho penal y doctrina de delito-tipo*, trad. de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires.

BENÍTEZ N., Hernán Darío

1988 *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*, Temis, Bogotá.

BENÍTEZ SÁNCHEZ, Santiago

1958 *Derecho Penal Peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*, 2ª edición, Ts. I y II, Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio

1993 *Temas de derecho penal*, Cultural Cuzco, Lima.

1988 *Derechos humanos y derecho*, **en** Nuevo Foro Penal, Nº 39, Temis, Bogotá.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás

1999 *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona.

BERGALLI, Roberto

1996 *Introducción: Control social y sistema penal*, (Coordinador), J. M. Bosch, Barcelona.

1983 *La instancia judicial*, **en** El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá.

1982 *Crítica a la criminología (Hacia una criminología de la liberación para América Latina. La cuestión criminal en América Latina)*, Temis, Bogotá.

BERISTAIN, Antonio

1986 *Derecho penal y criminología*, Temis, Bogotá.

1977 *Crisis del derecho represivo*, EDICUSA, Madrid.

BERNAL CAVERO, Julio

1997 *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal de 1991*, Editorial San Marcos, Lima.

BETTIOL, Giuseppe

1977 *Instituciones de derecho penal y procesal*, trad. de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrado, Bosch Casa Editorial, Barcelona.

BINDER, Alberto M.

2004 *Introducción al derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

BINDER, Alberto M. - OBANDO, Jorge

2004 *De las «Repúblicas aéreas» al Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

BLOSSIERS HÜME, Juan José

2003 *Criminalidad Informática*, Editorial Portocarrero, Lima.

BODSON, Pierre-Louis

1986 *Manuel de droit pénal*, Imprimerie G. Michels, Liège.

BOIX REIG, Javier/ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, Tomas S.

1989 *La reforma penal de 1989*, Valencia.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano

2003 *Curso de política criminal*, Tirant lo blanch, Valencia.

BRAMONT ARIAS, Luis

1988 *Temas de derecho penal*, 5 tomos, SP editores, Lima.

1984 *Ministerio Público*, SP editores, Lima.

1978 *Derecho penal. Parte general (hasta la tipicidad)*, T. I, 3ª ed., Vilock, Lima.

1966 *Código Penal anotado*, Editorial Ferrocarril, Lima.

1950 *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Librería Mundial de R. Meza S. y Cía., Lima.

BRAMONT ARIAS, Luis/BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto

2001 *Código Penal anotado*, 4ª ed., revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano, Editorial San Marcos, Lima.

1995 *Código Penal anotado*, Editorial San Marcos, Lima.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto

2004 *Aplicación de la ley penal vigente-Retroactividad favorable de la ley penal*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Retroactividad descriminalizadora de la ley penal*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2000 *Jurisprudencia en Materia Penal. Selección, clasificación y comentarios*, Consejo de Coordinación Judicial, Cuadernos de Debate Judicial, Volumen 3, Lima.

1998 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima.

1998a *Lecciones de la Parte General y el Código Penal*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel

2005 *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Eddili, Lima.

2002 *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Editorial Santa Rosa, Lima.

2000 *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Santa Rosa, Lima.

BRANDT, Hans-Jürgen

1986 *Justicia Popular: Nativos. Campesinos*, Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República, Fundación Friedrich Naumann, Lima.

BREGLIA ARIAS, O./GAUNA, Omar

1987 *Código penal y leyes complementarias. Comentado, anotado, concordado*, 2ª ed. Astrea, Buenos Aires.

BUENO ARÚS, Francisco

1979 *Nociones básicas sobre extradición*, **en** Documentación Jurídica, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Nº 24 (octubre-diciembre), Madrid.

1978 *Principios cardinales de la ley de extradición pasiva del 26 de diciembre de 1958*, **en** Documentación Jurídica, Nº 19 (julio-setiembre), Madrid.

BUSH, Richard

1980 *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Monografías Jurídicas Nº 15, Temis, Bogotá.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

2004 *Obras completas*, T. I (*Derecho penal parte general*), T. II (Control social y otros estudios), Ara, Lima.

1989 *Manual de derecho penal español.*, 3ª ed., Ariel, Barcelona.

1986 *Manual de derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona.

1986a *Introducción al derecho penal*, Temis, Bogotá.

1984 *Manual de derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona.

1983 *El Pensamiento Criminológico*, Tomos I y II, Temis, Bogotá.

1982 *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Temis, Bogotá.

1967 *Culpa y finalidad*, Santiago de Chile.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

1999 *Lecciones de derecho penal*, Volumen II, Trotta, Madrid.

1997 *Lecciones de derecho penal*, Volumen I, Trotta, Madrid.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/LARRAURI, Elena

1989 *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/VALENZUELA BEJAS, Manuel

1983 *Derecho penal latinoamericano comparado. Parte general*, T. II, Depalma, Buenos Aires.

1981 *Derecho penal latinoamericano comparado. Parte general*, T. I, Depalma, Buenos Aires.

CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

2001 *Derecho penal*, T. I (*Parte general*), Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

CALLE, Juan José

1924 *Código Penal (Ley 4868) anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania (1909), Suiza (1915), Suecia (1916), Italia (1921) y el Código Penal de Argentina (1921)*, Librería e Imprenta Gil, Lima.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César

1964 *Introducción al estudio del derecho penal*, Bosch, Barcelona.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A.

2001 *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

CANCIO MELIÁ, Manuel

2005 *Algunas reflexiones sobre lo objetivo y subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Guillermo Jorge Yacobucci (director), Ara, Lima.

2004 *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, **en** XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Ara, Lima.

2001 *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, J.M. Bosch, Barcelona.

2001a *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

1995 *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CANEZ, MARTICORENA, Alfredo

2000 *Sobre el delito de estafa y otras defraudaciones*, Alternativas, Lima.

CARBONELL, M./GÓMEZ COLOMER, M./MENGUAL, J. L.

1987 *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid.

CARMIGNANI, Giovanni

1979 *Elementos de derecho criminal*, Temis, Bogotá.

CARO CORIA, Dino Carlos

2004 *Principio de lesividad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Legítima defensa*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2002 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal peruano e iberoamericano*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 11, Idemsa, Lima.

1999 *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima.

1995 *La Protección Penal del Ambiente*, Serie Tesis Seleccionadas Nº 2, Lima.

CARO JOHN, José Antonio

2004 *Recensión al libro* Derecho penal económico (*de Percy García Cavero*), **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2004a *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2003 *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima.

2003a *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*, **en** Anuario de Derecho Penal 2003, Monográfico dedicado al tema «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Lima.

1994 *La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales 4, Lima.

CARRARA, Francesco

1972 *Programa de derecho penal. Parte general*, Volumen I, Temis, Bogotá.

1971 *Programa de derecho penal. Parte general*, Volumen I, traducción de José J. Ortega Torres de 1ª edición italiana de diciembre de 1859, Temis, Bogotá.

s/f *Programa del Curso de derecho criminal. Parte General*, Buenos Aires, Depalma.

CASTILLO ALVA, José Luis

2005 *Asociación para delinquir*, Grijley, Lima.

2004 *Fuerza física irresistible*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2002 *Principios de derecho penal parte general*, Gaceta Jurídica, Lima.

2001 *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima.

CASTILLO C., Eduardo

1999-2000 *¿Hacia dónde va la Policía en el Perú? Análisis de la Ley Orgánica de la Policía Nacional*, **en** Debate Defensorial, Revista Nº 2, Lima.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco

1993 *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, Juritexto, San José.

CASTILLO SEVILLA, Felipe/FABRA VALLE, Germán

1990 *Cien casos de derecho penal con soluciones*, Neo ediciones, Madrid.

CASTIÑEIRA, María

1977 *El delito continuado*, Bosch, Barcelona.

CENTENO BUENDÍA, Héctor

2003 *Estudios de los fundamentos de la teoría del delito. Derecho Penal. Parte General 1*, Instituto de Filosofía y Derecho Penal, Lima.

CEREZO MIR, José

2004 *Autoría y participación en el nuevo Código Penal español*, **en** XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Ara, Lima.

2003 *Curso de derecho penal español, Parte general*, T. I (introducción), 5ª ed., 6ª reimpr., Tecnos, Madrid; T. II (*Teoría jurídica del delito*), 6ª ed., 5ª reimpr., Tecnos, Madrid; T. III (*Teoría jurídica del delito/2*), Tecnos, Madrid.

2001 *Curso de derecho penal español, Parte general*, T. III, Madrid.

2001a *Alteración en la percepción*, **en** Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Colección Autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

2001b *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española*, **en** Temas fundamentales del derecho penal, T. I, Colección Autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

1990 *Curso de derecho penal español. Parte general*, T. II (Teoría jurídica del delito/2), Tecnos, Madrid.

1988 *Curso de derecho penal español. Parte general*, T. I (Introducción, Teoría jurídica del delito), 3ª ed. (reimpresión), Tecnos, Madrid.

1982 *Problemas fundamentales del derecho penal*, Tecnos, Madrid.

1982a *Autoría y participación en el Código Penal*, **en** Política criminal y reforma del derecho penal, Temis, Bogotá.

1981 *Curso de derecho penal español. Parte general*, T. I (Introducción, Teoría jurídica del delito), 2ª ed., Tecnos, Madrid.

CERVINI SÁNCHEZ, Raúl

1992 *Los procesos de decriminalización*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Editorial Universidad, Montevideo.

1988 *Acerca del principio de respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica*, en Revista de Derecho Penal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

CHIRINOS SOTO, Francisco

1993 *Comentarios al Nuevo Código Penal del Perú*, Ts. I, II, III, A. CH. Editores, Lima.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner

2004 *La justificación en situaciones de legítima defensa*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2003 *Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo*, en Anuario de Derecho Penal 2003, Monográfico dedicado al tema «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Lima.

CHOCANO NÚÑEZ, Percy

1992 *Instituciones de Derecho Penal. Parte General, con especial mención al Código Penal Peruano de 1991*, Instituto de Derecho Aplicado, Arequipa.

CHOCLÁN MONTALVO, Antonio

1997 *El delito continuado en la teoría del concurso*, Marcial Pons, Madrid.

CHRISTIE, Nils

1984 *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México.

CLERC, François

1942 *Introduction á l'étude du code penal suisse. Partie générale*, Librairie de droit F. Roth Cie. Lausanne.

COBO DEL ROSAL, Manuel

1996 *Curso de derecho penal español. Parte general*, Marcial Pons, Madrid.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S.

1990 *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

1987 *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

COLANZI ZEVALLOS, Alejandro

1991 *Reflexiones penales y criminológicas*, Santa Cruz.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS

1999 *Seguridad ciudadana. Cambios necesarios*, Lima.

1999a *Formación de magistrados y derechos humanos*, Lima.

2001 *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima.

1998 *Los sistemas de defensa en Perú, Bolivia y Colombia. Un análisis comparado*, Comisión Andina de Juristas, Lima.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

1992 *Medidas de seguridad: legalidad y ejecución: funciones de la jurisdicción de vigilancia*, **en** Ministerio Fiscal y Sistemas Penitenciarios 9, Centro de Estudios Judiciales, Madrid.

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

1993 *En nombre de los inocentes*, Segunda Parte, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu

2003 *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e in dubio pro reo–*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, 1ª ed., reimpr., José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores), Tecnos, Madrid.

1999 *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo blanch, Valencia.

1996 *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: Delito de peligro*, **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona.

1989 *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona.

CÓRDOBA, Fernando Jorge

2001 *La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, Carlos Julio Lascano (director editorial), Lerner-La Lectura, Córdoba.

CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo

1976 *Comentarios al código penal*, T. I, Ariel, Barcelona.

CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo/DEL TORO MARZAL, Alejandro/CASABÓ RUIZ, José-Ramón

1972 *Comentarios al código penal*, T. II, Ariel, Barcelona.

CORNEJO, Ángel Gustavo

1937-1938 *Derecho penal especial*, Volúmenes I y II, Librería e Imprenta Gil, Lima.

1936 *Comentarios al nuevo código penal*, Tomos I y II, Librería e Imprenta de Domingo Miranda, Lima.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

1990 *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. III (1988), Sumillas e índice analítico de César San Martín y Felipe Villavicencio Terreros, Cultural Cuzco, Lima.

1988 *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. II (1987), Sumillas e índice analítico de César San Martín y Felipe Villavicencio Terreros, Cultural Cuzco, Lima.

1988a *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. I (1986), Sumillas e índice analítico de César San Martín y Felipe Villavicencio Terreros, Cultural Cuzco, Lima.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da

1987 *Comentarios ao Código penal. Parte geral*, Volumen I, 2ª ed., Saraiva, São Paulo.

COSTA JÚNIOR, Heitor

1988 *Teoría dos delitos culposos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.

COUSIÑO MAC IVER, Luis

1979 *Derecho penal chileno. Parte general*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

1975 *Derecho penal chileno. Parte general*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

CREUS, Carlos

1999 *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires.

1988 *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires.

1985 *Ideas penales contemporáneas*, Astrea, Buenos Aires.

1982 *Cuestiones penales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

CUBA SALERNO, Ricardo

2002 *Derecho penal peruano. Parte general*, 2ª ed., Juliaca.

CUBA TORRES, Sergio

1943 *Código penal del Perú. Ley 4868 anotado y concordado con la jurisprudencia de los tribunales*, Imprenta Gamarra, Trujillo.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín

1996 *El derecho penal español, Curso de iniciación, Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2ª ed., Tratados y Manuales, Cáceres.

CUERDA RIEZU, Antonio

1995 *Sobre el concurso entre causas de justificación*, **en** Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra.

CUNHA, L. Fernando Whitaker da

1980 *Direito penal*, Forense, Rio de Janeiro.

CURY URZÚA, Enrique

1985 *Derecho penal. Parte general*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

1982 *Derecho penal. Parte general*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

1977 *Tentativa y delito frustrado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

1969 *Orientaciones para el estudio de la teoría del delito*, Valparaíso.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.

1996 *Tipicidad e imputación objetiva*, X, Tirant lo blanch, Valencia.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz

1995 *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid.

DE SOLA DUEÑAS, Ángel

1983 *Política social y política criminal*, **en** El Pensamiento Criminológico, T. II, Temis, Bogotá.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

1998-1999 *Transparencia, responsabilidad y buen gobierno*, Segundo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1998-1999, Lima.

2000 *Derechos humanos y sistema penitenciario. Supervisión de derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-2000*, Serie Informes Defensoriales, Nº 29, Lima.

DEL OLMO, Rosa

1981 *América latina y su criminología*, Siglo XXI Editores, México.

1979 *Ruptura criminológica*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas.

1978 *Estudio criminológico de los delitos de tránsito en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

DELMAS-MARTY, Mireille

1986 *Modelos Actuales de Política Criminal*, Colección Temas Penales Serie A Nº 4, Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid.

1980 *Les chemins de la repression. Lectures du code pénal*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris.

DELMAS-MARTY, Mireille/VERVAELE, J. A. E.

2000 *The Implement of the Corpus Juris in the Member States*, 3 volúmenes, Intersentia, Antwep-Groningen-Oxford.

DÍAZ-ARANDA, Enrique/CANCIO MELIÁ, Manuel

2004 *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel

2001 *¿Error de tipo o error de hecho?*, **en** El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra.

1999 *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, **en** *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Diego-Manuel Luzón Peña/Santiago Mir Puig (directores), Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid.

1991 *La autoría en materia penal*, PPU, Barcelona.

DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario/FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo

2003 *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid.

DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario/SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coordinadoras)

2000 *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid.

DOHNA, Alexander Graf zu

1959 *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

1936 *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Ludwig Röhrscheid, Bonn.

DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés

1996 *Policía y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santiago de Chile.

DONINI, Massimo

1989 *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento. Parte I*, **en** Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano 1989; *Parte II*, **en** Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano.

DONNA, Eduardo Alberto

1995 *Teoría del delito y de la pena 2, Imputación delictiva*, Astrea, Buenos Aires.

1992 *Teoría del delito y de la pena 1, Teoría de la pena y la culpabilidad*, Astrea, Buenos Aires.

DOTTI, René Ariel

1988 *Reforma penal brasileira*, Forense, Rio de Janeiro

DOVAL PAIS, Antonio

1999 *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco,* Tirant lo blanch, Valencia.

DU PUIT, Joseph

2002 *La obediencia jerárquica en el Derecho penal militar peruano,* en Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Monográfico dedicado al tema «La reforma del Derecho penal militar», Lima.

ELBERT, Carlos Alberto

1999 *La criminología del siglo XXI en América latina,* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires (Coordinado por).

1996 *Criminología latinoamericana,* Parte Primera, Editorial Universidad, Buenos Aires.

ESCUELA JUDICIAL «RODRIGO LARA BONILLA»

1989 *Derecho penal general y especial.* Curso de capacitación para jueces de la República, Ministerio de Justicia, Bogotá.

ESER, Albin

1998 *Temas de derecho penal y procesal penal,* Idemsa, Lima.

1995 *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias,* trad. de Silvina Bacigalupo/Manuel Cancio Meliá, supervisada por Enrique Bacigalupo, Colex, Madrid.

ESPINO PÉREZ, Julio

1988 *Código penal, Concordancias,* 7ª ed., Cultural Cuzco, Lima.

1987 *Código penal, Concordancias,* 6ª ed., Sevillano, Lima.

ESPINOLA, Julio C.

1976 *Código penal alemán, Parte general,* trad. directa al español, Depalma, Buenos Aires.

ESPINOZA HIDALGO, Gregorio

2004 *Tráfico ilícito de drogas,* Librería y Ediciones Jurídica, Lima.

ETCHEVERRY, Alfredo

1964-1965 *Derecho penal,* 4 tomos, Editorial Gibas, Santiago.

EZAINE CHÁVEZ, Amado

1983 *El iter criminis,* 4ª ed., Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo.

FARRÉ TREPAT, Elena

1986 *La tentativa de delito (doctrina y jurisprudencia),* Bosch, Barcelona.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor

1992 *Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos (El derecho a un juicio justo)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José

2002 *Imputación objetiva en Derecho penal*, Monografías Penales 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2001 *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, José María Bosch Editor, Barcelona.

FERNÁNDEZ, Alberto A./Luis G. PASTORIZA

1987 *Autoría y participación criminal*, Lerner, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.

2004 *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Editorial B de f, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires.

1988 *Derecho penal y derechos humanos*, Trilce, Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay, Montevideo.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan

1998 *Derecho penal fundamental*, Volumen I (*Introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del derecho*), 3ª reimpr, 2ª ed., Temis, Bogotá; Volumen II (*Teoría general del delito y punibilidad*), 2ª reimpr, 2ª ed., Temis, Bogotá.

1994 *Concepto y límites del derecho penal*, 2ª ed., Temis, Bogotá.

1992 *Concepto y límites del derecho penal*, Temis, Bogotá.

1989 *Derecho penal fundamental*, T. I, Reimpresión a la 2ª ed., Temis, Bogotá; T. II, Temis, Bogotá.

1982 *Derecho penal fundamental. Introducción. Teoría del delito*, T. I, Temis, Bogotá.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia

1993 *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

FERRAJOLI, Luigi

1995 *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

1990 *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª ed. Letarza, Bari.

FERREIRA DELGADO, Francisco

1988 *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá.

FERRI, Enrico

1928 *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto. Nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al codice penale vigente – progetto 1921 – progetto 1927*, Editrice Torinese, Torino.

1887 *Los nuevos horizontes del derecho y procedimiento penal*, Centro Editorial Góngora, Madrid.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von

1989 *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. de la 14ª ed. alemana [Giessen, 1847] por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Hammurabi, Buenos Aires.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo

1995 *Diritto penale. Parte generale*, terza edizione, Zanichelli Editore, Bologna.

FLORES MUÑOZ, Milko Robinson

1994 *La Pena Privativa de Libertad en el Código Penal Peruano: Estudio Doctrinario y Comparativo*, Ediciones Debate Jurídico, Lima.

FRAGOSO, Heleno Cláudio

1985 *Lições de direito penal. A nova parte geral*, 9ª ed., Forense, Rio de Janeiro.

FRANCIA SÁNCHEZ, Luis

1992 *Pluralidad cultural y derecho penal*, **en** Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos. Material de Lectura, Lima.

FRANK, Reinhard

1966 *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. de Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario del Derecho Penal, Universidad de Chile, Santiago.

FREUDENTHAL, Berthold

2003 *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, trad. de José Luis Guzmán Dálbora, Julio César Faira Editor, Buenos Aires.

FRISANCHO APARICIO, Manuel

2000 *Delitos contra la administración de justicia*, Jurista Editores, Lima.

FRISCH, Wolfgang

2000 *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, **en** ROXIN, Claus/JAKOBS, Günther/SCHÜNEMANN, Bernd/FRISCH, Wolfgang/KÖHLER, Michael, Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Civitas, Madrid.

1995 *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. de Manuel CANCIO MELIÁ/Beatriz de la Gándara Vallejo/Manuel Jaén Vallejo/Yesid REYES ALVARADO, Colex, Madrid.

FULLER, Lon L.

1993 *El caso de los exploradores de cavernas*, Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

GABALDÓN, Luis Gerardo

1988 *El control social y las tendencias criminológicas actuales. Perspectivas del abandono del enfoque etimológico de la delincuencia*, en Derecho Penal y Criminología, Nº 34, Bogotá.

GABALDÓN, Luis Gerardo/BIRKBECK, Christopher/BETTIOL, Daniela

1990 *La policía en el vecindario*, Mérida.

GACETA JURÍDICA

2001 *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima.

GALLAS, Wilhelm

1959 *La teoría del delito en su momento actual*, trad. de Juan Córdoba Roda, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Bosch Casa Editorial, Barcelona.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino

2004 *Delito de lavado de activos*, Grijley, Lima.

2001 *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima.

GARCÍA BARROSO, Casimiro

2004 *Interpol y el procedimiento de extradición*, Edersa, Madrid.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen

2004 *Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Grijley, Lima.

GARCÍA CAVERO, Percy

2005 *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, Palestra, Lima.

2005a *La imputación subjetiva en derecho penal*, en KINDHÄUSER, Urs/GARCÍA CAVERO, Percy/PASTOR MUÑOZ, Nuria, Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial. Jornada de Derecho penal (octubre de 2004, Piura), Universidad de Piura - Ara, Lima.

2005b *Acerca de la función de la pena*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 6, Lima.

2005c *La prohibición de regreso en el derecho penal*, en Estudios de Derecho Penal, Ara, Lima.

2004 *Principio de proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Técnica de numerus apertus en las infracciones dolosas y numerus clausus en las infracciones imprudentes*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004.

2003 *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura - Ara, Lima.

2003a *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, ARA, Lima.

2003b *El artículo 27 del código penal: El actuar en lugar de otro en el derecho penal*, **en** Anuario de Derecho Penal 2003, Monográfico dedicado al tema «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Lima.

2001 *Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana*, **en** Revista de Derecho, Universidad de Piura, vol. 2, Piura.

2000 *La imputación objetiva en los delitos imprudentes. Comentarios a la Sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R. N. Nº 4288-97 Ancash*, **en** Revista de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. I, Piura.

GARCÍA DEL RÍO, Flavio

2004 *Delitos sexuales*, Ediciones Legales, Lima.

2002 *Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*, Ediciones Legales, Lima.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio

1987 *Autoritarismo y control social*, Hammurabi, Buenos Aires.

1986 *La dimensión política del abolicionismo*, **en** Nuevo Foro Penal, Nº 32, Bogotá.

GARCÍA NAVARRO, Edward

2005 La imputación en el delito de usurpación de funciones, Análisis del artículo 361 del Código Penal, **en** *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 142, Lima.

2005a Valores ius humanistas frente al dilema bien jurídico-norma, **en** *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Ara, Lima.

2004 La nueva ley de asilo, visión del Derecho Penal Internacional frente al Derecho Internacional Penal, **en** *Revista de Investigación Jurídica*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UNMSM, Vol. 6, Nº 1, Lima.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio

2000 *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.

1994 *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

GARCÍA RADA, Domingo

1980 *Manual de derecho procesal penal*, 6ª ed., Eddili, Lima.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio

1993 *El sistema penal mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México D. F.

GARCÍA SAYÁN, Diego

1987 *Perú: Estados de excepción y régimen jurídico*, **en** Estados de emergencia en la Región Andina, Lima.

GARCÍA VALDEZ, Carlos

1985 *Teoría de la pena*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.

GARCÍA VITOR, Enrique

1994 *Planteos penales*, Colección Jurídica y Social 14, Secretaría de Postgrado y Servicios a terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

1993 *Diversidad Cultural y Derecho Penal (aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos)*, Colección Jurídica y Social Nº 36, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires.

s/f *Culturas Diversas y Sistema Penal*, **en** http://www.unifr.ch/derechopenal/artículos.htm).

GARRIDO MONT, Mario

1984 *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

2003 *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, 1ª ed., reimpr., José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores), Tecnos, Madrid.

1999 *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, **en** Ensayos penales, Tecnos, Madrid.

1990 *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.

1988 *¿Qué es la imputación objetiva?*, **en** Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

1984 *Código penal*, Tecnos, Madrid.

1981 *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid.

1979 *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid.

1966 *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid.

GITLITZ, John S. y ROJAS A., Telmo

1985 *Las rondas Campesinas en Cajamarca, Perú*, en Apuntes Nº 16, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima.

GOLDSCHMIDT, James

1943 *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarithe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, Depalma.

GÓMEZ, Eusebio

1954 *Leyes penales anotadas*, T. IV y III, Ediar, Buenos Aires.

1953 *Leyes penales anotadas*, T. II, Ediar, Buenos Aires.

1952 *Leyes penales anotadas*, T. I, Ediar, Buenos Aires.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel

1987 *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, reimpresión, Civitas, Madrid.

1984 *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, fascículo I (enero-abril), Ministerio de Justicia, Madrid.

GÓMEZ LUCANA, Peter

1993 *Recensión al Código Penal (1ª ed.) de Felipe Villavicencio* en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año I, Nº 2, Lima.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo

1999 *Jurisprudencia Penal*, T. IV, Rodhas, Lima.

1997 *Jurisprudencia Penal*, T. III, Idemsa, Lima.

1996 *Jurisprudencia Penal*, T. II, Rodhas, Lima.

1996a *Delito e Infracción Tributaria. Secreto Bancario y Reserva Tributaria*, Rodas, Chiclayo.

GÓMEZ RIVERO, María Carmen

1998 *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Tirant lo blanch, Valencia.

1995 *La inducción a cometer delito*, Tirant lo blanch, Valencia.

GÖSSEL, Karl-Heinz

1984 *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Monografía Jurídica Nº 27, Temis, Bogotá.

GRACIA MARTÍN, Luis

2005 *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima.

2005a *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»*, **en** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, núm. 07-02. http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf..

2004 *Estudios de derecho penal*, Idemsa, Lima.

1999 *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

GRISOLIA, Francisco (Ed.)

1973 *Código Penal tipo para Latinoamérica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GUERRERO APRÁEZ, Víctor

1998 *La Corte Penal Internacional como Instrumento de los Derechos Humanos*, **en** Estatuto de la Corte Penal Internacional, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Colombia.

GÜNTHER, Klaus

2000 *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?*, **en** La insostenible situación del derecho penal, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Estudios de Derecho Penal 15, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada.

HABERMAS, Jürgen

1998 *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y traducción sobre la 4ª ed. revisada de Manuel Jiménez Rendondo, Trotta, Madrid.

1990 *Teoría de la acción comunicativa*, T. II (*Crítica de la razón funcionalista*), versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid.

HASSEMER, Winfried

1999 *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde/ Maria del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia.

1984 *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco

1984 *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia

HENKEL, Heinrich

2005 *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. de José Luis Guzmán Dálbora, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires.

HEREDIA, Ricardo

1884 *Lecciones de derecho penal filosófico*, dictadas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises

1996 *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada.

HERZBERG, Rolf Dietrich

1999 *Reflexiones acerca del concepto jurídico-penal de acción y de la negación del delito «pretípica»*, **en** *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Diego-Manuel Luzón Peña/Santiago Mir Puig (directores), Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid.

HIRSCH, Hans Joachim

2005 *Derecho penal. Obras completas. La doctrina de los elementos negativos del tipo penal. El error sobre las causas de justificación*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina).

2003 *Derecho penal. Obras completas*. T. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina).

2000 *Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina).

1999 *Derecho penal. Obras completas*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina).

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

2005 *Bien jurídico, estado social y democrático de derecho*, Idemsa, Lima.

1997 *El nuevo código penal y el principio de culpabilidad*, **en** Jueces para la Democracia Nº 29, julio, Madrid.

1997a *El derecho penal subjetivo y sus límites*, **en** Estudios jurídicos en Memoria del profesor doctor don José Ramón Casabó Ruiz, Segundo volumen, Universitat de Valencia, Valencia.

1991 *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, PPU, Barcelona.

HUAMANÍ, Giselle/MOSCOSO, Martín/URTEAGA, Patricia

1988 *Rondas Campesinas en Cajamarca: la construcción de una alternativa*, **en** Debate Agrario Nº 3, Lima.

HUAPAYA OLIVARES, Alberto

2000 *La extradición*, Gráfica Horizonte, Lima.

HUERTA BARRÓN, Godofredo Miguel

2000 *Temas de derecho penal general*, Curso a distancia para Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima.

1991 *Algunas consideraciones sobre el llamado delito de terrorismo*, **en** Justicia y Derechos Humanos, CEAS, Lima.

1989 *Comentarios a la ley 24953*, **en** Vox Juris, Nº 1, Lima.

HUERTA TOCILDO, Susana

1987 *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicación, Madrid.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.

2002 *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima.

2000 *Delitos cometidos por particulares contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima.

HUGO VIZCARDO, Silfredo

2003 *Delitos electorales*, Pro derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima.

2002 *El ilícito tributario*, Pro Derecho Instituto de Investigación Jurídica, Biblioteca de Textos Universitarios, Lima.

2002a *Delitos contra el Patrimonio*, Pro Derecho Instituto de Investigación Jurídica, Lima.

2000 *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, Lima.

1995 *El Delito de Genocidio en la Nueva Legislación Penal Peruana. Estudio Dogmático Jurídico*, Editora 22 de agosto, Lima.

HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline

1984 *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, trad. de la ed. francesa por Sergio Politoff, Ariel, Barcelona.

HURTADO POZO, José

2005 *Manual de derecho penal. Parte general*, I, 3ª ed., Grijley, Lima.

2003 *El Artículo 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*, **en** Anuario de Derecho Penal. Monográfico sobre los «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Lima.

1997 *Droit pénal. Partie générale I*, 2ª edition, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich.

1996 *Persona jurídica y responsabilidad penal*, **en** Anuario de Derecho Penal 1996, Lima.

1995 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial 1: Homicidio*, Juris, Lima.

1995a *Manual de Derecho Penal. Parte Especial 2: Aborto*, Juris, Lima.

1993 *Notas bibliográficas a* Lecciones de Derecho Penal. Parte general, **en** Anuario Derecho Penal 93, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima.

1988 *Droit pénal. Partie spéciale I*, Université de Fribourg, Fribourg.

1987 *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima.

1983 *El Ministerio Público*, 2ª ed., Eddili, Lima.

1982 *Manual de derecho penal. Parte especial*, I, Homicidio y Aborto, Sesator.

1981 *El Ministerio Público*, Eddili, Lima.

1979 *La ley importada: recepción del derecho penal en el Perú*, CEDYS, Lima.

1978 *Manual de derecho penal parte general*, Tipo Offset Sesator, Lima.

s/f *El indígena ante el derecho penal: caso peruano (en línea)*, **en** http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2.pdf.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

1996 *Jurisprudencia sobre delitos de terrorismo. 350 resoluciones*, Compilación de Degnis Robert Meza, IDL, Lima.

ITURREGUI BYRNE, Patricia M./PRICE MASALIAS, Jorge L.

1982 *La administración de Justicia en Villa El Salvador* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

JAKOBS, Günther

2005 *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Guillermo Jorge Yacobucci (director), Ara, Lima.

2005a *El fundamento del sistema jurídico penal*, Ara, Lima.

2004 *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y derecho, Bogotá.

2001 *La imputación objetiva en derecho penal*, 1ª reimpresión, trad. de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima.

2000 *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijóo Sánchez/Enrique Peñaranda Ramos/Marcelo A. Sancinetti/Carlos J. Suárez González, Palestra, Lima.

2000a *El principio de culpabilidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá, **en** Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima.

2000b *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, **en** Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal Nº 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2000c *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, **en** Bases para una teoría funcional del derecho penal, Palestra, Lima.

1997 *Estudios de derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos/Carlos Suárez González/Manuel Cancio Meliá, VAM ediciones/Civitas, Madrid.

1996 *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcionalista*, trad. de Manuel Cancio/Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá.

1995 *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y Teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid.

1983 *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechnungslehre*, Berlín.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel

2003 *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid.

2000 *El sistema funcionalista del derecho penal*, Grijley, Lima.

JAÉN VALLEJO, Manuel

1999 *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

1999a *Cuestiones básicas del derecho penal*, Buenos Aires.

JESCHECK, Hans-Heinrich

1993 *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada.

1986 *Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXIX, Fascículo 1, enero-abril MCMLXXXVI, Madrid.

1981 *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Vols. I y II, trad. de Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona.

1976 *Reforma del derecho penal en Alemania. Parte general*, Depalma, Buenos Aires.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas

2002 *Tratado de derecho penal parte general*, 5ª ed. renovada y ampliada, trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada.

JESUS, Damásio E. de

1985 *Direito Penal. Parte geral*, Volumen 1, 10ª ed., Saraiva, Saõ Paulo.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis

1985 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. III, Losada, Buenos Aires.

1984 *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 7 Ts., Losada, Buenos Aires.

1976 *La ley y el delito. Principio de derecho penal*, 7ª ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

1964 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. II, Losada, Buenos Aires.

1962 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. VI, Losada, Buenos Aires.

1951 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. III, Losada, Buenos Aires.

KAISER, Günther

1983 *Criminología*, 2ª ed., Editorial Espasa-Calpe, Madrid.

KALINSKY, Beatriz

2000 *Pluralidad Cultural y derecho penal. La ley como factor de conocimiento*, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

KARGL, Walter

2000 *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena*, **en** La insostenible situación del derecho penal, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Estudios de Derecho Penal 15, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada.

KAUFMANN, Armin

1977 *Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. de Enrique Bacigalupo/Ernesto Garzón Valdez, Depalma, Buenos Aires.

KAUFMANN, Hilde

1989 *Ejecución penal y Terapia social*, Depalma, Buenos Aires.

1979 *Ejecución penal y terapia social*, Depalma, Buenos Aires.

KINDHÄUSER, Urs

2005 *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, **en** KINDHÄUSER, Urs/GARCÍA CAVERO, Percy/PASTOR MUÑOZ, Nuria, Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial. Jornada de Derecho penal (octubre de 2004, Piura), Universidad de Piura - Ara, Lima.

1999 *Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho*, **en** WOLFGANG FRISCH/INGEBORG PUPPE/URS KINDHÄUSER/GERALD GRÜNWALD/HANS ULLRICH PAEFFGEN: El error en el derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires.

KUHLEN, Lothar

1996 *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto*, **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel

1999 *Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario (1996-1997)*, Grijley, Lima.

LABATUT GLENA, Gustavo

1979 *Derecho penal*, T. I, 8ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

LAJE ANAYA, Justo

1985 *Comentarios al código penal, Parte general*, Volumen 1, Depalma, Buenos Aires.

LAMAS PUCCIO, Luis

2004 *Responsabilidad penal restringida*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

1996 *Derecho penal económico*, 2ª ed., Librería y Ediciones Jurídicas, Lima.

1992 *Tráfico de Drogas y Lavado de dinero*, Didi de Arteta, Lima.

1992a *El tráfico Ilícito de Drogas en el nuevo Código Penal*, Cultural Cuzco, Lima.

LAMPE, Ernst-Joachim

2003 *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, edición y traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez/Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo

1985 *Introducción al derecho penal español*, Tecnos, Madrid.

LASCANO, Carlos Julio

2001 *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, Carlos Julio Lascano (director editorial), Lerner-La Lectura, Córdoba.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

1999 *Jueces y reforma judicial*, Gaceta Jurídica, Lima.

LESCH, Heiko Hartmut

2001 *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. de Ramon Ragües, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá.

LISZT, Franz von

1984 *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, Edeval, Valparaíso.

1911 *Traité de Droit penal allemand*, traduit sur la 17 édition allemande (1908) par M. René Lobstein, avec une préface de M. E. Garçon, Tome premier, Introduction, Partie générale, v. Giard & E. Briere Libraires-éditeurs, Paris.

s/f *Tratado de derecho penal*, trad. a la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II, segunda edición (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Volumen XXVI), Editorial Reus, Madrid.

LOGOZ, Paul

1976 *Commentaire du Code Pénal Suisse. Partei Génerale*, Delachaux & Niestle, Neuchatel-Paris.

LÓPEZ, Sinesio

1986 *La Revolución de los machetes*, **en** El Zorro de Abajo Nº 4, marzo, Lima.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo

2003 *Derecho penal. Parte general*, 3 tomos, Gaceta Jurídica, Lima.

1996 *Autoría y participación*, Akal/Iure, Madrid.

LÓPEZ PEREGRIN, María Carmen

1997 *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia.

LÓPEZ REY Y ARROYO, Manuel

1981 *Introducción a la criminología*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid.

LORENZO SALGADO, José Manuel

2003 *Notas sobre la participación criminal en el derecho penal*, **en** Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima.

2003a *La participación criminal* **en** Jueces Tercer Turno. Temario III: Derecho Penal y Procesal Penal, Centro de Estudios Adams, Madrid.

LOSING, Norbert

1996 *Realidad y perspectiva de la policía en América latina. Resumen y reflexión*, **en** Justicia en la Calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín.

LUISI, Luiz

1987 *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação a penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.

LUNA, Everardo da Cunha

1985 *Capítulos de directo penal. Parte peral*, Saraiva, Sao Paulo.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel

1999 *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid.

1996 *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid.

1995 *Causas de atipicidad y causas de justificación*, **en** Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, Aranzadi, Navarra.

1978 *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona.

MAIER, Julio B. J.

2002 *Derecho Procesal Penal*, T. I (Fundamentos), 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires.

MALAMUD GOTI, JAIME

1976 *La estructura penal de la culpa*, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires.

MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio

2005 *Estabilización de la vigencia de la norma y seguridad cognitiva. Breves consideraciones acerca del derecho penal del enemigo en las concepciones divergentes de Günther Jakobs y Manuel Canio Melia*, **en** Revista Peruna de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 6, Grijley, Lima.

MANSO PORTO, Teresa

2003 *La regulación del error en el Código Penal Peruano*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 12, Idemsa, Lima.

1999 *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid.

MANTILLA NOUGUÉS, Mario/RODRÍGUEZ PINZÓN, Julián Hernando

1999 *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Leyer, Bogotá.

MANTOVANI, Ferrando

1988 *El siglo XIX y las ciencias criminales*, Temis, Bogotá.

1979 *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Italia.

MANZINI, Vincenzo

1949 *Tratado de derecho penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, notas de Ricardo C. Núñez/Ernesto R. Gavier, Ediar, Buenos Aires.

MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan

1996 *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid.

MARCONE MORELLO, Juan

1994 *Los Caminos del Crimen. El «Iter Criminis» en el Derecho Penal*, Monterrico, Lima.

MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael

1986 *Derecho penal. Parte general*, Trillas, México D. F.

MARTÍNEZ, Mauricio

1999 *El estado actual de la criminología y de la política criminal*, **en** La Criminología del Siglo XXI en América Latina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MARTÍNEZ RINCONES, J.

1986 *Sociedad y derecho penal en Cuba*, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Temis, Bogotá.

MAURACH, Reinhart

1962 *Tratado de derecho penal*, T. I, trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz

1994 *Derecho penal. Parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, trad. a la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch/ Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz

1995 *Derecho penal. Parte general 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. a la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Astrea, Buenos Aires.

MAYER, Max Ernst

2000 *Normas jurídicas y normas de cultura*, trad. y prólogo de José Luis Guzmán Dálbora, Hammurabi, Buenos Aires.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro

1988 *Direito penal. Doutrina e Jurisprudencia: Parte geral*, Volumen I, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro.

MAZUELOS COELLO, Julio

2003 *El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, **en** Anuario de Derecho Penal 2003, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima.

1996 *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, San Marcos, Lima.

1995 *Lecciones de derecho penal. Control social y dogmático penal*, Editorial San Marcos, Lima.

MEINI MÉNDEZ, Iván

2004 *¿Aplicación retroactividad de beneficios penitenciarios?*, **en** Actualidad Jurídica, T. 123, Lima.

2004a *Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado*, **en** ARSENIO ORÉ GUARDIA, *Medidas limitativas de derechos fundamentales* (Primer módulo), Seminario de Derecho Procesal Penal I, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2004b *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 14, julio, Lima.

2004c *Delitos omisivos de resultado*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004d *Actuar en lugar de otro*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2003 *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo blanch, Valencia.

2003a *La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

1999 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

MEZGER, Edmund

1958 *Derecho penal. Parte general: Libro de estudio [Stüdienbuch]*, trad. de Conrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

1949 *Tratado de derecho penal*, Tomo II, 2ª ed. revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

1946 *Tratado de derecho penal*, 2ª ed. revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

MIRABETE, Julio Fabrini

1988 *Manual de direito penal. Parte geral*, Volumen I, Atlas, São Paulo.

MIRALLES, Teresa

1983 *El Estado y el individuo: la disciplina social* **en** Pensamiento Criminológico II, Temis, Bogotá.

1982 *Métodos y técnicas de la criminología*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

MIROQUEZADA, Oscar

1922 *Breves apuntes de Mesología criminal peruana*, Lima.

MIR PUIG, Santiago

2005 *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, **en** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nº 06-01, http://crimenet.urg.es/recpc06-01.pdf, consultada el 11 de octubre de 2005.

2004 *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Editorial B de f, Julio César Faira editor, Montevideo-Buenos Aires.

2002 *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., Julio César Faiora-Editor, Montevideo-Buenos Aires.

2003 *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, **en** http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf, 2003.

2001 *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, **en** Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, Carlos Julio Lascano (director editorial), Lerner-La Lectura, Córdoba.

1998 *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Reppertor, Barcelona.

1990 *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., PPU, Barcelona.

1986 *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, **en** Poder y Control, Nº 0, Barcelona.

1985 *Derecho penal. Parte general (Fundamentos y teoría del delito)*, 2ª ed., PPU, Barcelona.

1983 *Lecciones de derecho penal. Teoría del delito*, Barcelona.

1982 *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho* **en** Política criminal y reforma al derecho penal, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

1976 *Introducción a las bases de derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona.

MIXÁN MASS, Florencio

1988 *Lógica jurídica*, Marsol Perú, Trujillo.

MOCCIA, Sergio

2003 *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Maestros del Derecho Penal 10, Gonzalo D. Fernández (director)-Gustavo E. Aboso (coordinador), Editorial B d f, Julio César Faira editor, Montevideo-Buenos Aires.

MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael

2003 *Código Penal Exegético*, San Marcos, Lima.

MONROY CABRA, Marco

1987 *Régimen jurídico de la extradición*, Temis, Bogotá.

MUNHOZ NETTO, Alcides

1982 *Os crimes omisos no Brasil*, **en** Revista de Direito penal e Criminología, Nº 33, Forense, Rio de Janeiro.

MUÑAGORRI, Ignacio

1984 *Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del código penal de 1983 (Ley orgánica 8/1983 del 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, Fascículo III, setiembre-diciembre, Madrid.

1977 *Sanción penal y política criminal*, Reus, Madrid 1977.

MUÑOZ CONDE, Francisco

2004 *Teoría general del delito*, 2ª ed., 2ª reimpr., Temis, Bogotá.

1997 *La objeción de conciencia en derecho penal*, **en** Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin), José María Bosch, Barcelona.

1984 *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá.

1983 *Medida de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANCP* [Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983]*: ¿monismo o dualismo?*, **en** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 6, Madrid.

1982 *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, **en** Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Temis Bogotá.

1979 *Para una ciencia crítica do direito penal*, **en** Revista de directo penal e criminología Nº 25, Forense, Rio de Janeiro.

1975 *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona.

1972 *Desistimiento voluntario de consumar el delito*, Bosch, Barcelona.

MUÑOZ CONDE, Francisco/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/GARCÍA ARÁN, Mercedes

1989 *La reforma penal de 1989*, Madrid.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes

2002 *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia.

1996 *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan

1995 *La moderna problemática jurídico-penal del agente provocador*, Tirant lo blanch, Valencia.

NACIONES UNIDAS

1994 *Recopilación de instrumentos internacionales*, Volumen I (primera y segunda parte), Centro de Derechos Humanos, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra.

1993 *La posible utilidad, el alcance y la estructura de un estudio especial sobre el tema de la privatización de las cárceles.* Comisión de Derechos Humanos, Reseña preparada por Claire PALLEY. Doc. E/CN.4/Sub.2/1883/25 de junio de 1993.

1991 *Las Naciones Unidas y la prevención del delito*, Nueva York.

NAKASAKI SERVIGÓN, César

2004 *Obrar por disposición de la ley*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime

1998 *Derecho penal. Teoría del delito* I, Mc Graw-Hill, Santiago.

NESTLER, Cornelius

2000 *El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes*, **en** La insostenible situación del derecho penal, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Estudios de Derecho Penal 15, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada.

NINO, Carlos Santiago

1980 *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires.

NOGUERA RAMOS, Iván

2000 *Delitos contra la libertad sexual*, Editorial Portocarrero, Lima.

1992 *Violación de la libertad sexual en el nuevo Código Penal*, Fecat, Lima.

NOVOA MONREAL, Eduardo

1984 *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires.

1982 *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 2ª ed., Temis, Bogotá 1982.

1980 *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 1ª ed., Editorial Juricentro, San José de Costa Rica.

1960 *Curso de derecho penal chileno*, Editora Jurídica de Chile, Santiago.

NÚÑEZ, Ricardo

1988 *Las disposiciones generales del código penal*, Marcos Lerner, Córdoba.

1984 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Marcos Lerner, 3ª ed., 3ª reimpr., Córdoba.

1971 *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires.

1943 *Bosquejo de la culpabilidad*, **en** GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad, trad. Margarithe de Goldschmidt/Ricardo Núñez, Depalma, Buenos Aires.

NUVOLONE, Pietro

1981 *O sistema do directo penal*, Volumen 1, trad. de Ada Pellegrini G., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio

1984 *Las actuaciones en nombre de otro*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Consejo Superior de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, Madrid.

O'DONNELL, Daniel

1989 *Protección internacional de los derechos humanos*, 2ª ed., Comisión Andina de Juristas, Lima.

1988 *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima.

ORTIZ DE NORIEGA, Juan/LARIOS SÁNCHEZ, Cristina/PEG ROS, Juan Carlos/MONREAL DÍAZ, Ana

2000 *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, Introducción de Claus Roxin, Emilio Eiranova Encinas coordinador, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

ORTIZ ORTIZ, Serafín

1993 *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República de México, México.

OSORIO Y NIETO, César Augusto

1986 *Síntesis de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Trillas, México D. F.

PAREDES INFANZÓN, Jelio

2000 *Delitos contra el patrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima.

PAREDES PÉREZ, Jorge M.

1994 *Para conocer el Código Penal*, Grijley, Lima.

PAREDES VARGAS, César

2004 *El miedo insuperable*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

1993 *El miedo insuperable en la jurisprudencia*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 2, Lima.

1987 *La tentativa en el Proyecto del Código Penal Peruano de 1986*, **en** Debate Penal Nº 1, Lima.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José

1984 *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3ª ed., Ediciones Justo Valenzuela, Lima.

PARMA, Carlos

2001 *Pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

PÁSARA, Luis

2004 *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reformas en América Latina*, Justicia Viva, Lima (compilador).

2003 *Idoneidad en los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, Justicia Viva.

1984 *Perú: administración de ¿Justicia?*, **en** JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *La Administración de justicia en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima.

1982 *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Cedys, Lima.

PASTOR, Daniel R.

2005 *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro

homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Guillermo Jorge Yacobucci (director), Ara, Lima.

PAVARINI, Massimo

1983 *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México.

PAWLIK, Michael

2005 *La realidad de la libertad. Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*, trad. Jorge Fernando Perdomo Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

PAZ RUBIO, José *et al.*

1994 *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

PEDRAZA SIERRA, Wilfredo

1987 La persecución penal de terrorismo en el Perú, **en** *Debate Penal*, Nº 2, Lima.

PELÁEZ BARDALES, Mariano

2001 *El cheque: Protección jurídica y delito de libramiento y cobro indebido*, 2ª ed., Grijley, Lima.

PEÑA CABRERA, Raúl

1997 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima.

1994 *Código penal comentado y leyes complementarias*, Editorial San Marcos, Lima.

1993 *El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano*, **en** Revista de Derecho Penal y Criminología (separata) Nº 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid.

1992-1996 *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Ts. II, II A, II B, III, IV, VI, Ediciones Jurídicas, Lima.

1991 *Nuevo código penal y leyes complementarias*, AFA, Lima.

1988 *El concurso de personas en el delito*, **en** Debate Penal, Nº 5, Lima.

1987 *La pena en la democracia capitalista y el sistema de sanciones en el Proyecto de Código Penal*, **en** Debate Penal, Nº 1, Lima.

1983 *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Volumen I, 3ª ed., Lima.

1982 *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Sesator, Lima.

1977 *Derecho penal peruano. Parte general*, Sesator, Lima.

1964 *Derecho penal. Parte especial*, Lima.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl

2004 *Derecho penal peruano, Teoría general de la imputación del delito*, Rodhas, Lima.

PEÑA JUMPA, Antonio

1994 *Pluralismo jurídico en el Perú*, **en** Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Boletín Nºs 3-4, Lima.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique

2001 *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

1991 *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid.

1990 *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZALES, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel

2000 *Un nuevo sistema de derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Grijley, Lima.

1999 *Un nuevo sistema de derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

1998 *Un nuevo sistema de derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Grijley, Lima.

PEREIRA DOS SANTOS, Gérson

1988 *Inovações do código penal, Parte geral. De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984*, 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo.

PÉREZ, Luis Carlos

1977 *Tratado de derecho penal*, 2ª ed, Temis, Bogotá.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan

2001 *Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*, **en** El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz; Aranzadi, Navarra.

1998 *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada.

PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael

2000 *Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales en derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 72, Edersa, Madrid.

PÉREZ MANZANO, Mercedes

1999 *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando

1997 *Diccionario de derecho penal general*, Forum Pacis, Ibagué.

1996 *Introducción al derecho penal*, 3ª ed. (reimpr.), Forum Pacis, Ibagué.

1991 *Curso de Criminología*, 3ª ed., Temis, Bogotá.

1989 *Introducción al derecho penal*, Señal Editora Medellín.

1988 *Algunas notas sobre el principio de legalidad*, **en** Debate Penal, Nº 5, Lima.

PERL, Néstor/FAPPIANO, Oscar L.

1988 *Fundamentos [del Proyecto de reformas de la parte general del código penal]*, **en** Doctrina Penal, Buenos Aires.

PESSOA, Nelson R.

1987 *La tentativa*, Hammurabi, Buenos Aires.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor

1987 *Série direito: prguntase respostas, Volume I, Direito penal (A nova parte geral)*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro.

PIERANGELLI, José Enrique

1980 *Código penáis do Brasil*. Evolução histórica Bauru, Jalovi.

PODER JUDICIAL

1999 *Conclusiones de Plenos Jurisprudenciales de 1998*, Poder Judicial, Lima.

POLAINO NAVARRETE, Miguel

2005 *Instituciones de derecho penal parte general*, Grijley, Lima.

2004 *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, con la colaboración de Miguel Polaino Orts, Grijley, Lima.

1984 *Derecho penal. Parte general, Fundamentos científicos del derecho penal*, T. I, Bosch, Barcelona.

POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel

2001 *¿Medidas de Seguridad «inocuizadoras» para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2. Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

POLITOFF, Sergio

1965 *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo

2003 *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales*, **en** Luis ARROYO ZAPATERO *et al.* (Coords.), Crítica y justificación del derecho

penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca (España).

2003a *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*, **en** La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, 1ª ed., reimpr., José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores), Tecnos, Madrid.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan

2003 *Delito de lesiones*, Editorial Portocarrero, Lima.

1999 *Aborto y Exposición o Abandono en Peligro*, Editorial Portocarrero, Lima.

1999a *Delitos contra el Honor*, Editorial Portocarrero, Lima.

1996 *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Portocarrero, Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2000 *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima.

2000a *Aplicación de la pena*, Curso a Distancia, Academia de la Magistratura, Lima.

1999 *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima.

1996 *Todo sobre el código penal*, 2 Ts., Idemsa, Lima.

1994 *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Idemsa, Lima.

1993 *Comentarios al Código Penal de 1991*, Editorial Alternativas, Lima.

1990 *Derecho penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*, Eddili, Lima.

1985 *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor/BOJÓRQUEZ PADILLA, Uldarico/SOLÍS CAMARENA, Edgar

1995 *Derecho penal. Parte general (Material de enseñanza)*, Grijley, Lima.

PRADO UGARTECHE, Javier

s/f *El método positivo en el derecho penal*, Lima.

PUPPE, Ingeborg

2003 *La imputación del resultado en derecho penal*, Ara, Lima.

1996 *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona.

PUYANA MUTIS, Guillermo

1988 *Nuevas tendencias del derecho penal chino*, Monografías Jurídicas, Temis, Bogotá.

QUERALT, Joan J.

1986 *Derecho penal español, Parte especial*, Volumen I, Librería Bosch, Barcelona.

1985 *De algunas bases del derecho penal español* **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVIII, Fascículo II, mayo-agosto MCMLXXXV, Madrid.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio.

1955 *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Instituto Francisco de Victoria, Madrid.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

2000 *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra.

1989 *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid.

1981 *Introducción al Derecho penal. Parte general*, Barcelona.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MUÑOZ CONDE, Francisco

1984 *La reforma penal de 1983*, 2ª ed., Ediciones Destino, Barcelona.

QUIRÓZ PIREZ, René

1987 *Introducción a la teoría del derecho penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon

2001 *Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

1999 *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona.

RANSIEK, Andreas

2003 *Colaboración neutral en organizaciones formales*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro

2005 *Sobre los fundamentos de la exención de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Guillermo Jorge Yacobucci (director), Ara, Lima.

2004 *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima.

2003 *El error de tipo en el Código Penal peruano*, **en** Anuario de Derecho Penal 2003, monográfico dedicado a los «Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano», Lima.

2002 *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*, Gráfica Horizonte, Lima.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James

2002 *El delito de omisión impropia*, Jurista Editores, Lima.

RETAMOZO, Alberto/PONCE, Ana María

1994 *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima.

REVILLA LLAZA, Percy

2005 *¿Cuándo no es punible la tentativa del delito?*, **en** Actualidad Jurídica, T. 135, febrero, Lima.

2004 *Tentativa de delito*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Comportamientos impunes*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004b *Desistimiento de actos ejecutivos-desistimiento activo*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004c *Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004d *Minoría de edad*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004e *Estado de necesidad exculpante*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

REYES ALVARADO, Yesid

1994 *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá.

1990 *El concurso de delitos*, Editorial Reyes Echandía Abogados, Bogotá.

REYES ECHANDÍA, Alfonso

1989 *Derecho penal. Parte general*, reimpresión de la 11ª ed., Temis, Bogotá.

1988 *Culpabilidad*, 3ª ed., Temis, Bogotá.

REYNA ALFARO, Luis Miguel

2005 *Jurisprudencia Penal Constitucional. Selección de Sentencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima.

2003 *La situación espiritual del derecho penal societario peruano*, **en** Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima.

2002 *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial*, Gaceta Jurídica, Lima.

2004 *Principio de territorialidad*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Principio de extraterritorialidad*, Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004b *Principio de representación*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004c *Excepciones al principio de territorialidad*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004d *Lugar de comisión del delito. Principio de ubicuidad*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

REYNOSO DÁVILA, Roberto

2003 *Teoría general del delito*, 5ª ed., Porrúa, México.

RIBEYRO, Darcy/WISE, Mary R.

1978 *Los grupos étnicos de la amazonía peruana*, **en** Comunidad y Culturas Peruanas, Nº 13, Instituto Lingüístico de Verano, Lima.

RIGHTS AND DEMOCRACY

2000 *Corte Penal Internacional: Manual para la Ratificación e Implementación del Estatuto de Roma*, Rights and Democracy - The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, 2000.

1988 *Elementos de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires.

RINALDI ROMÁN, Roberto Carlos

2005 *La doctrina de la actio libera in causa y su aplicación en el derecho penal peruano*, **en** www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Actio_libera_in_causa.pdf. (citado el 31 de agosto de 2005)

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de

1991 *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso.

1987 *Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica*, **en** Doctrina Penal, Nº 40, octubre-diciembre, Buenos Aires.

RIVERA PAZ, Carlos

2004 *Las atribuciones policiales en el nuevo Código Procesal penal*, en Justicia Viva, Informativo Nº 16 Lima.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio

2004 *El consentimiento*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

1999 *La reparación como sanción jurídico-penal*, Editorial San Marcos, Lima.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María

1991 *Derecho penal español. Parte general*, 14ª ed. revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid.

1989 *Derecho penal español. Parte general*, 12ª ed. revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid.

1981 *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Madrid.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis

1989 *Criminología*, 6ª ed., Porrúa, México.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa

2004 *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

1996 *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de producto adulterados: algunas observaciones acerca del «Caso de la Colza» (Primera parte)*, **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, Barcelona.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo

2000 *Comentarios al código penal*, Civitas, Madrid.

1978 *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis

1977 *El resultado en la teoría jurídica del delito*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 1, Madrid.

RODRÍGUEZ VÉLEZ, Jorge

2002 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Jus Editores, Lima.

1995 *ABC del Derecho Penal: Parte Especial: Aborto*, Colegio de Abogados de Lima, Lima.

ROJAS VARGAS, Fidel

2004 *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Jurista Editores, Lima.

2002 *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed. Grijley, Lima.

2000 *Jurisprudencia Penal Patrimonial (1998-2000)*, Grijley, Lima.

2000a *Delitos contra el Patrimonio*, Vol. I (Hurto, Robo, Abigeato), Grijley, Lima.

1999 *Jurisprudencia Penal*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

1997 *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, Lima.

ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTE VARGAS, Alberto

2001 *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima.

ROJJASI PELLA, Carmen

1997 *Ejecutorias Supremas Penales (1993-1996)*, Legrima, Lima.

ROLDÁN BARBERO, Horacio

1983 *Estado de necesidad y colisión de intereses*, **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 20, Edersa, Madrid.

ROMEO CASABONA, Carlos María

2004 *Las transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio*, Volumen I, Serie Concepciones Contemporáneas del Derecho Penal y de la Criminología 1, dirigida por Julio Armaza Galdos, Editorial Adrus, Arequipa.

ROSAS YATACO, Jorge

2003 *Manual de Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima.

ROXIN, Claus

2004 *Problemas actuales de dogmática penal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho penal contemporáneo, Ara, Lima.

2004a *¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2004b *Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2004c *¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales*, **en** Problemas actuales de dogmática penal, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho Penal contemporáneo, Ara, Lima.

2004d *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal*, **en** Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho penal contemporáneo, Ara, Lima.

2004e *La autoría mediata por dominio en la organización*, **en** Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho penal contemporáneo, Ara, Lima.

2001 *Injerencia e imputación objetiva*, **en** Nuevas formulaciones a las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Lerner-La Lectura, Córdoba.

2000 *Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión*, **en** Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario de la Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, Madrid.

2000a *Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión*, **en** Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 9, Lima.

1999 *Derecho Penal. Parte General*, T. I, trad. a la 2ª ed. alemana por Diego- Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, reimpresión a la 1ª ed., Civitas, Madrid.

1998 *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima.

1998a *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona.

1985 *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, **en** Doctrina Penal, Año 8, Depalma, Buenos Aries 1985.

1982 *Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa*, **en** Cuadernos de Política Criminal, Nº 17, Edersa, Madrid 1982.

1981 *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Francisco Muñoz Conde/Diego-Manuel Luzón Peña, Sevilla.

1976 *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*, **en** Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid.

1979 *Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires.

1972 *Política criminal y sistema de derecho penal*, Bosch, Barcelona.

ROXIN, Claus/ARTZ, Günther/TIEDEMANN, Klaus

1989 *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, trad., notas y comentarios de Luis Arroyo Zapatero/ Juan Luis Gómez Colomer, Ariel, Barcelona.

ROXIN, Claus/JAKOBS, Günther/SCHÜNEMANN, Bernd/FRISCH, Wolfgang/KÖHLER, Michael

2000 *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Cuaderno Civitas, Madrid.

ROY FREYRE, Luis E.

1986 *Derecho penal peruano, parte especial*, T. I (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud), 2ª ed., Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima.

1983 *Derecho penal peruano, parte especial*, T. III (Delitos contra el patrimonio), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima.

1975 *Derecho penal peruano, parte especial*, T. II (Delitos contra el honor, las buenas costumbres y la libertad y el honor sexuales), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima.

1974 *Derecho penal peruano, parte especial*, T. I (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud), 1ª ed., Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima.

RUIZ, Servio Tulio

1978 *La estructura del delito*, Temis, Bogotá.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe

1982 *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid.

RUSCONI, Maximiliano

2001 *La justificación en el Derecho penal, Algunos problemas actuales*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires.

1992 *Los límites del tipo penal, Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ad Hoc, Buenos Aires.

SAAVEDRA R., Edgar

1984 *Corporación, criminalidad y ley penal*, Monografías Jurídicas, Temis, Bogotá.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1998 *Escuelas judiciales*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

SÁINZ CANTERO, José Antonio

1982 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, T. II, Bosch Casa editorial, Barcelona.

1981 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, T. I, Bosch Casa editorial, Barcelona.

SALAS ZÚÑIGA, Ricardo

1992 *Teoría de la Pena o Coerción Penal*, Imdiser, Piura.

SALAZAR MARÍN, Mario

1987 *Autoría y participación*, **en** Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía, edición dirigida por Jorge Enrique Valencia, Temis, Bogotá.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2004 *Obrar en cumplimiento de un deber*, **en** Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2002 *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, III, Idemsa, Lima.

2000 *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, II, Idemsa, Lima.

1998 *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, I, Palestra, Lima.

SALLES JUNIOR, Romeo de Almeida

1987 *Curso completo de direito penal*, Saraiva, São Paulo.

SALMÓN, Elizabeth

2001 *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, IDEI - Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

SAMSON, Erich

2003 *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, trad. Marcelo Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires.

SAN MARTÍN CASTRO, César

2003 *Derecho procesal penal*, Volúmenes I y II, 2ª ed., Grijley, Lima.

2001 *Derecho Procesal Penal*, Volúmenes I y II, 2ª reimpr. de la 1ª ed., Grijley, Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César/CARO CORIA, Dino Carlos/REAÑO PESCHIERA, José Leandro

2002 *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

2001 *La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea*, **en** El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo

2005 *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Grijley, Lima.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier

2002 *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona.

SANCINETTI, Marcelo A.

2003 *Dogmática del hecho punible y ley penal (Dogmatik der Straftat und Strafgesetz)*, Edición bilingüe, Versión alemana de Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires.

1995 *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez una investigación sobre el fundamento del ilícito en Jakobs*, Temis, Bogotá.

1991 *Teoría del delito y disvalor de acción*. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción, Hammurabi, Buenos Aires.

1975 *Casos de derecho penal*, Derecho y Ciencias Sociales Editorial, Buenos Aires.

SANDOVAL HUERTA, Emilio

1985 *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá.

SANTA CRUZ CAHUATA, Julio César

2000 *Razonamiento jurídico penal*, Academia de la Magistratura, Lima.

1999 Principio de legalidad, tipicidad e imputación objetiva, **en** *Revista de la Academia de la Magistratura*, Nº 2, Lima.

SANTANA VEGA, Dulce María

2000 *El concepto de ley penal en blanco*, Ad Hoc, Buenos Aires.

SANTOS, Juárez Cirino dos

1985 *Direito penal. A nova parte peral*, Forense, Rio de Janeiro.

1981 *A criminología radical*, Forense, Rio de Janeiro.

1979 *A criminología da repassáo*, Forense, Rio de Janeiro.

SANZ MORÁN, Ángel José

1986 *El concurso de delitos (Aspectos de política legislativa)*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

SAUER, Guillermo

1956 *Derecho penal. Parte general*, trad. de la ed. de 1955 de Juan del Rosal/ José Cerezo, Bosch, Barcelona.

SCHÖNE, Wolfgang

1992 Acerca del orden jurídico penal, Editorial Juricentro, San José.

SCHULTZ, Hans

1974 *Les problemas actual de l'extraditión*, **en** Revue Internationale de Droit Penal, N°s 3 y 4.

SCHÜNEMANN, Bernd

2000 *La culpabilidad: Estado de la cuestión*, **en** Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid.

SERPA F., Roberto

1982 *El nuevo Código Penal ante la psiquiatría*, Monografías Jurídicas, Temis, Bogotá.

SERRANO MAILLO, Alfonso

2004 *Introducción a la criminología*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón

1999 *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

2004 *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima.

2003 *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la inimputabilidad*, **en** Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario, Manuel Jaén Vallejo (director) y Luis M. Reyna Alfaro (coordinador), Ara, Lima.

2003a *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

2001 *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Civitas, Madrid.

2000 *Estudios de Derecho penal*, Grijley - Instituto de Ciencias Penales, Lima.

1997 *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.

1992 *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

1986 *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/BALDÓ LAVILLA, Francisco

1993 *Sistema de casos prácticos de derecho penal. Parte general –con soluciones–*, José María Bosch editor, Barcelona.

SILVA SANTISTEBAN, José

1884 *Derecho natural o filosofía del derecho*, Lima.

SILVESTRONI, Mariano H.

2004 *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires

SIVIRICHI, Atilio

1946 *Derecho indígena peruano. Proyecto de Código Indígena*, Kuntur, Lima.

SOARES, Orlando

1988 *Comentários ao código penal. Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984. Parte geral*, 2ª ed., Edições trabalhistas, Rio de Janeiro.

SOLER, Sebastián

1978 *Derecho penal argentino*, 5 tomos, 8ª reimpr., Topográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

1966 *Bases ideológicas de la reforma penal*, Editorial Universitaria, Buenos Aires.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro

1986 *Ciencia penitenciaria*, Lima 1986.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto

1996 *Inimputabilidad y sistema penal*, Temis, Bogotá.

STRATENWERTH, Günther

2005 *Derecho penal. Parte general I, El hecho punible*, 4ª edición totalmente reelaborada, trad. de Manuel Cancio Meliá/Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires.

1982 *Derecho penal. Parte general I, El hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid.

SYKES, G. M.

1961 *El crimen y la sociedad*, Versión castellana de Elizabeth Gelin, Editorial Paidos, Buenos Aires.

TALANCHA CRESPO, Eliseo

1993 *Los delitos culturales. Esbozo histórico y jurídico de los delitos contra el patrimonio cultural*, Editorial Kotosh, Huánuco.

TAVARES, Juárez E. X.

2004 *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2004.

2003 *Algunas reflexiones sobre el concepto comunicativo de conducta*, **en** Libro Homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo, Ara, Lima.

2003a *Direito penal da negligencia. Uma contribução à teoria do crime culposo*, 2ª edição, revista e ampliada, Lumen Juris, Rio de Janeiro.

2003b *Teoria do injusto penal*, 3ª edição, revista e ampliada, Del Rey, Belo Horizonte.

1983 *Teoría del delito. Variaciones. Tendencias*, trad. de Nelson R. Pessoa, Hammurabi, Buenos Aires.

TERÁN LOMAS, Roberto

1980 *Derecho penal. Parte general*, Tomos I y II, Astrea, Buenos Aires.

TERRADILLLOS BASOCO, Juan

2002 *La culpabilidad*, México D.F.

2001 *Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el derecho penal español*, **en** Nuevas formulaciones a las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Lerner-La Lectura, Córdoba.

1995 *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid.

1981 *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid.

TERRAGNI, Marco Antonio

1984 *El delito culposo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

TIEDEMANN, Klaus

1999 *Temas de derecho penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima.

1985 *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona.

1981 *Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República federal Alemana* **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 14, Edersa, Madrid.

TOLEDO, Francisco de Assis

1987 *Principios básicos de Direito penal*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo.

1984 *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, Rio de Janeiro.

TORÍO LÓPEZ, Angel

1986 *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, **en** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXIX, Fascículo I enero

- abril, Publicación del Consejo Superior de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, Madrid.

TREJO, Miguel Alberto/SERRANO, Armando Antonio/FUENTES DE PAZ, Ana Lucia/RODRÍGUEZ CRUZ, Delmer Edmundo/CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn

1992 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Centro de investigación y capacitación, proyecto de Reforma Judicial, El Salvador.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José

1988 *La nueva ley de extradición, visión crítica a parte de un proceso*, en Thémis, Nº 12, Lima.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José/UGAZ HEUDEBERT,

2004 *Obediencia jerárquica*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

URQUIZO OLAECHEA, José

2004 *Principio de legalidad*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2004a *Prohibición de analogía in malam partem*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2003 *¿Bien jurídico?*, en Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor doctor don Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario, Manuel Jaén Vallejo (director) y Luis M. Reyna Alfaro (coordinador), Ara, Lima.

2003a *El principio de proporcionalidad penal*, en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, 1ª ed., reimpr., José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores), Tecnos, Madrid.

2000 *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima.

URTEAGA CROVETTO, Patricia

1994 *Pluralismo legal y semi-autonomía*, en Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Boletín Nºs 3-4, Lima.

1993 *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza

2002 *Introducción al derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Murcia.

VALLE RIESTRA, Javier

1989 *La extradición (Principios, legislación, jurisprudencia)*, AFA, Lima.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara

2004 *Responsabilidad penal por contagio de SIDA. Aspectos político-criminales y problemas de tipicidad*, Grijley, Lima.

2004a *Estado de necesidad justificante*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2003 *Las agresiones extrapenales en la legítima defensa*, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 4, Nº 32, Trujillo.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando

2002 *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá.

1995 *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Temis, Bogotá.

VILLA STEIN, Javier

1998 *Derecho Penal. Parte General*, San Marcos, Lima.

1998a *Derecho Penal. Parte Especial* I-B, San Marcos, Lima.

1997 *Derecho Penal. Parte Especial I-A (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud)*, San Marcos, Lima.

1997a *La culpabilidad*, Ediciones Jurídicas, Lima.

VILLAMOR LUCÍA, Fernando

2003 *Derecho penal boliviano. Parte general*, T. I, Librería Editorial Popular, La Paz

VILLÁN DURÁN, Carlos

2002 *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Trotta, Madrid.

VILLAVICENCIO RÍOS, Sissi

1994 *La administración de justicia aguaruna* (Tesis), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.

2002 *Código penal comentado*, 1ª reimpr. de la 3ª ed., Grijley, Lima.

2001 *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica-BID, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Lima.

2000 *Introducción a la criminología*, 1ª reimpr., Grijley, Lima.

1997 *Código penal comentado*, 2ª ed., Grijley, Lima.

1992 *Código penal comentado*, Cultural Cuzco, Lima.

1990 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima.

1988 *Mecanismos naturales de regulación social en comunidades andinas y amazónicas peruanas*, en Debate Penal Nº 4, Lima.

1987 *Control social informal en sectores urbanos*, en Debate Penal Nº 1, Lima.

1983 *Delitos contra la seguridad pública. Delito de terrorismo*, 2ª ed., Sesator, Lima.

1981 *Delitos contra la seguridad pública. Delito de terrorismo*, EPASA, Lima.

VILCAPOMA BUJAICO, Walter

2003 «*Recensión*» [*a la obra* Derecho penal. Parte general, *de Eugenio Raúl Zaffaroni*], **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Grijley - Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador

1996 *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VITERBO ARIAS, José

1900 *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863*, 3 volúmenes, Librería e Imprenta Gil, Lima.

WEBER, Hellmuth von

1982 *Para la estructuración del sistema del derecho penal*, traducción castellana de E. R. Zaffaroni, **en** Nuevo Foro Penal, Nº 13, Bogotá.

WELZEL, Hans

1976 *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de la 6ª ed. alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires.

1975 *Causalidad y acción*, **en** Cuadernos del Instituto de Derecho Penal, Nº XXIV, trad. de Conrado A. Finzi, Córdoba.

1970 *La doctrina de la acción finalista, hoy*, **en** Revista Jurídica Veracruzana, Nº 2, Jalapa.

1964 *El nuevo sistema del derecho penal*, versión castellana de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona.

1957 *Derecho natural y justicia material. Preliminares para una filosofía del derecho*, trad. de Felipe González Vicén, Aguilar de ediciones, Madrid.

1951 *La teoría de la acción finalista*, trad. de Carlos Fontán Balestra/ Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires.

WESSELS, Johannes

1980 *Derecho penal. Parte general*, trad. a la 6ª ed. alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires.

YACAMANDI YIDI, Miguel

1986 *Estructura del delito y del error en el código penal*, Monografías jurídicas Nº 49, Temis, Bogotá.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge

2005 *La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo*, **en** Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje a Günther Jakobs, Ara, Lima.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

1999 *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala.

1996 *Control penal y diversidad étnico-cultural*, en Conflicto y sistema penal (Diez estudios sobre la actual reforma), Colex, Salamanca.

1996a *Marco constitucional para la pluralidad jurídica*, en Desfaciendo entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos, Año 3, Nº 1, octubre, Lima.

1993 *Las rondas campesinas en Cajamarca-Perú. Una aproximación desde la antropología jurídica*, Tesis Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

1987 *Las rondas y el derecho*, en Derecho y Polémica. Revista de Derecho, Año 1, Nº 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

YRURETA, Gladis

1981 *El indígena ante la ley penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

1989 *En busca de las penas perdidas*, AFA, Lima.

1988 *Criminología. Aproximaciones desde un margen*, Temis, Bogotá.

1988a *La parte general del proyecto de Código Penal*, en Política criminal (Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Círculo Cultural Javier Pérez de Cuellar, AFA, Lima.

1987 *Manual de derecho penal*, 5ª ed., Ediar, Buenos Aires.

1986 *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2 tomos, Ediciones Jurídicas, Lima.

1984 *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Depalma, Buenos Aires.

1983 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. V, Ediar, Buenos Aires.

1982 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. IV, Ediar, Buenos Aires.

1982a *La reacción penal en el Código Penal tipo Latinoamericano frente a la Convención Americana de Derechos Humanos y a las actuales demandas de la política criminal continental*, en Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas. Disyuntivas, Hammurabi, Buenos Aires.

1981 *Tratado de derecho penal. Parte general*, Ts. II y III, Ediar, Buenos Aires.

1980 *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. I, Ediar, Buenos Aires.

1973 *Teoría del delito*, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro

2005 *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires.

2002 *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

2000 *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/PIERANGELLI, José Henrique

1981 *La tentativa*, Bauru, Jalovi.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso

1988 *Temas de derecho penal y criminología*, Guayaquil.

1984 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Guayaquil.

ZARZOSA CAMPOS, Carlos Enrique

1993 *Derecho Penal. Parte General* I, Fondo de Fomento a la Cultura, Trujillo.

ZAVALA LOAIZA, Carlos

1941 *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Librería e Imprenta Gil, Lima.

ZEBALLOS ALÉ, Alberto

1997 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (El homicidio, el suicidio y las otras muertes)*, Grijley, Lima.

ZEVALLOS, Germán

1935 *Código Penal*, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo.

ZIELINSKI, Diethart

1988 *El resultado en el concepto final de ilícito*, **en** Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires.

ZIPF, Heinz

1979 *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Izquierdo Masías Picabea, Edersa, Madrid.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2003 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Thompson-Aranzadi, Navarra.

2003a *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105 CP: Principales problemas de aplicación*, **en** Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales en la parte general del Código Penal peruano, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2001 *Política Criminal*, Colex, Madrid.